

LA ADROGATIO IMPUBERIS (Lineamientos históricos)

SUMARIO: 1. Origen histórico de la adrogatio. Premisas. 2. El origen precívico de la adrogatio per populum. Deditio-adrogatio. 3. El ceremonial de la adrogatio per populum. 4. La adrogatio impuberis per populum; origen. *Gai.* 1.102. *Ulp.* 8.5. La Epistula Divi Pii. *Prácticas pontificiales.* 5. La adrogatio impuberis ante de la Epistula Divi Pii. 6. *Impedimentos formales y substanciales en la adrogatio impuberis per populum. El impedimento formal. La falta del ius suffragii del impúber.* 7. *El impedimento substancial. Límites de las facultades del tutor impuberis. La supuesta libertad del impuber sui iuris.* 8. *La adrogatio per populum en la época clásica.* 9. *Los cambios en la naturaleza del instituto.* 10. *La Epistula Divi Pii. Posibilidad de la adrogatio per populum del impuber.* 11. *Caracteres de la adrogatio impuberis per populum durante la época clásica. Limitaciones a la patria potestas del arrogante. Efectos patrimoniales.* 12. *La adrogatio en la época post-clásica. La adrogatio per rescriptum principis.*

1. Origen histórico de la adrogatio. Premisas

El origen de la *adrogatio impuberis* como especie de un género, la *adrogatio*, debe ser buscado y analizado en razón de éste, sin perder de vista el hecho que la misma *adrogatio* es a su vez un tipo específico de *adoptio*.¹ Sin embargo, no es posible trazar un esquema de desarrollo histórico paralelo, ni mucho menos esbozar una similitud de origen entre ambos institutos —*adoptio* en sentido estricto y *adrogatio*—, dado que su razón de ser, su naturaleza es diversa. En otras palabras, mientras que en la adopción o *datio in adoptionem* intervienen elementos puramente privatísticos, en la *adrogatio* creemos encontrar —sea en la sujeción de una familia a otra sin perder sus características de individualidad en época primitiva, que en la intervención de la asamblea curiada sancionando el acto, que finalmente en la concesión imperial— reveladores tintes de fondo político traducidos en una o en otra forma en normas de orden público en su sentido más general. En el mismo orden de ideas podemos señalar que el origen de la *adrogatio* se encuentra muy probablemente en la época precívica, afirmación ya emitida por Bonfante.²

¹ Cfr. *GAI.*, 1.98,99; *ULP.* 8.5; *D.* 1.7.1. (Mod., lib. 2 reg.); *Inst.* 1.11.1; *GELLIO Noctes Atticae* 5.19.1,2.

² BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, 2a. ed., 1. *La famiglia* (1963), 61.

Efectivamente, la organización precívica romana caracterizada por el ordenamiento político de los grupos familiares y gentiles³ —verdaderos centros homogeneizadores de poder— nos presenta un panorama en el que la *adrogatio* representa para la familia el medio para reforzarse⁴ y continuarse en cuanto a su economía interna y a su culto particular, esto es en cuanto a la satisfacción de intereses objetivos⁵ demostrados por los requisitos y efectos de la misma, piénsese en la transmisión masiva de los bienes del arrogado al arrogante o bien en la *detestatio sacrorum*. La *adrogatio* nace pues en época precívica por razones de oportunidad y necesidad.

La familia romana primitiva, centro de vida política como entidad autárquica y con un culto propio, presenta sin embargo los defectos propios de toda rudimentaria forma de sociedad no estatal, esto es, el peligro inminente y constante de división o desintegración producida precisamente por factores de tipo biológico, necesitando de un medio para su subsistencia en el tiempo —como unidad—. A este punto podemos pensar en que aun la mente más primitiva de frente a un determinado problema busca darle solución, en el presente caso la encuentra en la imitación del hecho natural de la generación, esto es: si la familia biológicamente se continúa por el nacimiento de un *filius*, lo conducente sería proporcionarle artificialmente,⁶ en el caso de su extinción inminente, el medio que le permitiera continuarse, a través de la incorporación de un *paterfamilias* que aliviaría con sus bienes la economía de su nueva familia y continuaría el culto particular de la misma. Debemos hacer notar, sin embargo, que se debe tener presente que nuestra afirmación se refiere solamente a la continuidad, pues es bien claro que en cuanto a los efectos de ésta, en época primitiva no es el interés sentimental ni la creación de relaciones de filiación lo que da origen a la *adrogatio*.⁷

2. El origen precívico de la *adrogatio per populum*. Deditio-adrogatio

En cuanto a lo que se refiere a la forma por medio de la cual se efectuaba la *adrogatio*, conocemos sólo aquella utilizada y desarrollada en época histórica, esto es, la forma *per populum*,⁸ que presenta todas las características de un instituto producto de una organización cívica-estatal, esto es, de una comunidad organizada bajo un poder suprafamiliar; baste pensar

³ Seguimos a Pietro BONFANTE en su concepción política de la primitiva familia romana, v. *Scritti* 1 (1916), 1 ss., donde están reunidas las teorías del autor sobre el tema.

⁴ ARANCIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano* 14 (Edit. Jovene, Nápoles 1965), 466.

⁵ De la familia misma, se entiende.

⁶ En el sentido de la artificialidad se pronuncia: SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford Press, Londres, 1951), 141.

⁷ ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, 466.

⁸ Conocemos tal forma a través de GELLIO, 5.19.10.

en la intervención del comicio curiado, órgano que presupone y expresa precisamente una organización estatal.

Nuestras fuentes sobre la materia son:

GAL. 1.98,99.: "ADOPTIO AUTEM DUOBUS MODIS FIT, AUT POPULI AUTORITATE AUT IMPERIO MAGISTRATUS VELUTI PRAETORIS. POPULI AUCTORITATE, ADOP-TAMUS EOS QUI SUI JURIS SUNT. QUAE SPECIES DICITUR ADROGATIO, QUIA ET IS QUI ADOPTAT ROGATUR, ID EST INTERROGATUR, AN VELIT EUM QUEM ADOP-TATURUS SIT IUSTUM SIBI FILIUM ESSE ET IS QUI ADOPTATUR ROGATUR AN ID FIERI PATIATUR, ET POPULUS ROGATUR AD ID FIERI IUBEAT. . ."

ULP. 8.2,3.: "ADOPTIO AUT PER POPULUM AUT PER PRAETOREM VEL PRAESIDEM PROVINCIAE. ILLA ADOPTIO, QUAE PER POPULUM FIT SPECIALITER ADROGATIO DICITUR. PER POPULUM QUI SUI IURIS SUNT ADROGANTUR, PER PRAETOREM AUTEM FILII FAMILIAE A PARENTIBUS DANTUR IN ADOPTIONEM."

GELLIO, 5.19.1,2.: "CUM IN ALIENAM FAMILIAM IN QUE LIBERORUM LOCUM EXTRANEI SUMUNTUR, AUT PER PRAETOREM FIT AUT PER POPULUM. QUOD PER PRAETOREM FIT ADOPTIO DICITUR, QUOD PER POPULUM ADROGATIO. . . ADROGANTUR HI, QUI, CUM SUI IURIS SUNT, IN ALIENAM SESE POTESTATEM TRADUNT EIUSQUE REI IPSI AUCTORES FIUNT. . ."

