

Emancipatio: tutela fiduciaria¹

[*Emancipatio*: tutela fiduciaria]



ISRAEL HERNANDO AGUAYO
Profesor de Derecho Romano
CUNEF
israelhernando@cunef.edu

Fecha de recepción: 3 de mayo de 2013.

Fecha de aceptación: 1 de julio de 2013.

SUMARIO: I. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DE LA *EMANCIPATIO* ■ II. MODALIDADES DE TUTELA FIDUCIARIA EN LA *EMANCIPATIO* ■ III. LA CESIÓN DE TUTELA FIDUCIARIA ■ IV. CONCLUSIONES.

Resumen

La *emancipatio* es un procedimiento formal que permite al *paterfamilias* extinguir la patria potestad sobre sus hijos o hijas. En la *emancipatio* surge una modalidad tutelar, denominada tutela fiduciaria, cuyos efectos complejos son estudiados en el presente trabajo.

Palabras clave

Emancipatio, tutela fiduciaria, coemptio, patronus, libertus.

1. Este artículo ha sido preparado dentro del Proyecto de Investigación Fundamental no orientada del Plan Nacional I+D+i, con referencia DER2010-19341, titulado *Fuentes históricas de los principios generales del derecho español y de la Unión Europea*, y dirigido por el prof. Fernando Reinoso Barbero.

Abstract

The *emancipatio* is a formal mechanism by the *paterfamilias* may terminate custody of their sons or daughters, so that they are fully capable. In relation to the *emancipatio* the *tutela fiduciaria* appears, whose complex effects are studied in this paper.

Keywords

Emancipatio, tutela fiduciaria, coemptio, patronus, libertus.

I. CUESTIONES PROCEDIMENTALES DE LA EMANCIPATIO

La *emancipatio* es aquel instrumento jurídico que permite al padre, mediante un acto solemne, extinguir la patria potestad sobre sus hijos o hijas, convirtiéndolos en *sui iuris*.² Si bien, en un principio, es utilizada por el *paterfamilias*³ para sancionar las conductas impropias de sus hijos, excluyéndolos de la familia, en el derecho clásico es considerada como un acto beneficioso para los descendientes, ya que con ella se les concede la plena capacidad.

La emancipación⁴, que tiene su fundamento en un precepto decenviral⁵, es tramitada mediante una triple venta del hijo, que está sometida a los efectos de la institución fiduciaria.

El negocio fiduciario, en su modalidad *cum amico*, abarca un conjunto heterogéneo de instituciones⁶, la mayoría de ellas en el ámbito familiar. La confianza, elemento capital del negocio fiduciario, es la que produce los efectos jurídicos pretendidos en el ámbito familiar⁷. Son varias las instituciones del derecho de personas en las que la fiducia es aplicada para conseguir diversas finalidades. Entre esas instituciones se encuentra la *emancipatio*.

El *paterfamilias* mancipaba fiduciariamente al hijo tres veces, a favor de una persona de su confianza (*pater fiduciarius*), para que éste a su vez lo remancipara⁸. En

2. GARCÍA GARRIDO, *Instituciones y Casos de Derecho Romano* (Madrid, 2011), § 114; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *Derecho Privado Romano*, 5 ed., ed. Iustel (Madrid, 2012), 274 y ss.; KASER, *Derecho romano privado*, 2ª ed., versión directa de la 5ª ed. Alemana por Santa Cruz Teijeiro (Reus, 1982), 283.

3. El *paterfamilias* es considerado el jefe del grupo familiar, por lo que goza de una amplia esfera de autonomía, *vid.* D. 50,16,195,2; DE FRANCISCI, *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, ed. Revista de Derecho Privado (Madrid, 1954), 154; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español* (Madrid, 1981).

4. UNTERHOLZNER, «Von den Formen der manumissio per vindictam und der emancipatio», en ZGR, 2, 1815/1816, 139-165; GARCÍA VAZQUEZ, «De la *emancipatio* a la emancipación», en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, coord. por Ramón López Rosa, Felipe del Pino-Toscano (Huelva, 2004), 271 y ss.

5. XII Tablas 4, 2: *Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto*.

6. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana, I. Le Nuncupationes* (Napoli, 1979), 16.

7. FRANCESCHELLI, «La garanzia reale dei crediti nel diritto romano classico en nel diritto inglese (fiducia cum creditore e mortgage)», en *Studi in memoria di Albertoni*, III-2 (Padua, 1938), 517 y ss.

8. IJ. 1,12,6: *Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones*

la tercera mancipación, la patria potestad quedaba extinguida. El *pater fiduciarius*, podía, si quería, manumitir al hijo quedando liberado del poder paterno. De hacerlo así, el emancipado quedaría bajo el patronato del *pater fiduciarius*, el cual podría incluso llegar a ser tutor de los hijos del emancipado, y, en caso de no tenerlos, sería su futuro heredero *ab intestato*⁹.

Con el fin de evitar estas consecuencias, el fiduciario realizaba una última *re-mancipatio* al padre carnal, para que fuera éste quien lo manumitiera (*parens manumissor*), adquiriendo él los derechos de patrono sobre el hijo emancipado¹⁰.

El procedimiento de la emancipación aparece descrito en el Epitomé de Gayo:

– GE. 1,6,3

Item per emancipationem filii sui iuris efficiuntur. sed filius masculus tribus emancipationibus de potestate patris exit et sui iuris efficitur. emancipatio autem, hoc est manus traditio, quaedam similitudo venditionis est: quia in emancipationibus praeter illum, hoc est certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. ergo ipse naturalis pater filium suum fiduciario patri mancipat, hoc est manu tradit: a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. hoc secundo et tertio fit, et tertio eum fiduciario patri mancipat et tradit, et sic de patris potestate exit.

El texto hace referencia a los hijos varones, admitiendo que adquieren la condición de *sui iuris* mediante tres emancipaciones. Señala que el mecanismo de la emancipación es semejante al de una compraventa.

et intercedentes manumissiones celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. nostra autem providentia et hoc in melius per constitutionem reformavit, ut, fictione pristina explosa, recta via apud competentes iudices vel magistratus parentes intrent et filios suos vel filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. et tunc ex edicto praetoris in huius filii vel filiae, nepotis vel neptis, bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerit, eadem iura praestantur parenti quae tribuuntur patrono in bonis liberti: et praeterea si impubes sit filius vel filia vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur. En este texto, se reconocen tres modos distintos de realizar la emancipatio. En primer lugar, el modo antiguo recogido en la Ley de las XII Tablas. También puede realizarse conforme a lo establecido en una Constitución de Anastasio, cfr. Cl. 8,43,5. Y por último, Justiniano reconoce una nueva forma de realizar la emancipación en Cl. 8,43,5.

