# "SI PATER FILIUM TER VENUM DUIT FILIUS A PATRE LIBER ESTO"

Gayo después de haberse ocupado de algunos de los medios o circunstancias por los cuales un ciudadano romano salía de la potestad de su ascendiente, trata de la emancipación. (1) Es de notar que en los *Tituli ex corpore*, Ulpiano (2), al desarrollar el capítulo correspondiente a la liberación de los que están *in potestate* o *in mancipio*, se comienza por tratar de la emancipación a diferencia de lo que ocurre en las Instituciones de Gayo, pero en la descripción del procedimiento convienen ambos. El hijo salía de la potestad paterna mediante tres mancipaciones o ventas. El padre vendía su hijo a una persona; éste le manumitía, con lo cual de nuevo pasaba a estar bajo la potestad del padre; éste volvía a venderle a la misma o a otra persona, aunque parece que corrientemente se vendía al mismo, lo cual es fácilmente explicable teniendo en cuenta que tal comprador tenía que ser una persona puesta de acuerdo con el padre para la realización de los trámites liberatorios; a la

(1) I, 132.
(2) X, 1.

segunda venta seguía otra *manumisión*; por tercera vez lo vende el padre y con esta *mancipación* deja el hijo de estar en la potestad del padre, aunque todavía no haya sido manumitido. Fuera del hijo, los demás descendientes, tanto masculinos como femeninos, se hacían independientes por una sola *mancipación* y *manumisión*.

Todo este complicado procedimiento de emancipación aparece en las fuentes clásicas como edificado sobre un precepto del Código decemviral, el de que: «si el padre vende tres veces al hijo, quede éste libre de la potestad paterna». (3)

Justiniano refiriéndose a las formalidades antiguas de emancipación pudo escribir: «*Nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit ut fictione pristina explosa, recta via ad competentes judices vel magistratus parentes intrent et sic filios suos vel filias, vel nepotes vel neptes, ac deinceps, sua manu dimittant*. (4)

Estudiando el Derecho romano sin la adecuada perspectiva histórica, centrado toda la investigación romanista en las instituciones elaboradas en época tardía, bien por influjo de las escuelas postclásicas o por desarrollo espontáneo según la tesis más grata a Riccobono o incluso despreciando el Derecho romano primitivo con un desdén sólo explicable por la ardua tarea que implica bucear en una etapa histórica carente casi por completo de fuentes seguras de conocimiento y sobre la que se desencadenó el vendaval del excepticismo y la repulsa de la hipercrítica (5), ciertamente que el análisis del precepto decemviral y de la institución que en ella se basa carece de atractivo, pero sí, por el contrario, estimamos de interés buscar las raíces de un pasado histórico-jurídico que bajo la presión de muy variados factores y siguiendo la inspiración de un profundo sentido del Derecho y de la oportunidad, llegó a convertirse en lo que podemos calificar de derecho modelo, siempre que en tal valoración tengamos en cuenta las debidas circunstancias históricas que lo encuadran, si consideramos auténtica labor investigadora descorrer el velo de una época legendaria a la que resulta perturbador y contraproducente asignar instituciones de épocas posteriores, acreditándoles

(3) Tab. IV, 2.
(4) 1, 12, 6.
(5) León Homo, "*La España Primitiva*", p. 8.

una antigüedad que sólo la apasionada historiografía romana puede fundar, entonces no hay duda que merece la pena contemplar el precepto, descomponer los motivos que le dieron vida, precisar el alcance de su aplicación y en una palabra reconstruir la mente legislativa de los decemviros.

Mucho se ha escrito y se escribirá sin duda, sobre las XII Tablas, sobre su naturaleza, sobre su antigüedad, sobre su carácter innovador o conservador, sobre la influencia que en ella pudieron ejercer legislaciones extrañas y hasta se ha puesto en tela de juicio su clasificación como conquista de los plebeyos (6); mas creemos que nadie ha precisado mejor su verdadero carácter que Riccobono en su elaboradísima obra, aunque no compartamos todos sus puntos de vista, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. (7) Se trataba de un código general que contenía todo el *jus civile* en el sentido romano, esto es: Procedimiento, Derecho Civil, Derecho penal y Derecho constitucional. Pero, y esto es lo que, como después veremos, no se ha tenido bien en cuenta por algún autor especializado en el estudio y la investigación del Derecho romano primitivo, las XII Tablas no han codificado todas las constituciones anteriores sino que presuponen las instituciones fundamentales, a las que únicamente aluden para introducir determinadas limitaciones.