De tales fuentes se resume que la *adrogatio*, como forma específica de *adoptio*: "*adoptamus eos qui sui iuris sunt, quae species dicitur adrogatio. . .*",⁹ comportaba en cuanto a su forma y realización: "*. . . quod per populum fit. . . adrogatio dicitur. . .*", la intervención del *populus* reunido en asamblea curiada.¹⁰ Muy probablemente la fusión de una categoría única —*adoptio* en sentido estricto y *adrogatio*— es un punto de arribo de una evolución de las instituciones del derecho familiar y el producto de una necesaria reflexión sistemática.

Por otra parte y de acuerdo con lo expuesto por Festo,¹¹ y dándole cierto valor a la tradición —con lo cual la doctrina está de acuerdo— "*. . . Curiae in quas Romulus populum distribuit. . .*", podemos pensar —más allá de la forma legendaria— en que hay cierta contemporaneidad entre el asentamiento de la *civitas* y el establecimiento de la nueva asamblea curiada;¹² lo que nos ubicaría en cuanto al origen temporal de la forma *per populum* de la *adrogatio* en época estatal,¹³ al menos de aquella forma *per populum* que, según Gellio, se realizaba en la época de Q. Muncio. Ahora, si

⁹ GAL., 1.98.

¹⁰ ULP., 8.2,3; *cf.* GELLIO, 5.19.10.

¹¹ Fest., voz *Curia* (Lindsay, 42).

¹² Para la diferencia entre las nuevas y antiguas curias, v. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis* (1959), 577 ss.

¹³ V. NOCERA, *Il potere dei comizzi e i suoi limiti* (1940), 128.

Q. Mucio vivía aproximadamente al fin del siglo II y principios del I a.C.,¹⁴ es claro que su dicho —suponiendo cierta la cita que de Mucio hace Gellio— se refiere a una época más o menos precisa, el fin de la República; pero sin lugar a dudas la institución en cuestión tiene su origen mucho más atrás en el tiempo, muy probablemente en época precívica, sea ya como la conciben Arangio-Ruiz¹⁵ y Guarino¹⁶ identificada a la designación de heredero —*testamentum calatis comitis*—, o bien como un acto absolutamente independiente y autónomo según Bonfante.¹⁷

Ahora bien, tomando como punto de partida una observación de Frezza en el sentido que: “*col termine deditio veniva in antico chiamata l'adrogatio*”.¹⁸ Sin pretender que esta afirmación constituya apriorísticamente una verdad axiomática, trataremos de canalizar nuestra exposición hacia el posible origen de la *adrogatio* misma.

En la *lex agraria* del año 111 a.C., encontramos que: “*quoive ab eo heredive eius ager locus testamento hereditate deditiove obvenit...*”,¹⁹ el término *deditio* es utilizado para expresar un medio de *successio inter vivos* y especialmente la *adrogatio*.²⁰ La *lex* en cuestión es la única fuente en la que encontramos utilizada tal terminología, pues es notorio que durante toda la época clásica y aun posteriormente la institución nos es conocida como *adrogatio*. Además, no se podría dar una diversa y más convincente interpretación al término *deditio* en la ley epigráfica.

Es pues tal término el que nos lleva a ubicar nuestros pensamientos en una época mucho muy anterior a aquella de Mucio, citado por Gellio, un tiempo en el cual los efectos y las características de la *adrogatio* debieron ser diversas de aquellos que para la época clásica conocemos, pues aquella *deditio* no sólo sería la transmisión masiva de los bienes de un *paterfamilias* a otro sino la sujeción de una familia a otra; una sujeción que, por otra parte, significaría la subsistencia de ambas familias en una sola entidad política-económica, en la que el sujetante detentaría la patria potestad sobre el sujeto y sobre los demás dependientes de él; sin que éste a su vez perdiera su capacidad jurídica de goce. Una sujeción pues, que se asemejaría a aquella efectuada por la *civitas* romana sobre un grupo extranjero,²¹

¹⁴ Según los Fastos capitulares y consulares, Q. Mucio fue Cónsul en el año 95 a.C.

¹⁵ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 20 y 40.

¹⁶ GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, 3a ed., (Edit. Giuffrè, Milán, 1963), 128.

¹⁷ BONFANTE, *op. cit.*, 21.

¹⁸ FREZZA, *Le forme federative a la struttura dei rapporti internazionali nell'antico Diritto Romano*, en SDHI 4 (1938) 424 nt. 107. La observación es recogida por: COLI, *Regnum*, en SDHI 17 (1951), 130.

¹⁹ Cfr. BRUNS, *Fontes* 73; RICCOBONO, *FIRA* I, 102; ROTONDI, *Leges publicae populi Romani* (1966), 322.

²⁰ Contra tal interpretación v. MOMMSEN-WEBER, *Römische Agrargeschichte* 150 nt. 3. trad. ital. *Biblio. di Stor. Econ.* II 2 613, nt. 3; además, MITTEIS, *Röm. Privatrecht bis auf Zeit Diokletian*, 1 (1908), 104, nt. 27.

²¹ Me estoy refiriendo concretamente al *Foedus P.R. cum Gabinis* reportado por DION. 4.58.3; v. un estudio sobre tal *foedus* así como sobre la *deditio* en FREZZA, *op. cit.*, 28 y 52.

en el campo del primitivo Derecho internacional.²² El paralelismo con la *deditio* internacional, al menos en este caso y especialmente frente a la identidad de terminología, puede constituir a su vez un orientamiento a favor del origen precívico de la institución.

3. *El ceremonial de la adrogatio per populum*

En cuanto al ceremonial propio de la *adrogatio per populum*, es el mismo Gellio quien nos lo transmite:²³ precedía al acto comicial una encuesta pontifical, de la cual se pasaba *arbitrus pontificibus*, si ésta era favorable, a la convocatoria de los comicios y, una vez reunidos éstos, se procedía a una triple interrogación:²⁴ del arrogante, del futuro arrogado²⁵ y, en fin, del pueblo, a éste con la típica y habitual fórmula de la rogación comicial:

GELLIO, 5.19.10.: "VELITIS IUBEATIS, UTI L. VALERIUS L. TITIO TAM IURE LEGEQUE FILIUS SIET, QUAM SI EX EO PATRE MATREQUE FAMILIAS EIUS NATUS ESSET, UTIQUE EI VITAE NECISQUE IN EUM POTESTAS SIET, UTI PATRI ENDO FILIOS EST. HAEC ITA UTI DIXI ITA VOS QUIRITES, ROGO. . ." ²⁶

Por lo que se refiere a la *detestatio sacrorum* no es posible delimitar con precisión el momento en que ocurría, es decir, si era previa o posterior a la interrogación.²⁷

Por otra parte, cuando la *adrogatio* dejó de ser un acto comicial y las curias fueron substituidas por los treinta lictores que las representaban, la decisión de éstos vino a ser una mera formalidad y la *adrogatio* pasó a ser un acto controlado por el Colegio de los Pontífices que decidía discrecionalmente sobre la procedencia o improcedencia de la misma.

4. *La adrogatio impuberis per populum. Origen. Gai. I.102. Ulp. 8.5 La Epistula Divi Pii. Prácticas pontificales.*

Habiendo examinado anteriormente el problema del origen de la arrogación tanto en su aspecto temporal como en su genética misma, debemos

²² Sin que esta comparación entre instituciones de Derecho Público y Privado de la época arcaica para establecer sus respectivas características sea, como método de investigación, nuevo v. COLI, *Sul parallelismo del Diritto Pubblico e del Diritto Privato nel periodo arcaico di Roma*, en SDHI 4 (1938), 1 ss. El paralelismo sin embargo, no puede constituir un criterio metodológico universalmente válido.

²³ GELL., 5.19.10 y ss.