Gai. 1, 132: «Praeterea» *emancipatione desinunt liberi in potestate parent«u»m esse. sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentium potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: 'si pater «ter» filium uenum du«it», a patre filius liber esto'. «eaque» res ita agit: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit: eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) eaque mancipatione «de»sini«t» in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit, sed adhuc in causa mancipii.*

9. Respecto de la sucesión del liberto, *vid.*, D. 38,2; IJ. 3,7; Cl. 3,4; Gai. 3,39-76; D'ORS A., *Derecho Privado Romano* (Pamplona, 1991), § 256.

10. FUENTESECA, P., «Líneas generales de la fiducia cum creditore», en *Homenaje al profesor José Luis Murga*, 1994, 421; ORTIZ ROMÁN, «La fiducia en el derecho romano antiguo y clásico», en *Revista de la Universidad de Oviedo. Facultad de Derecho*, año XII, nº 62-63, 8; Respecto a la conducta fraudulenta del liberto, dirigida a frustrar los derechos de su patrono (cfr. D. 38,5 *Si quid in fraudem patroni factum sit*), *vid.*, HERNANDO LERA, «El concepto de nova en la acción Faviana», en *RGDR*, 10, 2008.

El *pater natural* mancipa su hijo al *pater fiduciario* ante cinco testigos ciudadanos romanos que hubieran llegado á la pubertad, el *libripens* que sostiene la balanza y el *antestatus*¹¹, utilizando para ello la fórmula *mancupo tibi hunc filium, qui meus est*. El comprador le contesta *hunc ego hominem ex iure quiritorium meum esse aio, isque mihi emptus est hoc aere, hac aeneaque libra*, y entrega la moneda como representación del precio que interviene en la venta ficticia¹².

El texto aclara que esta operación la repiten dos y tres veces, y es en esta última ocasión en la que el hijo sale definitivamente de la potestad del *paterfamilias*.

El Epitomé de Gayo continúa con la descripción del procedimiento de emancipación de un hijo varón, en el siguiente texto:

– GE. 1,6,4

Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri; modo ante curiam facienda est, ubi quinque testes cives romani in praesenti erunt, et pro illo, qui libripens appellatur, id est stateram tenens, et qui antestatus appellatur, alii duo, ut septem testium numerus impleatur. tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patri naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturalis pater, ut ei a fiduciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut, si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturalis pater, non fiduciarius succedat.

Según esta fuente, la emancipación solía realizarse ante el gobernador y, a veces, ante la curia. Para ello, debían estar presentes cinco testigos ciudadanos romanos y otros dos, contando con el *libripens* y el *antestatus*, de manera que fueran siete testigos. Cuando el hijo ya ha sido mancipado¹³ tres veces por el *pater natural*, aclara el texto, el *pater fiduciario* debe remanciparlo a aquél, para que pueda ser manumiti-

11. GARCÍA GARRIDO, *Diccionario de jurisprudencia romana* (Madrid 1986), 37, define al *antestatus* como aquella persona o testigo que intervenía en la antigua *mancipatio* con la misión de convocar a los testigos y al *libripens*, pero desaparece pronto y no es mencionado por Gayo. En HEINECCIO, *Elementos de Derecho Romano*, traducidos y anotados por J. A. S. (Madrid, 1829), 165, apunta el traductor, que el *antestatus* era el que tocaba la ternilla de la oreja a los testigos presentes, para recomendarles que se acordaran del acto que presenciaban.

12. SCHULTING, *Iurisprudentia vetus ante-iustiniana* (Leipzig, 1737), 54 n. 4.

13. Sobre la posibilidad de que el *pater* pudiera emancipar al hijo mediante *in iure cessio*, *vid.*, FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., «El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria a la luz de la experiencia histórica», en *RGDR*, 5, 2005. Señala el autor que «en el proceso fingido denominado *in iure cessio*, hay una *confessio* o allanamiento convencional por parte de uno de los intervinientes, que el magistrado conoce y autoriza, por lo que parece no cabe dudar del carácter jurisdiccional, negocial y constitutivo de derechos de la cesión en cuanto se transmite la propiedad, el usufructo, el uso, la habitación, la servidumbre, la enfiteusis, la superficie, la emancipación, la manumisión, la adopción, la posición de heredero, etc.».

WENGER, *Istituzione di procedura civile romana*, trad. por Riccardo Orestano, Giuffrè (Milano, 1938), 29, opina que la expresión *legis actio*, en la época clásica, hace referencia a la *iurisdictio voluntaria*. Por ello, FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *La jurisdicción voluntaria*, ed. Civitas (Madrid, 2001), 61, declara evidente que los cónsules y todos aquellos magistrados investidos por *imperium*, son competentes para intervenir en la *legis actio*, ya que en virtud de la *lex curiata*, pueden realizar actos de *iurisdictio*. La posible intervención de otros magistrados en manumisiones, adopciones, emancipaciones, etc., puede deberse a una delegación expresa de facultades por parte del magistrado competente, o como consecuencia de una delegación legislativa de competencias.

En cuanto a las fuentes en las que aparece la expresión *legis actio* relacionada con la *iurisdictio voluntaria*, en el ámbito de la emancipación, *vid.*, D. 1,7,4 (Modestinus, *libro secundo regularum*): *Magistratum*,

do por su *pater natural*. De esta manera, si el hijo falleciera, sería el *pater natural* el que le sucedería y no el fiduciario.

Respecto a la emancipación de las hijas¹⁴ y los nietos varones nacidos del hijo, el Epitome de Gayo establece lo siguiente:

– GE. 1,6,5

Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestatem et sui iuris efficiuntur. et hi ipsi quamlibet una emancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, succedere eis naturalis pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. nam si remancipatum sibi naturalis pater vel avus manuserit, ipse eis in hereditate succedit.

Los dos textos anteriores (GE. 1,6,3 y 4), exigían tres mancipaciones para que el hijo varón pudiera salir de la potestad del *paterfamilias*. Sin embargo, GE. 1,6,5 acepta solo una emancipación, para que la hija o el nieto varón (por parte del hijo) salgan de la potestad del padre o del abuelo¹⁵.

El texto aclara que, a pesar de que solo es necesaria una emancipación, es indispensable que el *pater fiduciario* remancipe a la hija o al nieto, para que sea el *pater natural* quien los manumita, y así poderles suceder¹⁶. De no hacerlo, los derechos hereditarios pertenecerían al fiduciario que les hubiera manumitido. Por lo tanto, era esencial que la *mancipatio*, por la que el hijo era vendido, fuera *fiduciae causa*. El *accipiens* (fiduciario) tenía la obligación de remancipar el hijo fiduciado al *paterfamilias*, para que tras la tercera *mancipatio*, fuera él quien lo manumitiera¹⁷.