Levy-Bruhl en una comunicación presentada a la Asamblea de la Asociación Francesa para el Progreso de las Ciencias, celebrada en Niza el once de septiembre de mil novecintos cuarenta y seis, se ocupa del precepto decemviral que nos ocupa (8) El autor comenzaba por plantearse la interrogante de cual era el sentido exacto de esta regla famosa. Desde luego se descarta que el fin de los decemviros fuese el de establecer un modo de emancipación, ya que no se concibe la instauración de un procedimiento tan complejo e indirecto, como la triple venta, cuando

---

(6) Así Baviera y también Guarino en su *Storia del diritto romano*, Milán 1948, p. 103, obra interesante, pero muy revolucionaria, científicamente hablando. En un sentido más conservador vid., Groso, *Storia del diritto romano*, p. 100 y ss.

Es verdad que las XII Tablas no supusieron el logro de todas las aspiraciones de los plebeyos, pero hay que tener en cuenta que todavía el patriciado era fuerte y el Código decemviral no representa el momento final de la lucha entre las dos clases. Datos en favor de la tesis tradicional son: la suspensión de las magistraturas durante la actuación de los *decemviri legibus scribundis* y la limitación de la tasa del interés.

(7) P. 20.

(8) Publicada en *Nouvelles Estudes sur le Tres Ancien Droit Romain*, París 1947, p. 80 y ss.

podían haber creado un sistema, aunque formalista, directamente encaminado a tal fin.

Se trata pues de una prohibición, no ficticia sinó real, y las palabras han de tomarse en el sentido más natural. Percibiendo bien la naturaleza de las XII Tablas esto resulta evidente y Levy-Bruhl no hubiese tenido necesidad de acudir a otro tipo de argumentación.

¿Qué fin podía tener la triple venta del hijo a que se refieren las XII Tablas como práctica anterior? O planteada la cuestión en otros términos qué finalidad podía tener la compra de un hijo de familia para después manumitirlo y que volviese de nuevo a la patria potestad, como sugiere la existencia misma de la prohibición decemviral?

No compartimos sin reserva la tesis de H. Krüger, de que la costumbre de vender los hijos fuese desconocida en Roma (9), ni tampoco hay que dejarse impresionar demasiado por el hecho de que la literatura jurídica no nos hable de esta práctica y los textos literarios apenas se ocupen de ella, mejor es precisar cuales eran los efectos de esta venta.

Existe una tendencia asombrosa a trasladar al Derecho romano primitivo instituciones de tiempos posteriores y a trazar el cuadro de la vida jurídica de aquel entonces con pinceladas que jurídicamente resultan anacrónicas. Quizás en nada ha influido tanto este pernicioso prejuicio como en la identificación del arcaico negocio del *nexum*. Ha sido necesario que Westrup (10) precisase el verdadero alcance de la expresión «*venum duit*» para que desapareciesen todas las interrogantes en torno a la famosa regla. *Venum duit* no significa propiamente venta sino entrega como precio de alguna cosa. El derecho del padre preexistente a las XII Tablas y que fué restringido por éstas, no era el derecho a vender los hijos, sino el derecho a transferir (quizás como pago de una deuda, según el autor últimamente citado, quizás también, creemos nosotros, como medio de adquisición) a un tercero, y por un cierto tiempo, el trabajo de los hijos.

En estos términos si puede aceptarse la tesis de H. Krüger.

---

(9) *Geschichte der capitis deminutio*, p. 102.

(10) *Introductión to early roman law, IV, I*, p. 139-140.

Westrup hace tiempo que viene dedicándose al estudio del Derecho romano primitivo. Juntamente con Levy-Bruhl y Kaser representa la tendencia romanista ávida de escudriñar las más remotas épocas. En el tomo primero de los *Studi Albertoni*, ya dejó huella de su sagacidad investigadora y de sus profundos conocimientos del Derecho comparado, al estudiar la propiedad familiar, pero es sobre todo en los cuatro volumenes que lleva publicados con el título de «*Introduction to early roman law*» donde, aunque se contengan algunas apreciaciones erróneas, sobre todo al enjuiciar la relación entre el Derecho romano y la ética cristiana, descuellan estas dotes.

Anteriormente aludimos al *nexum*, como ejemplo típico de hasta qué punto puede generarse una maraña inextricable de teorías, cuando se quiere partir de un ambiente jurídico que no corresponde a la tapa arcaica, para formular la hipótesis.