²⁴ GAL., 1.99.

²⁵ CIC., de domo 29.77-81.

²⁶ Sobre la necesidad de la presencia del arrogante y del arrogado v. SCHULZ, *op. cit.*, 144.

²⁷ V. sin embargo: SERV. ad. AEN. 2.156: "... *consuetudo apud antiquos fuit, ut qui, in familian vel gentem transiret, prius se abdicaret ab ea; in qua fuerat, et sic ab alia reciperatur*".

ocupar ahora nuestra atención en un aspecto particular, o sea: cuándo y por qué se origina la *adrogatio impuberis*.

Son las fuentes las que nos situarían aparentemente en época clásica para el establecimiento del origen de la *adrogatio impuberis*; efectivamente, Ulpiano señala que:

ULP. 8.5.: "...PUPILLI ANTEA NON POTERANT ARROGARI, NUNC AUTEM POSSUNT EX CONSTITUTIONE DIVI PII..."

Por su parte Gayo nos dice:

GAI. 1.102.: "...ITEM IMPUBERIS APUD POPULUM ADOPTARI ALIQUANDO PERMISSUM EST, ALIQUANDO PROHIBITUM EST NUNC EX EPISTULA OPTIMI IMPERATORIS ANTONINI QUAM SCRIPSIT PONTIFICIBUS SI IUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR CUM QUIBUSDAM CONDICIONIBUS PERMISSUM EST..."²⁸

En efecto, el citado paso de Ulpiano es categórico al respecto: "...*antea quidem non poterant... nuc... possunt...*", refiriéndose el *nunc* a partir de Antonino Pio, y no dejaría lugar a dudas respecto a la época del origen de la *adrogatio impuberis*, si no fuera porque el transcrito pasaje de Gayo nos hace dudar de tal situación cuando expresa: "...*aliquando permissum est, aliquando prohibitum est...*"; ahora bien, se podría desprender de la afirmación gayana que la *adrogatio impuberis* era permitida en algunos casos y en otros no, antes de la Epístola Antonineana; esto es, que había sido permitida más o menos regularmente a través de una práctica pontifical que, según el caso concreto, la negaba o la permitía, y que a través de la Epístola de Antonino esta práctica obtiene su sanción jurídica, en el sentido de que de entonces en adelante se permitiría la *adrogatio* del impúber, siempre y cuando mediando una justa causa se cumplieran determinadas condiciones.

Pensemos, por otra parte, que el paso de Gayo sea genuino,²⁹ y diremos que el adverbio de tiempo *aliquando*, empleado por el jurista permite a su exposición dar margen al desarrollo o planteamiento de los casos en los cuales era adoptada una solución diversa de aquella tomada en principio, tomando en cuenta, sobre todo, que no es el único paso de sus Instituciones en el que el término tiene tal sentido.³⁰ Aún más, si tomamos en consideración lo expresado por Gayo en el párrafo 101, esto es, que las

²⁸ Cfr. un caso de arrogación previa a la Epístola Antonineana en: *Suet. vit. Caes. Claudio XXIV*.

²⁹ MOMMSEN sostiene que *aliquando permissum est*, sea una glosa. Por su parte BESELER, *Subsiviva. Die Adrogatio impuberis in klassischer Zeit* (s.f., pero 1929) sostiene que originalmente el paso debió ser así: "*olim prohibitum fuit*", y que "*aliquando permissum est*" es una glosa. Por su parte SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, en *St. Riccobono I* (1936), 144, afirma que el "*aliquando permissum est*", es una glosa. Por la genuinidad del paso, v. DAVID-NELSON, *Gai Institutionum comentarii IV, Kommentar I* (1954), 124.

³⁰ Cfr. GAI., 1.65, 176; 2.45, 50, 59.

mujeres no pueden ser arrogadas en base a que la jurisprudencia había preferido esta solución —negar antes que permitir la arrogación—: *item, per populum feminae non adoptantur, nam id magis placuit...*; ³¹ sería muy extraño pensar en que para dos situaciones similares —arrogación de mujeres y de impúberes hombres— Gayo diera —en el caso de que en ambas situaciones existiera una prohibición— sólo la explicación que se refiere a las mujeres, mientras que para los impúberes no sólo no lo hace sino que aun señala que algunas veces se podían arrogar y otras no.

Todo lo anterior nos lleva a pensar que muy probablemente antes de Gayo no existía una regla general que permitiera la *adrogatio impuberis*, pero que ésta era realizada —quizás frecuentemente— atendiendo a las características y naturaleza de cada uno de los casos concretos que con seguridad debieron de presentarse.

Desde luego sabemos que el sentido que hemos dado a Gai. 1.102 se opone en cierta manera a Gellio 5.19.10, en cuanto que aquí el impedimento de la *adrogatio impuberis* es referido a los limitados poderes del tutor de un pupilo; esto es, las razones en este caso son de naturaleza substancial y se refieren a la esencia misma de la institución pero, y en esto siguiendo a David-Nelson, ³² podemos señalar al respecto que muy bien podría darse que la argumentación geliana se refiera a un caso concreto de impedimento de *adrogatio* de un impúber. ³³

5. La adrogatio impuberis antes de la Epistula Divi Pii

Tomando en consideración que la doctrina dominante, ³⁴ fundándose en los respectivos pasos de Gayo ³⁵ y Gellio, ³⁶ señala que la época del origen de la *adrogatio impuberis* sea aquella clásica y especialmente bajo Antonino Pio, debemos sin lugar a dudas examinar los argumentos emitidos al respecto y analizar por tanto cuáles eran los aparentes obstáculos que impedían previamente a la época citada la realización de la *adrogatio impuberis*.

Es el anteriormente citado paso de Gellio que nos coloca en aptitud de examinar dichos impedimentos:

³¹ SOLAZZI, *Appunti Gaiani*, en RIL. 74 (1940-41), 577, considera *magis placuit* como un glosema.

³² DAVID-NELSON, *Gai. Inst. Kommentar I cit.*, (1954), 124.

³³ Para un estudio sobre la inclinación casuística del Derecho Romano v. SCHULZ, *Principles of Roman Law* (Oxford Press, Londres, 1936), 40 ss.

³⁴ BONFANTE, *op. cit.*, 30; ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, 466 ss.; DONATUTI, *Contributi allo studio dell'adrogatio impuberis*, en BIDR 64 (1961) 141; COSTA, *Storia del Diritto Romano Privato* ² (1925) 61; LONGO, *Diritto Romano* ². *Diritto di famiglia* (1953), 172; SCHULZ, *Classical Roman Law cit.*, 146.

³⁵ *Inst.*, 1.102.

³⁶ GELL., 5.19.10.

GELLIO, 5.19.10.: “. . . NEQUE PUPILLUS AUTEM NEQUE MULIER, QUAE IN PARENTIS POTESTATE NON EST, ADROGARI POSSUNT: QUONIAM ET CUM FEMINIS NULLA COMITIORUM COMMUNIO EST ET TUTORIBUS IN PUPILLUS TAMTAM ESSE AUCTORITATEM POTESTAM QUE FAS NON EST, UT CAPUM LIBERUM FIDEI SUAE COMISSUM ALIENAE DICIONNI SUBICIANT. . .”