Las Instituciones de Justiniano hacen referencia a este *pactum fiduciae*, que es incluido en la *mancipatio* con finalidad de emancipación:

– IJ. 3,2,8

Ad legitimam successionem nihilo minus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel neptem ac deinceps emancipat. quod ex

apud quem legis actio est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est; y PS 8,25,4: *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest.*

14. El denominado proceso de emancipación femenina, permitió a las mujeres ir adquiriendo paulatinamente una mayor capacidad jurídica y de obrar. *Vid.*, ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico* (Padova, 2002), 269 y ss.; BAUMAN, *Women and Politics in Ancient Rome* (London, 1992), 33 y ss.; DEVILLA, *Il carattere della famiglia ed il regime patrimoniale dei coniugi* (Sassari, 1885), 324 y ss.; GUARINO, «Minima de mulieribus», en *Pagine di diritto romano*, vol. II (Napoli, 1993), 351 y ss.; MARTINI, «Coemptio fiduciae causa e senes coemptionales», en *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, vol. II, 1982, 171 y ss.; PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana* (Milano, 1984), 42 y ss.; ROMANO, *Matrimonium iustum. Valori economici e valori culturali nella storia giuridica del matrimonio* (Napoli, 1996), 85 y ss.

15. D'ORS A., *Derecho Privado Romano*, cit., § 221, señala que debido a la complicación que suponía realizar tres mancipaciones, se abrevió el procedimiento cuando se trataba de la emancipación de una hija o descendientes de ulterior grado, bastando solo una.

16. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano* (Palermo, 1979), 66 n. 226, califica como singularmente anómalo el *ius patronatus* del que podía gozar el padre manumisor sobre el hijo emancipado.

17. Respecto a la comparación analógica del *manumissus e mancipio* con el *libertus*, *vid.*, D'ALESSIO, «Tutela fiduciaria e interesse del tutore», en *LABEO*, 50, 2004, 282 y ss.

nostra constitutione omnimodo inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri, cum apud antiquos non aliter hoc optinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumisisset.

Justiniano afirma que también debe ser denominada sucesión legítima, a aquella que le corresponde al ascendiente que emancipa un hijo, hija, nieto, nieta u otro descendiente, utilizando para ello un *pactum fiduciae*. Una constitución suya determina que el *pactum fiduciae* es propio de todas las emancipaciones, ya que en ellas debe entenderse implícito ese pacto. Sin embargo, advierte que entre los antiguos era diferente. Solo era posible conseguir el efecto querido, si el padre manumisor introducía expresamente el *pactum fiduciae* en la *mancipatio*.

En síntesis, en época de Justiniano, el *pactum fiduciae* estaba implícito en todas aquellas mancipaciones que tenían como objetivo la emancipación de un hijo o descendiente.

El carácter implícito del *pactum fiduciae*, es reiterado por el Emperador en otro texto perteneciente a las Instituciones, en el que aborda el problema de la *bonorum possessio*¹⁸:

– IJ. 3,9,5

Quae autem in praetoris edicto quinto loco posita fuerat, id est unde decem personae, eam pio proposito et compendioso sermone supervacua ostendimus: cum enim praefata bonorum possessio decem personas praeponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus eisdemque manumissoribus contracta fiducia manumissionem facere dedit, ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium et supervacua fiat praedicta bonorum possessio. sublata igitur praefata quinta bonorum possessione in gradum eius sextam antea bonorum possessionem reduximus et quintam fecimus, quam praetor proximis cognatis pollicetur.

Justiniano afirma que la quinta categoría dispuesta por el edicto del pretor, es decir, la posesión de los bienes a favor de las diez personas que se anteponían al manumisor extraño, era innecesaria. Fundamenta su afirmación en el hecho de que, mediante una constitución suya sobre las emancipaciones de los descendientes, se considera implícito en ellas un *pactum fiduciae*.

Como consecuencia de dicho pacto, Justiniano determina que los ascendientes tendrían, en todo caso, el privilegio de figurar ellos como manumisores, pasando así a ser superflua la quinta categoría del edicto del pretor referida a la *bonorum possessio*. Por ello, suprimida esta categoría, sería sustituida por la que estaba en el sexto lugar, la que el Pretor ofrece a los cognados más próximos.

18. Acerca de la *bonorum possessio*, entre otros, *vid.*, BIONDI, s.v. *bonorum possessio*, en *NNDI*, vol. II (Torino, 1958), 512 y ss.; GARCÍA GARRIDO, «De la *bonorum possessio* a la posesion civilísima», en *Revista de Derecho Notarial*, 55, 1967, 113 y ss.; PASTORI, «La definizione della *bonorum possessio*», en *Studi in onore di Pietro de Francisci*, vol. III (Milano, 1956), 597 y ss.; STIEGLER, «*Bonorum possessio* ordinaria und extraordinaria», en *Studi in onore di Edoardo Volterra*, vol. IV (Milano, 1971), 231 y ss.; VACCA, «In tema di *bonorum possessio contra tabulas*», en *BIDR*, 80, 1977, 159 y ss.

El Breviario del Código Teodosiano, también hace referencia a esta aplicación de la fiducia en el instituto de la emancipación, en un texto relativo a la herencia de una «hija fiduciada»¹⁹:

– Brev. CTh. 5,1,3

Imppp. grat., valent. et theodos. aaa. ad hilarium pf. p. quoties de emancipatae filiae successione tractatur, seu eam fiduciae nomen obstrinxit, seu etiam nulla comitantur suffragia liberorum, filiis ex ea genitis, etiamsi talis occasus avo vivente contingat, intacta pro solido successio deferatur, neque ulla defunctae patri matrique concedatur intestatae successionis hereditas, quum satis superque sufficiat adversus omnes legitimo gradu ad successionem venientes in hereditatibus matrum, incolumes ac superstites optabili sorte genitoris, successio liberorum. dat. xi. kal. mart. mediolano, merobaude ii. et saturnino coss. interpretatio. filia, quam fiduciatam nominavit, hoc est emancipata, si intestata moriatur et relinquat superstitem patrem, matrem et filios, excluso patre et matre, etiamsi ius liberorum defuncta non habeat, filii soli in eius hereditate succedunt. hic de iure addendum, quid sit fiducia.

En el supuesto de que una «hija fiduciada» (*filia, quam fiduciatam nominavit*), es decir, emancipada, hubiera fallecido sin otorgar testamento, el texto determina cuál es el orden de llamamientos a la herencia. Así, si la hija deja padre sobreviviente, madre e hijos, el padre y la madre deben ser excluidos de la herencia, aunque la causante no tuviera el *ius liberorum*. En este caso, serán sus hijos los que la sucedan. El texto añade que los hijos suceden *de iure*, por causa de la fiducia.