Del *nexum* se ha dicho que era un negocio de autopignoración, por medio del cual el deudor se entregaba al acreedor, hasta la extinción del débito por medio de su trabajo (Mitteis), que el término *nexum* no indicaría sino la enajenación de una cosa y la obligación, consiguiente a la *mancipatio*, de responder por evicción (Lenel) etc. Todas, o casi todas, las teorías en torno al *nexum*, presuponen la existencia de préstamos de *res nec mancipi* y de enajenaciones de *res mancipi*. Ahora bien un préstamo de *res nec mancipi* difícilmente podía justificar la condición de *nexus* a partir de la celebración del préstamo y antes de que llegase el vencimiento de la obligación, pero un préstamo de *res mancipi*, originariamente inalienables, si justificaría esta situación, porque en lugar de salir las cosas fuera del ámbito de uso y disposición del *pater familias* prestamista, y mucho menos de su dominación jurídica, sería el prestatario el que a él quedaba sujeto (11). Es verdad que así surge una extraordinaria figura de préstamo, sin contacto alguno con las conocidas y anterior a ellas, pero congruente con el estado social, económico y jurídico de la Roma primitiva y único medio de facilitar el disfrute de las *res mancipi*. También en el caso de la venta del hijo, si ha tardado en verse claro es por haber prescindido de considerar un negocio jurídico anterior al arrendamiento de servicios y que persiguiera una finalidad análoga.

(11) Vid., F. Hernández Tejero en *Anuario de Historia del Derecho Español*, p. 290 y ss.

Siguiendo la tesis de Westrup desaparecen las dificultades que se encontraban para la explicación satisfactoria del precepto de las XII Tablas. En primer lugar se objetaba que no era exacto decir que en todos los casos de *mancipatio* del hijo se conservase la *patria potestas* antes de las XII Tablas y se citaba el supuesto de la *deditio* del hijo de familia Tres textos de Gayo I, 140; 141; IV, 79) mencionan la *mancipatio ex noxali causa* y también de un modo indirecto puede deducirse de un texto de la *Collatio* (II, 3, 1) (12), que la *deditio* se hacía mediante *mancipatio*. Ahora bien; teniendo en cuenta que en la *deditio* el fin de la entrega del hijo es el de negar toda solidaridad con él excluyéndole del grupo familiar, no se comprende como podía, antes de las XII Tablas, conservar indefinidamente el padre la *patria potestas*, ni siquiera como se podía repetir varias veces la *mancipatio*.

Si vemos en la entrega del hijo, a que se refiere el precepto decemviral no una *mancipatio* en sentido genérico, sino una *mancipatio* que sirve para dar vida a un negocio *sui generis*, precedente de la *locatio conductio operarum*, ninguna dificultad se ofrece. El caso de la *deditio* del hijo de familia queda absolutamente fuera de la mente de los *decemviros*.

Aun prescindiendo del caso de la *deditio*, siempre quedaba una dificultad. Si el precepto de las XII Tablas encerraba, como resulta evidente, una limitación al abuso de las ventas repetidas. ¿Qué puede explicar tan extraordinaria facilidad para que el comprador se desprenda de la persona *in mancipio*, sabiendo que vuelve a la patria potestad efectiva? Una explicación sería que el padre lo vendiese con la condición de que le fuese vendido de nuevo. (13) Pero esta condición, que podía darse en algún caso, sería absurdo que se diese en todas las ventas y de aceptarse esto último habría que reconocer que se desnaturalizaba y desvirtuaba el carácter de las mismas.

Ihering (14) sostuvo que, salvo el caso de la *deditio* y de la venta ficticia, el poder del comprador sobre el hijo cesaba a cada lustro. Se apoyaba para ello en el pasaje de Gayo donde se dice:

(12) F. De Visscher, *Le regime romain de le noxalité*, Bruselas 1947, p. 295. Vid., también A. Segre en *Archivio Giuridico* (1929) CII, p. 28 y ss.

(13) Gayo, I. 140.

(14) *El espíritu del Derecho romano*, II, p. 202.

«*Quin etiam invito quoque eo, cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt*» (15). Pero se apoyaba Ihering en un doble error. Por un lado el texto no dice más que «pueden» conseguir la libertad, no que automáticamente la consigan al finalizar las operaciones del censo, y, por otra parte, la continuación del texto, al oponer a este caso el del que se reserve el padre su potestad, evidencia que los liberados por el censo no volvían a su antigua calidad de hijos de familias y no se concibe cómo podrían ser de nuevo mancipados por quien no tenía poder sobre ellos. El primer error lo reconoció el propio Ihering mostrándose de acuerdo con A. Schmidt (16).

Otro enigma es el número de tres mancipaciones que fijan las XII Tablas.

Es cierto que el número tres fué muy utilizado en diversas instituciones de Derecho. El número de noches que ha de pasar la mujer fuera del domicilio conyugal para evitar que por efecto del *usus* el matrimonio se convierta en matrimonio *cum manu*. El número de días en que es preciso repetir el rito de la *obvagulatio*, el número de veces que se hace la proclama en la *legis actio per manus injectionem*, etc. Son otros tantos testimonios de la importancia dada a la triple realización de un acto. Importancia que se observa también en las instituciones de otros pueblos y que parece ser anterior al influjo de la doctrina pitagórica. (17)

Pero, aun reconociendo todo esto, no compartimos la tesis de Levy-Bruhl de que las tres mancipaciones, de que hablan las XII Tablas, no eran tres mancipaciones efectivas y distintas realizadas en un plazo más o menos largo y en provecho de adquirentes que podían ser diferentes, sino de una sola operación repetida tres veces con el mismo adquirente.