Efectivamente, la mujer no puede ser arrogada en virtud de su falta de capacidad comicial, esto es, no puede participar activamente en la asamblea curiada dado su estado de incapacidad permanente que naturalmente implica la falta del *ius suffragii*. El impúber, por su parte, no puede ser arrogado, porque no es justo que la potestad de su tutor sea tanta como para transformarlo de *sui iuris* en un *alienae dicioni subiectus*; sin embargo, el hombre impúber, dada la incapacidad producida por su edad, tampoco tenía capacidad comicial, pero tal parece que en la presente situación tal incapacidad no importe a Gellio, ¿por qué?, ¿podría significar esto que los impúberes masculinos, no obstante su incapacidad comicial, tenían algunas veces acceso a los comicios y que, por lo tanto, lo que impedía su arrogación no era tal incapacidad sino su propia relación con el tutor, que impedía a éste efectuar cualquier acto por el cual se comprometiera y, aún más, variara el estado personal de su pupilo?

6. *Impedimentos formales y substanciales en la adrogatio impuberis per populum. El impedimento formal. La falta del ius suffragii del impúber*

Visto todo lo anterior podemos pensar en que los impedimentos para la realización de la *adrogatio impuberis* eran de dos tipos: formales, aquellos referidos a la incapacidad comicial del impúber; substanciales, la incapacidad del tutor para cambiar el *status* personal a su pupilo.

La participación activa en el comicio curiado, esto es, la facultad de votar en él, implicaría la posesión del *ius suffragii*,³⁷ que entre otros requisitos y para los fines concretos del presente estudio representa el alcanzar la pubertad, o sea, el haber alcanzado una cierta y determinada edad.

En efecto, el ciudadano que poseía el derecho de voto podía participar activamente en la asamblea manifestando su opinión a través de tal voto, el que aunado al de los demás representaría posteriormente la formación de una voluntad vinculante.

Ahora bien, es cierto que para emitir el voto era necesaria la posesión del derecho que facultara a hacerlo, ¿pero qué acaso habría algún impedimento para asistir a la asamblea, es decir para participar materialmente en ella sin intervención decisoria? Además, la misma respuesta a la *rogatio* —admitiendo que antiguamente fuera solicitada— no es un voto.

Hasta cuanto sabemos, no se conoce ningún caso de decisión comicial

³⁷ V. ROSENBERG, voz *ius suffragii*, en PW. 10, 2a. ed., (1919), 1302 ss.

declarada ilegal por la presencia de personas que no tenían el mencionado derecho de voto.³⁸

Sin embargo, es lógico pensar que probablemente dicho impedimento, al menos formalmente, existía, aun cuando Gellio nada nos diga al respecto mientras que sí lo hace refiriéndose a la mujer.

Gayo, por su parte, expresamente señala que el futuro arrogado debería ser interrogado sobre su voluntad en cuanto al acto mismo de la arrogación, lo que ya estaba presuponiendo su asistencia; pero aquí nos interesa llamar la atención sobre el hecho mismo de la interrogación:

GAI. 1.102.: "...QUIA ET IS QUI ADOPTAT ROGATUR... ET IS QUI ADOPTATUR ROGATUS AN ID FIERI PATITUR..."

Fíjese bien, se deberá interrogar al futuro arrogado, pero será el pueblo quien siendo a su vez interrogado:

GAI. 1.102.: "...ET POPULUS ROGATUR AN ID FIERI IUBEAT..."

sancionaría con su voto el acto que se estaba desarrollando y, precisamente en este caso, la respuesta del arrogado a la *rogatio* no es un *votum*.

Pensamos, pues, que en el caso de una posible arrogación de impúber su presencia era requerida —al menos en época histórica—³⁹ para que manifestara su voluntad respecto al acto y sus consecuencias; pero que no era él mismo quien votaba el acto, sino la propia asamblea la que lo hacía, puesto que, dijimos, el impúber no tenía el *ius suffragii* y, en tal caso, estaría participando físicamente en la asamblea pero sin intervenir decisoriamente en la misma.

La hipótesis propuesta se funda sobre la constatación de la validez de un acto comicial cumplido *en presencia* de un sujeto que no tiene el *ius suffragii*, sujeto que sufre las consecuencias del acto comicial sin intervenir activamente en él.

La anterior afirmación es reforzada por una constatación que las fuentes nos permiten hacer, esto es, encontramos otro acto comicial válido, realizado en presencia de otro sujeto sobre el cual recaen las consecuencias del mismo y que también es ciertamente extraño al proceso formativo del acto mismo, esto es, el *servus manumissus et adrogatus* por la vía testamentaria *calatis comitis*.⁴⁰

El punto común entre las dos hipótesis, la nuestra inductiva y la segunda cierta, es precisamente el encontramos de frente a dos actos comiciales en

³⁸ V. NOCERA, *op. cit.*, 16.

³⁹ Se pronuncia en contra de la necesaria presencia al acto no sólo del arrogado sino del arrogante, SCHULZ, *Classical Roman Law cit.*, 144; sobre el punto, Cfr. GAI., 1.102; CIC., *de domo* 29. 77.

⁴⁰ Sobre la intervención de los comicios en la aprobación de la *manumissio testamenti* en época arcaica, v. WLASSAK, en ZSS 28 (1907) 67 y 113; además, LEVY-BRUHL, *Studi Riccobono* 3, 16 ss.

los cuales el sujeto que sufre las consecuencias de aquéllos —respecto al proceso formativo de los mismos— es objeto y no sujeto y, dada tal situación —nos referimos a la época arcaica—, ni siquiera era interpelado.

Que un fenómeno de esta naturaleza pueda haberse verificado —en cuanto se refiere a nuestra hipótesis— en una época en la que la reunión de la asamblea era ya tan sólo un acto formal, está confirmado por el hecho de que tal acto se verificaba ya para la *adrogatio* del *servus manumissus*⁴¹ en una época en que las curias cumplían y desarrollaban una actividad no sólo formal sino efectiva y concreta.

7. El impedimento substancial. Límites de las facultades del tutor impuberis. La supuesta libertad del impuber sui iuris

Debemos pasar ahora a examinar el impedimento substancial que obstaculizaba, aparentemente, la celebración de la *adrogatio impuberis* anteriormente a la Epístola de Antonino Pio. Es otra vez el multicitado paso de Gellio 5.19.10, el que dará margen a nuestra exposición, efectivamente: "*neque pupillus autem neque mulier quae in potestatis non est, adrogari possunt quoniam et cum feminis nulla comitorum communis est et tutoribus in pupillum tamtam esse auctoritatem potestamque fas non est, ut capum liberum fidei suae comissum alienae dicioni subiciant...*"

De tal manera que el impúber no puede ser arrogado en vista de la insuficiencia del poder del tutor.

Solazzi⁴² y Donatuti⁴³ examinan el impedimento en cuestión desde el punto de vista de la diferencia de poderes que corresponden al tutor de la mujer y a aquel del impúber, ya que el primero tiene la *auctoritas* pero no la *negotiorum gestio*, mientras que al segundo corresponde sólo la gestión de los negocios. Si al *tutor impuberis*, dice Solazzi,⁴⁴ le hubiera sido permitido disponer de la libertad de su pupilo habría podido substituir al mismo ante el comicio a los treinta *lictors*, afirmación a la que se opone Donatuti⁴⁵ haciendo referencia al principio que excluye la substitución gestoria para los negocios del Derecho de familia,⁴⁶ agregando que respecto a las fuentes la apreciación de Solazzi es errónea; tanto para la época de Cicerón como en la de Gellio, continúa, era requisito indispensable el consentimiento del arrogado y tratándose de un impúber habría sido indis-

⁴¹ V. IMPALLOMENEI, *Le manomissioni mortis causa* (1963), en donde son recogidas las tesis sobre el origen de la *manumissio testamento* y en especial sobre la participación del liberto en los comicios, pp. 33, 34; esto es, sobre el *ius suffragii* del esclavo manumitido y después arrogado p. 36.; v. además, las originales tesis de PEROZZI sobre el origen de la *manumissio mortis causa* y el origen de la *adrogatio* en época histórica en *Scritti, Manumissione dei servi*, 3 (1948), 511 ss.