Cuestión distinta era la que suscitaban los posibles derechos sucesorios que tenía la madre respecto de su hijo emancipado.

Ulpiano aborda el problema en el libro decimotercero *ad Sabinum*:

– D. 38,17,2,15 Ulpianus *libro tertio decimo ad Sabinum*²⁰.

Obicitur matri pater in utriusque bonis tam filii quam filiae, sive heres sive bonorum possessor existat. sed neque avus neque proavus in Tertulliano matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint. pater autem tantum naturalis, non etiam adoptivus matri nocet: verius est enim, cum pater esse desierit, a matre eum excludi: sed nec ad bonorum possessionem contra tabulas eum admitti, cum pater esse desierit.

Ulpiano reconoce la preferencia del padre respecto a la madre en relación con los bienes de sus hijos o hijas, ya herede por derecho civil o derecho pretorio. Sin embargo, admite el jurista que la madre no vea perjudicado el derecho que le reco-

19. LÉVY-BRUHL, «La vente de la fille de famille à Rome», en *Festschrift Hans Lewald* (Basel, 1953), 93 y ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*, XII ed. (Napoli, 2001), 547 n. 40.3.1, advierte que «l'unico documento di emancipazione a noi pervenuto è il P. Lips.inv. n. 136, del sec. II d.C., in cui si attesta l'emancipazione di una donna attraverso tre *mancipationes*».

20. En cuanto a la forma de citar este texto de Digesto *vid.*, REINOSO, *Modus allegandi textus qui in Pandectis continentur. Elenchus omnium capitum et paragraphorum*, Madrid, 2013, 314.

noce el senadoconsulto Tertuliano²¹ a suceder a sus hijos o hijas, con preferencia al abuelo o bisabuelo.

Ulpiano determina que esto será así, incluso en el supuesto de que el abuelo o el bisabuelo hubieran intervenido en la emancipación de los nietos como *pater fiduciariorum*, y realizaran ellos la manumisión del causante. Añade que, en caso de emancipación del causante, solo excluye a la madre de la sucesión de su hijo o hija, el padre de sangre, y no el adoptivo.

El senadoconsulto Tertuliano permitió a la madre, aun cuando estuviera sometida a la potestad de un *paterfamilias*, ser llamada a la herencia de su hijo o hijas como heredera legítima, siempre que la ingenua hubiera obtenido el *ius trium liberorum* y la liberta el *ius quatuor liberorum*. En estos casos, únicamente pueden adir la herencia cuando el cabeza de familia le hubiera autorizado²². Justiniano, mediante una constitución del 528 d.C., ordenó que la sucesión de la madre fuera independiente del *ius liberorum*²³, de modo que pudiera tener una cuota viril incluso concurriendo con hermanos/as del causante.

Lo interesante del texto de Ulpiano es la matización que hace sobre la aplicación del senadoconsulto Tertuliano, incluso en el supuesto de que el abuelo o bisabuelo del causante, le hubieran manumitido en virtud del título de fiduciarios que desempeñaron.

II. MODALIDADES DE TUTELA FIDUCIARIA EN LA EMANCIPATIO

En relación a lo expuesto acerca de la emancipación de los hijos e hijas, realizada mediante *mancipatio fiduciae causa* seguida de una *manumissio*, surge la figura del tutor fiduciario.

21. Cfr. IJ 3,3; UE. 2,6,8; PS 4,9. Con carácter general, acerca del senadoconsulto Tertuliano *vid.*, MEINHART, *Die senatusconsulta Tertullianum und Orfitianum in ihrer Bedeutung für das klassische römische Erbrecht* (Graz-Wien-Köln, 1967); *Id.*, «Die Datierung des SC Tertullianum, mit einem Beitrag zur Gaiusforschung», en ZSS, 83, 1966, 100 y ss.; HEINECCIO, *Elementos de Derecho Romano*, cit., 197; MOSCATELLI, «Il Senatusconsulti Orfiziano e Tertulliano», en AG, 40, 1888, 193 y ss.; QUADRATO, «I Senatoconsulti Tertulliano e Orfiziano», en LABEO, 15-3, 1969, 362 y ss.

La mayoría de la doctrina, por todos d'ORS A., *Derecho Privado Romano*, cit., § 265, opina que este senadoconsulto fue dictado bajo el imperio de Adriano. En contra *vid.*, SCHIRMER, *Handbuch des Römischen Erbrechtes* (Leipzig, 1863), facsimil 1970, 152 n. 87.

22. IJ 3,3,2: *Postea autem senatus consulto Tertulliano, quod divi Hadriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam aviae deferenda cautum est: ut mater ingenua trium liberorum ius habens, libertina quattuor ad bona filiorum filiarumve admittatur intestatorum mortuorum, licet in potestate parentis est, ut scilicet, cum alieno iuri subiecta est, iussu eius adeat, cuius iuri subiecta est.*

23. IJ 3, 3, 4: *Sed nos constitutione, quam in codice nostro nomine decorato posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam et puerperium et periculum et saepe mortem ex hoc casu matribus illatam. ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in eius admitti detrimentum: si enim ingenua ter vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum; quid enim peccavit, si non plures sed paucos pepererit? et dedimus ius legitimum plenum matribus sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixae fuerint vel quater, sed eum tantum vel eam qui quaeve morte intercepti sunt, ut et sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

CI 8,58(59),2: *Imperator Justinianus. Illam iniuriam, quae contra matrem defuncti vel defunctae prateritis fiebat temporibus, pro iustitiae ratione amputamus et legitima iura, quae ex Tertulliano senatus consulto ei praestantur, omnimodo eam habere sancimus, licet tres liberos ingenua vel libertina quattuor minime pepererit.*

La tutela fiduciaria es una institución de contornos difíciles de delimitar, debido a que aparece en diversos supuestos de emancipación. Por lo tanto, podríamos hablar de la existencia de tres modalidades distintas de tutela²⁴ fiduciaria o de tres ámbitos distintos de aplicación:

a) En primer lugar, es necesaria la existencia de un tutor fiduciario cuando el hijo es impúber y adquiere la condición de *sui iuris* en virtud de la emancipación.

Justiniano hace referencia a esta especialidad de tutela fiduciaria, en el título decimonoveno del libro primero de las Instituciones, que tiene como epígrafe *de fiduciaria tutela*:

– IJ. 1,19

Est et alia tutela, quae fiduciaria appellatur. nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem et deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam: quo defuncto si liberi virilis sexus extant, fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis et ceterorum efficiuntur. atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque eius legitimi sunt tutores: quoniam filius quidem defuncti, si non esset a vivo patre emancipatus, post obitum eius sui iuris efficeretur nec in fratrum potestatem recideret ideoque nec in tutelam, libertus autem si servus mansisset, utique eodem iure apud liberos domini post mortem eius futurus esset. ita tamen ii ad tutelam vocantur, si perfectae aetatis sint. quod nostra constitutio generaliter in omnibus tutelis et curationibus observari praecepit.