El propio Levy-Bruhl reconoce que entre la primera venta y la segunda tenía que mediar una *manumisión* formal del hijo

---

(15) Citado en nota 12.

(16) *Das Hauskind im manicipium*, Leipzing 1879.

(17) Vid., *Dreiheit en Rheinisches Museum fur Philologie, Neue Folge, LVIII*, p. 1 y ss. (1903). *Grim, Deutsch Rechtsaltertumer*, 4 ed., 1899 Goudy, *Trichotomy im Roman law* (1897) p. 24 y ss. y Gastón May en *Nouv. rev. hist. de droit*, 1911, p. 89 y ss

Sobre la interpretación de las más antiguas instituciones jurídicas romanas según un criterio mágico-religioso vid., la bibliografía citada en Luzzatto, *Per un'ipotesi sulle origini e la nature delle obbligazioni romane*, Milán, 1934. p. 12 y ss., y Levy Brühl, *Quelque Problemes du Tres Ancien Droit romain*, París 1934, p. 139 y ss.

y creemos que cabe preguntar: Si la primera *mancipatio* fué una verdadera enajenación y la *manumissio* fué *vindicta* como supone Levy-Bruhl, ¿por qué el *manumitido* vuelve a la *potestas* del padre? Además, en caso de admitirse esta tesis, deja de tener la regla el valor de una limitación, de una restricción a los derechos del padre, generadores de abusos. En el caso de la *usurpatio trinoctii* puede muy bien ser el establecimiento de una norma nueva, ya que se trata de impedir que nazca un derecho por parte del marido por el *usus* pero en el caso de la venta del hijo resulta muy forzado suponer que se trate de la creación de un procedimiento nuevo, privando de su normal eficacia a la *manumissio* y negando a la *mancipatio* simple el valor de una *alienatio* (18). Por otra parte es reducir al mínimo el valor de los testigos en la *mancipatio*, ya que no hay fundamento alguno para suponer que los que asisten a la segunda y tercera *mancipatio* sean distintos de los que presenciaron la primera y menos admisible todavía resultaría la teoría de Levy-Bruhl, aceptando la supuesta identificación de los testigos como representantes de las cinco clases servianas. (19)

Hay una dificultad que a primera vista parece que es un escollo insuperable para las doctrinas que afirman el carácter restrictivo del precepto decemviral, entre ellas la de Westrup, a la que nos adherimos. ¿Cómo se restringe el poder de transferir los hijos y no el de matarlos? Ya Ihering (20) había visto la dificultad y trató de resolverla sin conseguirlo.

Prescindamos de que se hiciese o no frecuentemente uso por los padres del terrible *jus vitae necisque* y de que fuera considerado el ejercicio de su autoridad como el desempeño de una función confiada por el Estado. La razón de la aparente anomalía hay que buscarla precisamente en lo que se ha querido negar por algunos autores: el carácter de las XII Tablas como conquista plebeya, su calificación como logro del esfuerzo tenaz

---

(18) Aún más; en el caso de la *usurpatio trinoctii* el alargamiento de una a tres noches del plazo de la separación conyugal tiene su explicación lógica y racional, porque se trata de fijar un espacio de tiempo de alguna importancia. En el caso de la triple proclama en mercados nuevos de la *manus injectio* también cabe la explicación del aumento de publicidad, pero en el caso de la triple venta (triple acto con propia y específita trascendencia jurídica a diferencia de la *obvagulatio)*, nos quedamos tan sólo con el débil punto de apoyo de la preocupación mágica.

(19) Identificación muy discutible. Vid., Arangio Ruiz, *Instituzioni*, 1952, p. 200 n.º 2.

(20) *Ob. cit.*, II, p. 203.

de una clase socialmente menospreciada, políticamente preterida y económicamente débil.

Ya F. Dessertaux (21) sostuvo que la clase aristocrática apenas debió de usar de su derecho a vender los hijos mediante la *mancipatio*. Serían ciertamente los plebeyos los que con más frecuencia se verían en la necesidad de dar a cambio de un precio y por cierto tiempo a sus hijos para que prestasen los más rudos trabajos. Es por tanto una aspiración que está en la misma línea que la lucha por la redención de la tasa del interés. Esto explicaría la limitación de la regla comentada.

FRANCISCO HERNÁNDEZ TEJERO.

*CATEDRATICO*
*UNIVERSIDAD DE SALAMANCA*

(21) *Etudes sur la formation historique de la "capitis diminutio"*, París 1919, p. 5.

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA OVIEDO