⁴² SOLAZZI, *Appunti gaiani cit.*, 576.

⁴³ DONATUTI, *op. cit.*, 139.

⁴⁴ SOLAZZI, *Appunti gaiani cit.*, 576.

⁴⁵ DONATUTI, *op. cit.*, 139.

⁴⁶ BETTI, *Diritto Romano* 1 (1935), 401.

pensable la interposición de la *auctoritas* del tutor, dado que ésta era la única posible intervención del mismo (piénsese que la *auctoritas* es una institución sólo patrimonial), pero dado que el tutor no puede disponer de la independencia de su pupilo tal intervención sería de descartarse.

Ciertamente que el planteamiento del impedimento es correcto y válido, pero naturalmente sólo para las épocas de Cicerón y Gellio, y solamente también porque la naturaleza de la *adrogatio* —como se podrá apreciar posteriormente— había cambiado, esto es, la institución había adquirido un tinte claramente proteccionista y los factores de orden objetivo que la caracterizaban en época arcaica⁴⁷ habían venido a menos, siendo natural que tal situación fuera reflejada por las prácticas establecidas por el colegio pontifical.

Sin embargo, nuestra duda continúa dado que Gayo no alude siquiera al impedimento examinado y, aún más —insistimos—, nos dice que algunas veces era permitida la *adrogatio impuberis* y otras no, pero sin aludir a los poderes del tutor.

Todo esto pues, nos hace pensar en que la situación en época anterior a la Epístola de Antonino Pio fuera bien diversa; además, si el impedimento en cuestión se refiere a la indisponibilidad por el tutor de la libertad de su pupilo podemos indicar que tal libertad era sólo aparente, en efecto, el alcanzar la pubertad es considerado como un *venire in suam tutelam*,⁴⁸ y alcanzada la misma el púber viene a ser *suae tutelae*,⁴⁹ que en otros términos significaría *sua potestatis*⁵⁰ o bien *sui iuris*,⁵¹ es decir, libre, dueño de sí mismo.

Y si todo lo anterior sucede como hemos dicho cuando el impúber deja de ser tal, antes de que esto ocurra podría ser considerado como un *alienae potestati subiectus*, sujeto pues a una potestad que en el caso concreto es la de su tutor; tal *potestas* es real y concreta como lo demuestra la definición que de la tutela da el jurista Paulo en: D. 26.1.1. pr. (Paul. lib. 38 ad edict.): “*tutela est, ut Servius definit vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit iure civile data acpermissa...*”

Evidentemente tal paso nos presenta la definición del jurista Servio, alterada por Paulo, puesto que en él se pueden distinguir claramente dos estratos, el antiguo Serviano, que concebía la tutela como una *vis ac*

⁴⁷ Fueron señalados anteriormente: v. pág. 540 de este trabajo.

⁴⁸ Cfr. GAL., 2.179; D. 32.50 pr. (ULP., lib. 22 *ad Sab.*).

⁴⁹ Cfr. GAL., 2.147; D. 49.15.22.2. (IULIAN., lib. 62 dig.).

⁵⁰ Cfr. D. 32.50.4 (ULP., lib. 22 *ad Sab.*); D. 49.15.7.1 (Proc., lib. 8 epist.); v. también LIV., 24.29.8; 26.13.14; DION., 2.72.2.

⁵¹ Opinión por demás ya emitida por BETTI, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano* 1 (1928) 189, y ya antes *La vindicatio Romana primitiva*, en Filangieri 40 (1915) 3. 352 nota 1; v. además COLI, *Regnum cit.*, 103 ss.; FRANCIOSI, *Il processo di Virgínia*, en Labco 7 (1961) 26.

potestas y el clásico *ad tuendam*. . . *nequit* que refleja la nueva concepción de la tutela con proyección social y proteccionista.⁵²

Ahora bien, Gellio dice expresamente,

GELLIO, 5.19.10.: "TUTORIBUS IN PUPILLUS TAMTAM ESSE AUCTORITATEM POTESTAMQUE FAS NON EST, UT CAPUM LIBERUM FIDEI SUAE. . . COMISSUM ALIENAE DICIONI SUBICIANT. . ."

Nuestra argumentación no va en contra del transcrito paso, pues la libertad del pupilo es tan sólo aparente, y estrictamente hablando, no es por el acto del tutor consistiendo en la arrogación de aquél, que esté sobrepasando sus facultades al cambiar de estado al pupilo, pues éste es ya prácticamente un *alienae dicioni subiectus*, sujeto como está a la *vis ac potestas*, que es real y efectiva, por lo que verdaderamente no existe tal cambio en el *status* personal. Aun colocándonos en el extremo de que tal cambio ocurriera, éste —cuando menos para la época clásica— sería sólo transitorio ya que alcanzada la pubertad, el arrogado podía obtener su emancipación,⁵³ recuperando el supuesto estado de libertad perdido. Podemos pues concluir esta primera parte de nuestro estudio afirmando que es muy probable que el origen de la *adrogatio impuberis* corra paralelo a aquél de la *adrogatio* genérica y que, por tanto, antes de la Epístola *Divi Pii*, sin haberse establecido una regla general que permitiera la celebración de la *adrogatio impuberis*,⁵⁴ en todos los casos, el colegio pontifical analizando cada uno de ellos según sus características la permitía o la negaba, de tal manera que la disposición antonineana vino a sancionar la ya antigua práctica pontifical, permitiendo la arrogación del impúber, siempre y cuando mediara una justa causa y fueran cumplidos ciertos y determinados requisitos.

8. La *adrogatio per populum* en la época clásica

La naturaleza de la *adoptio* genérica y, en consecuencia, aquella de la *adrogatio*, presenta en la época final de la República cambios notables que hacen adquirir a la institución nuevas características, que vendrán a agregarse a aquellas que la determinaban en las épocas anteriores, y que, por otra parte, son solicitadas por el nuevo tipo de estructuración social, política y económica de tal periodo histórico. Dichas características se expresan a través de directrices de las cuales se hace portavoz el colegio

⁵² Sobre la interpolación del paso v. ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, 496; además, sobre el argumento, BONFANTE, *op. cit.*, 553.

⁵³ Cfr. D. 1.7.32 (PAPIN. 31 quaest.); D. 1.7.33 (MARC. 3 reg.).

⁵⁴ Cfr. ULP., 8.5; GAI. 1.102; CI. 8.47.2 pr. (DIOCL., a. 286).

pontifical; sobre el cual, en vista del venir a menos del comicio curiado, recayó el entero control del acto, lo que dio margen a su regulación.⁵⁵

Así, encontramos que la *adoptio* tiende a representar, mediante las reglas fijadas por tal colegio, además de la vía de refuerzo y continuación de la familia el medio para crear artificialmente la relación de filiación,⁵⁶ supliendo, por así decirlo, la falta de hijos, que no significa más que la satisfacción de necesidades de afecto y generosidad.⁵⁷ En otras palabras, a los antiguos factores de orden objetivo se agregaron los nuevos subjetivos, dado que la familia había perdido el carácter de entidad autónoma, política y económica, para venir a formar parte de un complejo social, la ciudad-estado; y debió ser así, ya que precisamente en el desarrollo histórico es donde se pueden apreciar los cambios sufridos por una institución que tiende a ser el medio satisfactor de ciertas y determinadas necesidades sociales.