Justiniano, para definir la tutela fiduciaria, recuerda que si un ascendiente emancipa por medio de manumisiones a un hijo, hija, nieto, nieta o cualquier otro descendiente, antes de que éstos hubieran llegado a la pubertad, el ascendiente manumisor será el tutor legítimo del emancipado²⁵. Ahora bien, si falleciera el tutor legítimo de los emancipados impúberes, los hijos varones del causante, pasarían a ser los tutores fiduciarios de sus propios hijos, o de los hermanos, hermanas o demás emancipados.

Justiniano llama la atención en el hecho de que, sin embargo, cuando muere el patrono, sus hijos son tutores legítimos al igual que lo era él. Justifica esta divergencia, argumentando que si el hijo del causante no hubiera sido emancipado por su padre en vida, a la muerte de éste, habría adquirido la condición de *sui iuris* y, por lo tanto, no estaría sometido a la potestad de sus hermanos, ni tampoco quedaría bajo su tutela como consecuencia de haberles estado sometido.

24. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano*, ed. Dykinson (Madrid, 1995); *Id.*, «Hacia un modelo ideal de tutor», en *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 13, 1998, 359 y ss.; GARCÍA GARRIDO, «*Iustus tutor y legitimus tutor*», en *AHDE*, 25, 1955, 839 y ss.; GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana* (Pamplona, 1976); SOLAZZI, *Istituti tutelari* (Napoli, 1929).

25. D. 26,4,3,10 (Ulpianus libro trigesimo octavo ad Sabinum): *Si parens filium vel filiam vel nepotem vel neptem et deinceps impuberes, quos in potestate habeat, emancipet, vicem legitimi tutoris sustinet.*

Por el contrario, si el liberto hubiere permanecido bajo la condición de esclavo, tras la muerte del dueño, hubiera pasado a estar sometido a la *dominica potestas* de los hijos de éste.

Justiniano añade que, para que las personas mencionadas puedan asumir válidamente la tutela fiduciaria, es necesario que tengan la edad que atribuye la plena capacidad, como así lo recoge para toda clase de tutelas y curatelas una constitución suya²⁶.

A esta primera variante de la tutela fiduciaria, también hace referencia Modestino en el libro cuarto *differentiarum*:

– D. 26,4,4 Modestinus *libro quarto differentiarum*.

quo defuncto si liberi perfectae aetatis existant, fiduciarii tutores fratris vel sororis efficiuntur.

A pesar del comienzo abrupto del texto, lo que denotaría una posible omisión de palabras, podemos deducir que Modestino está haciendo referencia a un supuesto de emancipación de un hijo o hija impúber realizada por un ascendiente que ha fallecido.

En este caso, el jurista determina que los descendientes mayores de edad del causante, se convierten en los tutores fiduciarios de los hijos impúberes emancipados, siguiendo la misma regulación recogida en las Instituciones de Justiniano.

Gayo también alude a esta modalidad de tutela fiduciaria, en referencia a la hija, nieta o bisnieta emancipada, en el libro primero de las Instituciones:

– Gai. 1,175

Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui ex eo quod ipse sibi remanicipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est. huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur; patroni autem liberi eandem tutelam adipiscuntur, quam et pater eorum habuit.

El jurista vuelve a diferenciar, como lo hacía Justiniano en IJ. 1,19, entre los descendientes del ascendiente manumisor y los descendientes de un patrono²⁷. Gayo señala que el ascendiente que emancipa a una hija, nieta o bisnieta, mediante *mancipatio fiduciae causa* seguida de *manumissio*, tiene la tutela legítima sobre ella en calidad de patrono.

26. Nadie, ni hermano ni otro legítimo pariente, será llamado a la tutela de un ingenuo o de un liberto, antes de que cumpla veinticinco años, CI 5,30,5,pr.: *Imperator Justinianus. Nemo neque frater neque alius legitimus in tutelam sive ingenui sive liberti vocetur, antequam quintum et vicesimum annum suae aetatis impleat. Immineat enim ei pro sua tantummodo administratione periculum nec alieno onere alius praegravetur.*

27. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., 546 n. 40.3.1, señala: «[...] spesso, siccome la terza *manumissio* da parte del *pater fiduciarius* faceva del manomesso un *libertus* e determinava il sorgere di un rapporto di *patronatus* tra il padre fiduciario e lui stesso, si preferiva che il *pater fiduciarius* remancipasse il *filius* al suo originario *pater familias*, il quale (avendo perduto la *patria potestas* su di lui) lo acquistava solo come *liber in mancipio* e, manomettendolo, ne diventava egli stesso il *patronus*».

Al fallecer el ascendiente, sus hijos serán considerados tutores fiduciarios de la hija, nieta o bisnieta emancipada, a diferencia de lo que sucede con los hijos del patrono, que adquieren la misma tutela que tenía su padre, es decir la legítima.

b) También aparece la institución tutelar fiduciaria, cuando es un extraño quien manumite al hijo o hija emancipada.

Es decir, el *paterfamilias* mancipaba fiduciariamente al hijo tres veces a una persona de su confianza, para que éste a su vez lo remancipara. En virtud de la tercera mancipación, la patria potestad quedaba extinguida. En ese momento, el *pater fiduciario* no realizaba la última *remancipatio* al padre carnal, para que fuera éste quien lo manumitiera. En su lugar, era el propio fiduciario quien manumitía al hijo, convirtiéndose así en su tutor fiduciario.

Esta especialidad de tutela fiduciaria aparece mencionada en las Instituciones de Gayo:

– Gai. 1,166a

Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus.

Gayo define la tutela fiduciaria, como aquella que le corresponde a quien ha manumitido a una persona libre que le fue mancipada por el padre de ésta.

En el mismo sentido que lo hace Gayo, es definida esta variedad de tutela fiduciaria en el Epitomé de Ulpiano:

– UE. 11,5

Qui liberum caput, mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui «fiduciarius tutor» appellatur.

El texto contiene la regla según la cual, quien manumitió a un hombre libre que le fue entregado mediante *mancipatio* por su padre, de la misma manera que el patrono, se convierte en su tutor fiduciario.

c) La tercera y última clase de la tutela fiduciaria, aparece en relación con la *coemptio fiduciae causa*.