Lentamente se forma una conciencia social respecto a la concepción proteccionista de la *adoptio*, fundada sobre factores subjetivos, y en tal sentido se pronuncia Cicerón⁵⁸ al expresar que: cuando no se ha podido conseguir de la naturaleza un hijo debe proceder la adquisición artificial del mismo y que la relación que se establecía entonces debería ser lo más posible semejante a aquella natural; esto es, que la *adoptio imitat natura*.⁵⁹

Por otra parte, una manifestación concreta de tal concepción se encuentra en el reconocimiento —en esta época histórica— de la arrogación hecha por testamento,⁶⁰ que significaría la adopción del heredero instituido⁶¹ y que las fuentes literarias reportan con abundancia;⁶² siendo desde luego —por su relevancia histórica— la más conocida aquella que de Octavio realizó Julio César, en la cual Octavio primero declaró ante el pretor su voluntad de aceptar la adopción y después la hizo confirmar por el comicio curiado; en este mismo orden de ideas y haciendo excepción de la adopción de Tiberio y de Nerón por Augusto y Claudio respectivamente, que fueron realizadas conforme al Derecho Privado, a partir de Galba surgió la institución de la designación que, a nuestro modo de ver, no se debe considerar como una adopción sino como un instrumento político que

⁵⁵ Cfr. CIC. BRUTUS, 42.146; v. SCHULZ, *Classical Roman Law*, 146. Con nuestra observación no pretendemos subestimar la penetrante ingerencia pontifical aún en la época en la que el comicio curiado constituía un organismo vital.

⁵⁶ CIC., *de domo* 14.36.

⁵⁷ BONFANTE, *op. cit.*, 13.

⁵⁸ CIC., *de domo* 14.36.

⁵⁹ Así DONATUTI, *op. cit.*, 128, sin embargo, BONFANTE, *op. cit.*, 19; LONGO, *op. cit.*, 39 y SCHULZ, *Classical Roman Law*, 148, manifiestan que esta concepción es sólo una serie de ideas sociales sin fundamento jurídico, el cual será proporcionado sólo hasta la compilación Justiniana.

⁶⁰ V. en tal sentido, LONGO, *op. cit.*, 36 ss.

⁶¹ V. sobre tal argumento la síntesis de las principales teorías al respecto en BONFANTE, *op. cit.*, 26 ss.

⁶² Cfr. CIC. BRUT., 58.212; LIV. EPIT. 116; SUET. CAESAR 83; TAC. annal 1.8.14; PLIN., hist. nat. 35.2.8.

marca las características del sistema de sucesión del poder durante la época imperial del dominado, y que dio margen a la formación de las llamadas *dinastías imperiales*.⁶³

Ahora bien, qué objeto tendría una arrogación —la testamentaria— en la que faltaba el elemento fundamental y tradicional, la sujeción del arrogado a la *patria potestas* del arrogante, si éste está ya muerto, sino el de pretender crear artificialmente⁶⁴ aquel resultado que se habría producido con la filiación natural.

9. Los cambios en la naturaleza de la institución

Para ser acordes con las afirmaciones anteriormente vertidas, debemos necesariamente hacer resaltar las características de la adopción dadas precisamente por su concepción social y proteccionista. Señalamos ya la importancia que asumió el colegio pontifical cuando el comicio curiado vino a ser sólo una ficticia asamblea popular, así como también la serie de prácticas establecidas por aquel en materia de *adrogatio* como reflejo de la regulación de la *adoptio*. Pues bien, de entre todas esas prácticas, la que mejor expresa la nueva situación es aquella referida a la necesidad de que el adoptado fuera más joven que el adoptante.⁶⁵

Tal práctica, para una adopción concebida en términos exclusivamente arcaicos no tiene sentido alguno, recuérdese que el fin de la *adrogatio* primitiva era el de reforzar y continuar la familia, fin que podía ser alcanzado independientemente de la edad del arrogado; pero ya en esta época histórica, la práctica se explica perfectamente en el sentido de que la *adrogatio* es el medio para crear artificialmente la filiación, es un absurdo pensar en una relación tal en la que un supuesto hijo fuera mayor que el padre.

Por otra parte y adecuándose al nuevo concepto de la *adrogatio* y como consecuencia de ello encontramos que: el arrogante debería haber alcanzado una edad en la que físicamente le fuera imposible tener hijos —práctica que refleja hasta cierto punto el antiguo carácter objetivo de la continuidad de la familia dada su extinción inminente—; ⁶⁶ así como también la condición de no tener ya otros hijos sean éstos naturales o adoptivos.⁶⁷

A este punto debemos insistir que hasta el momento histórico —fin de la República— la concepción de la *adoptio* es puramente social, pues no podemos afirmar por ningún motivo que las anteriores reglas pontificales se hubieran convertido en verdaderas disposiciones jurídicas, basta ir más

⁶³ Sobre la designación o adopción imperial v. MOMMSEN, *Droit Public* 5 (1894), 450 ss.

⁶⁴ LONGO, *op. cit.*, 51.

⁶⁵ En CIC., *de domo* 14.36; Cicerón critica y condena la adopción de Clodio por parte de Fonteio, puesto que aquél era mucho mayor que éste.

⁶⁶ Cfr. CIC., *de domo* 14.34,36; GELL., 5.19.6; D. 1.7.15.2 (ULP., 26 *ad Sab.*).

⁶⁷ Cfr. D. 1.7.17.13 (ULP., 26 *ad Sab.*).

adelante en el tiempo, a la época de Gayo y examinar el párrafo 106 del libro primero de sus instituciones:

GAI. 1.106.: "SED (ET ILLUD DE QUO) QUAESTIO EST, AN MINOR NATU MAIOREM NATU ADOPTARI POSSIT, UTRIUQUE ADOPTIONIS COMMUNSI EST";

para darse cuenta cómo aún se discute entre los juristas sobre el principio de la mayoría de edad, y éste es nada menos el eje sobre el cual gira el nuevo concepto de la adopción, que no obstante ya afirmado en la conciencia social y reflejado por una práctica pontifical arraigada ya desde hacía mucho tiempo, sólo hasta entonces venía a constituirse en cuestión de derecho civil, esto es, vino a ser un requisito de validez de la *adoptio*.⁶⁸

10. La Epistula Divi Pii. Posibilidad de la adrogatio per populum del impúber

Las fuentes sobre la *Epistula Divi Pii* son las siguientes:

GAI. 1.102.: "ITEM IMPUBERES APUD POPULUM ADOPTARI ALIQUANDO PROHIBITUM EST, ALIQUANDO PERMISSUM EST; NUNC EX EPISTULA OPTIMI IMPERATORIS ANTONINI, QUAM SCRIPSIT PONTIFICIBUS, SI IUSTA CAUSA ADOPTIONIS ESSE VIDEBITUR, CUM QUIBUSDAM CONDICIONIBUS PERMISSUM EST."

ULP. 8.5.: "...PUPILLI ANTEA QUIDEM NON POTERAT ADROGARI, NUNC POSSUNT EX CONSTITUTIONE DIVI ANTONINI."