La *coemptio fiduciae causa*²⁸ era aquella modalidad de *coemptio*, realizada con fines no matrimoniales. La mujer, que realizaba la *conventio in manum* mediante *coemptio*, pasaba a estar bajo el poder de un varón que asumía el compromiso, por un *pactum fiduciae*, de manumitirla y conseguir de esta manera un fin ajeno al propio

28. MANIGK, *REPW*, VI, 2, 2300-2304; MESSINA, «*Coemptio sacrorum interimendorum causa e coemptiones fiduciae*», en *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, 7, 1987, 387 y ss.

de la *coemptio*²⁹. Para poder comprender la posibilidad de realizar una *coemptio* sin fines matrimoniales, hay que aceptar la independencia teórica y práctica entre *manus* y matrimonio³⁰.

Bellocci³¹ entiende que: «la *coemptio fiduciae causa* è sicuramente un'applicazione abbastanza recente del negozio della *coemptio*, ma essa è già largamente co-

29. Gayo diferencia entre la *coemptio*, podríamos denominar ordinaria, y la *coemptio fiduciae causa* (cfr., Gai. 1,114: *Potest autem coemptionem facere mulier non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo; scilicet aut matrimonii causa facta coemptio dicitur aut fiduciae; quae enim cum marito suo facit coemptionem, «ut» apud eum filiae loco sit, dicitur matrimonii causa fecisse coemptionem; quae uero alterius rei causa facit coemptionem aut cum uiro suo aut cum extraneo, uelut tutelae euitandae causa, dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem.*)

El jurista contempla la posibilidad de que la *coemptio* pueda ser realizada no solamente con el marido sino incluso con un extraño, ya que el negocio puede tener una finalidad matrimonial o cualesquiera otras (*fiduciae causa*). Así, si la *coemptio* es realizada con el marido con el fin de que la mujer pase a ser su hija, la *coemptio* es *matrimonii causa*. Si hubiera sido realizada con un extraño, por ejemplo para evitar la tutela, la *coemptio* sería *fiduciae causa*.

La clasificación recogida en el texto de Gayo no es baladí si tenemos en cuenta que el jurista recuerda que, si la *coemptio* ha tenido lugar con un extraño *fiduciae causa*, la mujer no pasa a ser hija suya. Sin embargo, si hubiera sido realizada con el marido *fiduciae causa*, en estos casos sí pasaría a ser su hija, ya que por cualquier causa que la mujer estuviera *in manu* del marido, adquiriría los derechos de hija. Por lo tanto, Gayo admite la posibilidad de que la *coemptio fiduciae causa* pudiera ser realizada no solo con un extraño, sino también incluso con el propio marido, con la particularidad señalada (cfr., Gai. 1,115b: «Femina autem, quae cum extraneo fiduciae causa coemptionem fecerit, filiae locum non optinet: quae tamen» *fiduciae causa* «cum «vi»r«o» s«uo» «f»ecer«it» c«oemptionem», *nihilo minus filiae loco incipit esse: nam si omnino qualibet ex causa u«x»or in manu uiri sit, placuit eam filiae iura nancisci.*)

A pesar de que, cuando el *coemptionator* es un extraño, la mujer no es considerada su hija, sí puede ser vendida por él. Gayo establece la regla general relativa a que las mujeres pueden ser vendidas por sus *coemptionatores*, del mismo modo que los hijos pueden ser vendidos por sus padres. Señala el jurista que esto es así, tanto si el *coemptionator* tiene a la mujer como hija, como si no la tuviera al no estar casado con ella (cfr. Gai. 1,118: *Idem iuris est in earum personis, quae in manu sunt: «nam feminae a» coemptionatoribus eodem modo possunt «mancipari, quo liberi a parente possunt,» adeo qu«i»dem, «ut quamuis ea sola» apud coemptionatorem filiae loco sit. «quae ei» nupta sit, «tamen» nihilo minus etiam quae ei nup«t»a non sit nec ob id filiae loco sit, ab eo mancipari possit.*)

Pero Gayo aclara que generalmente las mujeres son vendidas por sus padres o por sus *coemptionatores*, únicamente cuando éstos quieren separarlas de su potestad (cfr. Gai. 1,118a: «Sed» *plerumque solum et a parentibus et a coemptionatoribus mancipantur, cum uelint parentes coemptionatoresque «ex» suo iure eas personas dimittere, sicut inferius euidentius apparebit.*)

A pesar de que un extraño realice la *coemptio*, y por lo tanto la mujer no sea considerada hija de éste, la situación de la mujer puede cambiar, ya que Gayo contempla la posibilidad de que la mujer *in manu* de un extraño, llegue a contraer matrimonio con él. En este caso, sí pasaría a ser hija de su ahora marido, convirtiéndose, por lo tanto, en heredera suya, por derecho propio (cfr. Gai. 2,139: *Idem iuris est, si cui post factum testamentum uxor in manu«m» conueniat, uel quae in manu fuit, nubat: nam eo modo filiae loco esse incipit et quasi sua.*)

30. VOLTERRA, «La *conuentio in manum* e il matrimonio romano», en *Scritti Giuridici* (Napoli, 1995), III, 205; HANARD, «Manus et mariage A l'époque archaïque», en *RIDA*, 36, 1989, 161 y ss.; GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium*, ed. CSIC, (Madrid, 1958); *Id.*, «*Conuentio in manum* y matrimonio», en *AHDE*, 26, 1956, 781 y ss.; *Id.*, «*Minor annis XII nupta*», en *Labeo*, 3, 1957, 76 y ss.; *Id.*, «Nuevas observaciones sobre el matrimonio de la menor», en *AHDE*, 27-28, 1957-1958, 1135 y ss.; *Id.*, «La convivencia en la concepción romana de matrimonio», en *Estudios Homenaje al Prof. Giménez Fernández*, vol. II (Sevilla, 1967), 637 y ss.; *Id.*, «Matrimonio clásico y matrimonio ficticio», en *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia* (2004 Sevilla, Huelva).

31. BELLOCCI, *La struttura della fiducia. II. Riflessioni intorno alla forma del negozio dall'epoca arcaica all'epoca classica del diritto romano* (Napoli, 1983), 111.

nosciuta ai tempi di Adriano se Gaio ci dice che l'imperatore stesso è intervenuto per garantizarne l'adempimento».

Otros autores³² señalan que, la *coemptio fiduciae causa* debió aparecer en una época en la que la familia agnaticia, ya no está tan poderosamente interesada en mantener la unidad patrimonial de los bienes que servían para mantenerla, puesto que los medios de producción y explotación habían sufrido una enorme evolución. Como consecuencia del latifundio y la economía esclavista, las antiguas bases de la economía familiar, caracterizada por el trabajo conjunto de los familiares en la propiedad común, quedaron obsoletas.

Un cambio tan radical tuvo lugar en la época de las Guerras Anibálicas, momento en que fue imposible el dedicarse a las labores de cultivo y producción por la ocupación militar de Italia. Una vez finalizadas, la posición imperial naciente que Roma afrontó, con la consecuente importación masiva de grano desde Sicilia, África y Egipto, impidió la recuperación de las bases económicas en que fundaba la familia agnaticia entendida a la manera de las XII Tablas. Por ello, estos autores entienden que sería lógico pensar que la *coemptio fiduciaria* apareció alrededor de esta época, es decir, a comienzos del siglo II a. C.

La doctrina partidaria de esta teoría admite que es difícil de corroborarlo, pero argumenta que existen testimonios de la utilización de la *coemptio fiduciaria* en el siglo II a.C. En la obra *Bacchides* (975 ss.), Plauto hace referencia a un *senem coemptionalem: nunc Priamo nostro si est quis emptor, coptionalem senem vendam ego, venalem quem habeo, extemplo ubi oppidum expugnvero*.

De lo que no hay duda, como pone de manifiesto Bellocci³³: «si tratta indiscutibilmente di un negozio fiduciario, in cui cioè l'intesa fiduciaria, fondata sulla *fides*, ha importanza fondamentale, ma anche qui, come nel caso del servo *mancipatus ut manumittetur* o della terza mancipazione del figlio di famiglia, non si può parlare di un'applicazione *stricto sensu* del negozio della *fiducia*, anche se per tutelare questa fattispecie, si è ricorsi all'*actio fiduciae*, perché il contenuto dell'accordo fiduciario è diverso da quello tipico del negozio della *fiducia*».

El primero de los fines ajenos a la *coemptio* que podría ser conseguido mediante la modalidad *fiduciae causa*, es el de abandonar la familia agnaticia y tener unos *sacra* menos onerosos. Así, Ortiz Román³⁴ entiende que existe una *coemptio fiduciae causa* realizada con esta finalidad, en un texto de *Pro Murena* de Cicerón:

– Cic. *Pro Murena* 12, 27

Nam, cum permulta praeclare legibus essent constituta, ea iure consultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt. Mulieres omnis propter infirmita-

32. MARTINI, «*Coemptio fiduciae causa...*», cit., 171 y ss.; AMUNÁTEGUI, «El origen de los poderes del *paterfamilias*, II: el *paterfamilias* y la *manus*», en *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, 29 (Valparaíso, 2007), 91.

33. BELLOCCI, *La struttura della fiducia...*, cit., 112.

34. ORTIZ ROMÁN, *La fiducia en el derecho romano...*, cit., 8.

tem consili maiores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum quae potestate mulierum continerentur. Sacra interire illi noluerunt; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt. In omni denique iure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt, ut, quia in alicuius libris exempli causa id nomen invenerant, putarunt omnis mulieres quae coemptionem facerent 'Gaias' vocari. Iam illud mihi quidem mirum videri solet, tot homines, tam ingeniosos, post tot annos etiam nunc statuere non potuisse utrum 'diem tertium' an 'perendinum,' 'iudicem' an 'arbitrum,' 'rem' an 'litem' dici oporteret.

La *coemptio fiduciae causa* también es utilizada para que la mujer pueda eludir la prohibición de testar mientras permanecía en su familia de origen, *testamenti faciendi gratia*. Parece que éste es el supuesto contemplado en Gai. 1,115a:

– Gai. 1,115a³⁵

Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio: tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi ius habebant, exceptis quibusdam personis, quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent; sed hanc nec«ess»itatem coemptionis faciendae ex auctoritate diui Hadriani senatus remisit. –vv. 1¹²–.

Y, por último, otra de las finalidades para las que podía ser empleada la *coemptio fiduciae causa* por la mujer, era para poder cambiar de tutor (*tutelaevitanda causa*). Esta finalidad está recogida en las Instituciones de Gayo:

– Gai. 1,115

Quod est tale: si qua velit quos habet tutores deponere et alium nancisci, illis auctoribus coemptionem facit; deinde a coemptionatore remancipata ei, cui ipsa velit, et ab eo uindicta manumissa incipit eum habere tutorem, «a» quo manumissa est; qui tutor fiduciarius dicitur, sicut inferius apparebit.

En este texto, Gayo describe cuál era el procedimiento por el que, mediante una *coemptio fiduciae causa*, la mujer podía cambiar de tutor. La *coemptio* es realizada con la autorización del antiguo tutor, el comprador la vuelve a mancipar a quién la mujer escoja, y una vez que es manumitada por éste, pasa a ser su pupila.

Como consecuencia de la *mancipatio*, la mujer quedaba sometida a la *manus* de un *coemptionator* sin que entre ellos existiera ningún vínculo matrimonial. En realidad, la mujer y el *coemptionator* están ligados mediante una relación formal y de confianza, para que aquélla, que ya no está sometida al tutor agnaticio, pueda elegir como tutor a una persona de su agrado. El *coemptionator* asumía la función de

35. Gayo llama la atención acerca de que, antiguamente, la *coemptio fiduciae causa* era utilizada para poder hacer testamento, ya que las mujeres en aquella época, salvo excepciones, no tenían derecho a testar. Para que pudieran testar, continúa el jurista, era necesario hacer la *coemptio*, para después remanciparla y finalmente manumitirla. Sin embargo, esta necesidad de las mujeres de realizar una *coemptio fiduciae causa* para poder testar, fue eliminada mediante senadoconsulto, con la autoridad de Adriano.

confianza, elemento típico de la fiducia, de remancipar la mujer a la persona elegida, para que esta persona, después de manumitirla, se convirtiera en su tutor. Según el jurista, la persona que manumite a la mujer, en estos casos, es nombrado su tutor fiduciario³⁶.

A esta misma especialidad de tutela fiduciaria, hacen referencia las fuentes Gai. 1,166a y UE. 11,5, ya analizadas. Los textos no solo hacen referencia al supuesto de la manumisión realizada por un extraño como ya he hecho mención, sino que, de una manera implícita, también recogían esta última acepción de tutela fiduciaria.

Así, en Gai. 1,166a, además de quedar definida la tutela fiduciaria como aquella que le corresponde a quien ha manumitido a una persona libre que le fue mancipada por el padre de ésta, también es aplicable al caso de que la persona manumitida hubiera sido adquirida por *coemptio*³⁷.

Lo mismo sucede en UE. 11,5. Este texto establece que, no solo quien manumitió a una persona libre que le fue entregada mediante *mancipatio* por su padre se convierte en su tutor fiduciario, sino también si la hubiera recibido mediante *coemptio*³⁸.

Existe otra referencia en las Instituciones de Gayo, a esta clase de tutela fiduciaria:

– Gai. 1,195a

Item si sit a masculo manumissa et auctore eo coemptionem fecerit, deinde remancipata et manumissa sit, patronum quidem habere tutorem desinit, incipit autem habere eum tutorem, a quo manumissa est, qui fiduciarius dicitur.