Como se desprende de los textos transcritos, correspondió a Antonino Pio el sancionar jurídicamente a través de una *epistula*, la práctica pontifical que permitía la *adrogatio impuberis* con la forma *per populum*; la epístola en cuestión estableció ciertas disposiciones que según se podrá ver reflejaron el nuevo concepto de la *adoptio*; en efecto Gayo nos dice: "...si iusta causa adoptionis videbitur..."; ahora, qué significado podría tener el vocablo empleado por el jurista sino el de motivo individual,⁶⁹ que en este caso sería el del *paterfamilias* al pretender arrogar en función de su familia, no de su persona, es decir con proyección social, dada la inmersión de esa familia en el complejo social de la *civitas*. El significado por otra parte, de ninguna manera es arbitrario sino que responde y explica las nuevas exigencias de la *adoptio*.

Dicho motivo individual, tendría que ser encontrado a través de la encuesta pontifical previa al acto y, si al origen tal investigación se dirigía a la búsqueda de los elementos puramente objetivos —reforzar y continuar

⁶⁸ En el mismo sentido, DONATUTI, *op. cit.*, 130.

⁶⁹ V. ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine* (1951) 192. Confirman el sentido dado al vocablo *causa*: CIC. *de domo* 13.34,35; 14.36; D. 1.7.15.-2,3 (ULP., 26 *ad Sab.*). En tal sentido del término, DONATUTI, *op. cit.*, 132.

la familia— que indicarían la oportunidad de la celebración de la *adrogatio*; ya para esta época —la de Gayo— tal encuesta debería realizarse sobre los motivos que impulsaban al arrogante al adquirir un hijo por medio de la *adrogatio*, esto es, se buscaría la aspiración de orden afectivo y proteccionista que debería existir en función de la familia y en cuanto a los efectos objetivos de aquélla.

Por otra parte, las condiciones establecidas por Antonino Pio tienden a destruir en el arrogante cualquier interés de tipo material-patrimonial que pudiera eventualmente existir⁷⁰ y una prueba objetiva de lo anterior se encuentra en la regla que establece la imposibilidad del tutor para arrogar a su pupilo,⁷¹ lo que hace imposible para el mismo substraerse a rendir las cuentas de su administración.

La investigación pontifical debería establecerse además: “*ansalubris adoptio possit pupillo intellegi*”,⁷² impidiendo: “*insidiose bona eius qui adrogatur adpetita sint*”.⁷³

11. Caracteres de la *adrogatio impuberis per populum* durante la época clásica. Limitaciones a la patria potestas del arrogante. Efectos patrimoniales

Las características de la *adrogatio impuberis* durante la época clásica podemos referirlas a dos órdenes de ideas: uno, personal, o sea el régimen de la *patria potestas* al cual viene sujeto el impúber y segundo, patrimoniales, respecto a los bienes del impúber mismo y a aquellos de la familia a la cual se está incorporando.

Como tradicionalmente había ocurrido, un impúber al ser arrogado caía bajo la *potestas* de su nuevo *pater*, esto es, bajo el *ius vitae ac necis* del mismo, recordado en la rogación que el *pontifex maximus* dirigía en el acto comicial:

GELLIO, 5.19.9.: “VELITIS IUBEATIS, UTI L. VALERIUS L. TITIO TAM IURE LEGE-
QUE FILIUS SIET, QUAM SI EX EO PATRE MATREQUE FAMILIAS EIUS NATUS
ESSET, UTIQUE EI VITAE NECISQUE IN EUM POTESTAS SIET, UTI PATRI ENDO
FILIOS EST. . .”

⁷⁰ Recuérdese que por el acto de la *adrogatio* los bienes del arrogado pasan en bloque al arrogante: GAI., 3.83.

⁷¹ Cfr. D. 1.7.17 pr. (ULP., 26 ad Sab.).

⁷² Cfr. D. 1.7.17. 2 (ULP., 26 ad Sab.): “*Eorum duntaxat pupillorum adrogatio, permittenda est his, qui vel naturali cognatione vel sanctissima affectione ducti adoptarent ceterorum prohibenda, ne esset in potestate tutorum et finire tutelam et substitutionem a parente factam extinguere. Et primum quidem excutiendum erit, quae facultates pupilli sint et quae eius, qui adoptare eum velit, ut aestimatur ex comparatione earum, an salubris adoptio possit pupillo intellegi. . .*” Sin lugar a dudas el primer párrafo y en especial *sanctissima affectione* no puede ser de Ulpiano, no es, ciertamente un término clásico. En cuanto al segundo párrafo no presenta signos de alteración substancial, en tal sentido también, Donatuti, *op. cit.*, 133.

⁷³ Cfr. GELL., 5.19.6.

Solamente que en esta época, dicha *potestas* viene a ser limitada y aún más revocable a iniciativa del mismo arrogado cuando ha alcanzado la pubertad, como se desprende de los siguientes pasos del Digesto:

D. 1.7.32. pr. (Papin. 31 quaest.): ⁷⁴ “NONNUMQUAM AUTEM IMPUBES QUI ADOPTATUS EST AUDIENDUS ERIT, SI PUBES FACTUS EMANCIPARI DESIDERET, IDEQUE CAUSA COGNITA PER IUDICEM STATUENDUM ERIT.”

D. 1.7.33. (Marc. 5 reg.): ⁷⁵ “ET SI PUBES FACTUS NON EXPEDIRE SIBI IN POTESTATEM EIUS REDIGI PROBAVERIT, AEQUUM ESSE EMANCIPARI EUM A PATRE ADOPTIVO ATQUE ITA PRISTINUM IUS RECIPERARE.”

Efectivamente, cuando el arrogado es aún impúber, si el *pater-familias* lo emancipaba debería devolverle los bienes aportados a la *adrogatio* y que por efecto de la *successio inter vivos* habían pasado a manos de aquél, como se desprende del siguiente paso de las Instituciones de Gayo:

GAI. 3.83.: “ETENIM CUM PATER FAMILIAS SE IN ADOPTIONEM DEDIT... OMNES EIUS RES INCORPORALES ET CORPORALES QUAEQUE EI DEBITAE SUNT, PATRI ADOPTIVO COEMPTIONATORIVE ADQUIRUNTUR, EXCEPTIS HIS QUAE PER CAPITIS DIMINUTIONEM PEREUNT...”

Ahora bien, si la emancipación tenía lugar sin que mediara una *iusta causa*, además de la referida restitución de los bienes del impúber, el arrogante deberá dejarle además un cuarto de sus propios bienes, desde luego *mortis causa*, ⁷⁶ así lo vemos claramente en el siguiente paso de las Instituciones de Justiniano:

INST. 1.11.3.: “...SI PUPILLUS VIVUS... SINE IUSTA CAUSA EUM AMANCIPAVIT, IUBEATUR QUARTAM PARTEM EI SUORUM BONORUM RELINQUERE...”

Ya con todo lo anterior se podrá ver objetivamente las limitaciones a la *patria potestas*, de las cuales hablamos al principio del párrafo, por lo que señalaremos tan sólo lo que a nuestro juicio representa una de las limitaciones más fuerte a aquélla, o sea que si el arrogante —el motivo es irrelevante— deshereda al impúber, éste tiene derecho a reclamar un cuarto de los bienes de aquél. ⁷⁷

Por lo que se refiere a los efectos que produce la nueva *adrogatio* sobre los patrimonios del impúber y del arrogante, debemos señalar que: sea

⁷⁴ V. *Index Interpolationum*, ad h. 1.

⁷⁵ V. *Index Interpolationum*, ad h. 1.

⁷⁶ Cfr. D. 10.2.2.1 (ULP., 19 ad edict.); D. 37.6.1.21 (ULP., 40 ad edict.); tal cuarta parte de los bienes constituiría precisamente la llamada *Quarta Divi Pii*, que muy bien puede encontrar su antecedente en la llamada *Quarta Falcidia* y que precisamente fue establecida por una *lex* del mismo nombre del año 40 a.C. que reglamentando los legados, estableció también la cuarta parte obligatoria para el heredero: cfr. GAI. 2.227 y D. 35.2.1 pr. (PAUL., lib. sing. ad leg. Falc.).

cual fuera la causa por la cual se extinguía la *patria potestas* creada por la *adrogatio*,⁷⁸ esto es: a) muerte del arrogado *ante pubertatem*; b) emancipación del arrogado antes y después de haber alcanzado la pubertad; c) muerte del arrogante antes que el arrogado venga a ser púber; los bienes que el arrogado había adquirido por medio de la *adrogatio* deberán ser restituidos al arrogado.⁷⁹

12. La *adrogatio* en la época *post-clásica*.

La adrogatio per rescriptum principis

Por naturaleza y efecto mismo de la organización política imperial, surgió el fenómeno del aglutinamiento y concentración del poder en una sola persona, el emperador, que como tal —para los fines de este estudio— vino a ser *pontifex maximus* y en consecuencia, como representante del colegio pontifical sería quien señalaría —no ya a través de las prácticas establecidas lentamente— con verdaderas intervenciones decisivas —recuérdese la intervención Antonineana, con respecto a la *adrogatio impuberis*— el nuevo desarrollo de la *adrogatio generica*.

Por otra parte, la transformación de la ciudad-estado, en un vasto imperio obligó a adecuar las instituciones jurídicas existentes —o en su caso crear nuevas— a una realidad viva, representada por las provincias y sus habitantes que ya para la época han venido a ser ciudadanos;⁸⁰ ciudadanos a quienes se debía hacer participar de la misma vida social, política y sobre todo jurídica, de la por muchos siglos monopolista ciudad de Roma.

La situación esbozada anteriormente influyó sobre la *adrogatio*, si no en cuanto a su naturaleza sí en lo que se refiere a su realización, es decir, la vetusta forma *per populum* —efectuada sólo en Roma— se revelará anacrónica e ineficaz, puesto que la misma asamblea ante la cual se realizaba —el comicio curiado— era ya tan sólo un recuerdo de la superada organización citadina, y por otra parte inaccesible a los provinciales, es precisamente en este momento histórico y debido a los fenómenos político-jurídicos antes señalados cuando la realización de la *adrogatio* se separa de la ciudad, y el emperador en su calidad de *pontifex maximus* a través de un *rescriptum* la concede.⁸¹

⁷⁷ Cfr.: *Inst.*, 1.11.3; D. 38.5.13 (Ulp., 44 ad edict.).

⁷⁸ Cfr. *Ci* 8.47.2 pr. (DIOCLET., a. 286).

⁷⁹ Cfr.: *Inst.*, 1.11.3; *Ci* 8.47.2 (DIOCLET., a. 286).

⁸⁰ En el año 212 d.C. el emperador Caracalla había concedido la ciudadanía a todos los habitantes del imperio. Sobre los problemas relativos a la *Constitutio Antonineana* la literatura es vastísima, por ello recomendamos la monografía de Sasse, *Die Constitutio Antonineana* (1958); sucesivamente v. DE FRANCISCI, *BIDR* 65 (1962), 1 ss.; y el ulterior estudio de SCHÖMBAUER, *LURA* 14 (1963), 71 ss.; últimamente sobre el problema v. BISCARDI, *Corso di papirologia giuridica* (1966), 49 ss.

⁸¹ Por lo que se refirió a la época de origen de la a.p.r.p., v. CASTELLI, *Intorno all'abrogazione dell'adrogatio per populum*, en *Scritti Giur.* 1 (1923), 189; además v. BONFANTE, *op. cit.*, 33.

Estamos pues ante la presencia de la *adrogatio per rescriptum principis* que nos es conocida a través de las siguientes fuentes:

CI. 8.48.2. (Impp. Dioclet. et Mexim. a. 286): "IMPUBEREM, QUEM AD VICEM NATURALIS SUBOLIS ADROGARI DESIDERAS, SI HI, QUI SANGUINIS NECESSITUDINE IUGUNTUR, ID EI EXPEDIRE APUD PRAESIDEM PROVINCIAE CONFIRMAVERIT, FILIUM HABEBIS, ITA UT BONORUM TUORUM QUARTA PARS TAM IN POSTREMO IUDICIO TUO, QUAMSI A TE EMANCIPATUS FUERIT, EI PRAEBATUR ET SUPER PATRIMONIO EIUS IDONEIS FIDEIUSSORIBUS DATIS SERVO PUBLICO CAVEATUR, NE SUB COPULANDA ADOPTIONIS OBTEUTU IN FACULTATES EIUS, QUAE EI DILIGENTI PROVISIONE SERVANDAE SUNT INRUAS. ADROGATIO ETENIM EX INDULGENCIA PRINCIPALI FACTA PROINDE VALET APUD PRAETOREM VEL PRAESIDEM INTIMATA AC SI PER POPULUM IURE ANTIQUO FACTA ESSET."

CI. 8.48.6 (Impp. Dioclet. et Maxim. a. 286): "ADROGATIONES EORUM, QUI SUI IURIS SUNT, NEC IN REGIA URBE NEC IN PROVINCIIS EX RESCRIPTIO PRINCIPALI FIERI POSSUNT."

CTH. 5.6.2. (Const. a. 336): "ITAQUE LICINIANI ETIAM FILIO, QUI PER RESCRIPTUM SANCTISSIMUM DIGNITATIS CULMEN ASCENDIT, OMNIS SUBSTANTIA AUFERATUR ET SECUNDUM HANC LEGEM FISCO ADIUDICETUR, IPSO VERBERATO COMPENDIBUS VINCIENDO AD SVAE ORIGINIS PRIMORDIA REDIGENDO."⁸²

D. 1.7.21 (Gai. lib. sing. reg.):⁸³ "NAM ET FEMINAS EX RESCRIPTO PRINCIPIS ADROGARIPOSSUNT."⁸⁴

Ahora bien, que la forma *per populum* haya coexistido con aquella *per rescriptum principis*, realizándose la primera en Roma y la segunda en provincia hasta cierta y determinada época;⁸⁵ es un problema que dados los límites cronológicos de este estudio, no se entrara a analizar —prometiéndolo hacerlo en otra investigación—; sólo resta pues para concluir, señalar que en la época post-clásica la *adrogatio impuberis* como una subespecie de aquella genérica, siguió el desarrollo de ésta en una línea más o menos recta que la llevaría hasta la compilación Justineana sin ningún cambio notable en su naturaleza y en la forma de realización.

LEONCIO LARA SÁENZ

⁸² V. también: CTh. 5.6.3 (CONST., a. 336); CI 5.27.1.

⁸³ Tal paso es considerado alterado por BONFANTE, *Lezioni sul Diritto di Famiglia* (1903-4) 4,51. (1907-8) 22,32. Lo considera también interpolado, HERZEN, ZSS 20 (1889), 334.

⁸⁴ Véase además como fuente de la a.p.r.p.: la posible *adrogatio per rescriptum principis* de Aureliano, en Vopiscus, *Scrit. Hist. Aug.* 2, Aurelianus c.13 V. sobre tal argumento CASTELLI, *L'arrogazione di Aureliano*, en *Scritti cit.*, 180.

⁸⁵ Sobre tal tema v. CASTELLI, *op. cit.*, 189 ss.