Gayo describe un supuesto en el que una mujer es manumitida por un varón. Posteriormente, con la autorización de éste (el patrón), realizan una *coemptio (fiduciae causa)*, y después es *remancipata et manumissa*. De esta manera, según el jurista, el patrono deja de ser su tutor, ya que la persona que la manumitió pasa a desempeñar el cargo de tutor fiduciario.

Las mujeres podían redimir la tutela fiduciaria obteniendo el *ius liberorum*³⁹. Así lo recoge el propio Gayo en las Instituciones:

36. D'ALESSIO, «Tutela fiduciaria...», cit., 290, entiende que: «contrariamente all'opinione tradizionale, che vede nell'istituto della *tutela fiduciaria* uno strumento a cura degli interessi della *mulier*, mi sembrerebbe quindi che esso fosse mirato a soddisfare piuttosto l'interesse del *tutor* che avesse in animo di difarsi dell'incombenza di una tutela indesiderata».

37. (...) *mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus* (...).

38. (...) *mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore* (...).

39. Sobre el *ius liberorum* vid., BERGER, s.v. «*Ius liberorum*», en *Encyclopedic Dictionary of Roman Law* (Philadelphia, 1991), 530; KÜBLER, «Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten», en ZSS, 30, 1909, 154 y ss.; *Id.*, «Über das *ius liberorum* der Frauen und die Vormundschaft der Mutter, ein Beitrag zur Geschichte der Rezeption des römischen Rechts in Ägypten (Fortsetzung und Schluß von Band XXX)», en ZSS, 31, 1910, 176 y ss.; SOLAZZI, «*Ius liberorum* e alfabetismo. (A proposito di P. Oxy. 12.1467.)», en *Scritti di Diritto Romano*, vol. II (Napoli, 1957), 229 y ss.; STEINWENTER, s.v. *Ius liberorum*, en *REPW*, 1282 y ss.; ZABLOCKA, «*Il ius trium liberorum nel diritto romano*», en *BIDR*, 30, 1988, 361 y ss.

– Gai. 1,194

Tutela autem liberantur ingenuae quidem trium liberorum iure, libertinae vero quattuor, si in patroni liberorumve eius legitima tutela sint: nam et ceterae, quae alterius generis tutores habeant, velut atilianos aut fiduciarios, trium liberorum iure tutela liberantur.

Las mujeres ingenuas, señala Gayo, quedan separadas de la tutela por el derecho de ser madre de tres hijos. Las libertas, por su parte, por el hecho de tener cuatro hijos, siempre que estuvieran bajo la tutela legítima del patrono o de los descendientes de éste.

Por último, Gayo determina que aquellas mujeres que estuvieran bajo el resto de modalidades tutelares, entre las que señala explícitamente tutores atilianos o fiduciarios, redimen la tutela por el derecho de tener tres hijos. Por lo tanto, la mujer que estuviera sometida al poder de un tutor fiduciario, quedaba liberada de la institución tutelar al ser madre por tercera vez.

III. LA CESIÓN DE LA TUTELA FIDUCIARIA

En cuanto al problema de la cesión de la tutela, en un principio, los agnados, patronos y los manumisores de hombres libres podían ceder la tutela de las mujeres, a otra persona que era denominada *tutor cessicius*⁴⁰, mediante la *in iure cessio tutelae*⁴¹. En cambio, no podían ceder la tutela de los pupilos, pues ésta no era considerada onerosa por concluir al entrar el tutelado en la pubertad⁴².

Si el *tutor cessicius* falleciera o sufriera una *capitis deminutio*, la tutela pasaría de nuevo al tutor cedente. En el caso de que fuera el tutor cedente quien muriera o sufriera la pérdida de estado, también cesaría la tutela para el tutor cesionario, asumiendo la tutela la persona que ostentara el segundo grado después del cedente⁴³.

40. Gai. 1,169: *Is autem, cui ceditur tutela, cessicius tutor uocatur.*

41. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «El problema de la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria...», cit., apunta que: «además de los supuestos de *in iure cessio*, con carácter negocial, constitutivo y plenamente jurisdiccional característicos de las épocas republicana y clásica, en la praxis postclásica, la categoría de actos de *iurisdictio voluntaria* se aplicaría con su inclusión dentro de la misma de una serie de actuaciones, cuya conclusión se formalizará mediante *decretum* magistratual, dogmáticamente afines entre sí, que tendrían una naturaleza constitutiva, en ocasiones, declarativa o preventiva en otras, o de *ius cogens*, en cuanto que la ley exigiría la preceptiva intervención del magistrado en supuestos como la denominada tutela dativa o aquiliana, caracterizada porque el nombramiento de tutor lo realiza un magistrado, o el supuesto semejante de la *datio curatoris* o la obligada autorización del magistrado para que el tutor proceda a la venta de fundos del pupilo o a la transacción sobre sus derechos. Cabría afirmar, en consecuencia, que mientras que en los supuestos de intervención necesaria del magistrado se tutelaría un interés público, en las actuaciones de jurisdicción voluntaria negocial se tutelan legítimos intereses privados».

42. Gai. 1,168: *Agnatis et patronis et liberorum capitem manumissoribus permissum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non uidetur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur.*

43. Gai. 1,170: *Quo mortuo aut capite diminuto reuertitur ad eum tutorem tutela, qui cessit; ipse quoque, qui cessit, si mortuus aut capite diminutus sit, a cessicio tutela discedit et reuertitur ad eum, qui post eum, qui cesserat, secundum gradum in ea tutela habuerit.*

Pero todas las modalidades de tutela fiduciaria, según las Instituciones de Gayo, quedan exceptuadas de esta regulación general:

– Gai. 1,172

Sed fiduciariorum quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur: et non minus huic quam patronis honor praestandus est.

El jurista reconoce que algunos han opinado que los tutores fiduciarios no tienen derecho a ceder la tutela, ya que voluntariamente aceptaron dicha responsabilidad. Si bien, aclara Gayo, la limitación no debe ser aplicada cuando el ascendiente realiza la mancipación de una hija, nieta o bisnieta a otra persona, para que le fuera remancipada, y así poder manumitirla él. El jurista fundamenta la excepción argumentando que, la persona que la manumite es también su tutor legítimo, y no debe éste tener menos derechos que los patronos⁴⁴.

IV. CONCLUSIONES

La fiducia *cum amico* comprende un conjunto heterogéneo de instituciones, cuyas finalidades jurídicas, principalmente familiares y sucesorias, sólo pueden ser cumplidas mediante el negocio fiduciario. Entre estas especialidades de fiducia *cum amico*, destaca la *emancipatio*.

El propósito que persigue la *emancipatio*, solo puede ser alcanzado mediante la interacción con la institución fiduciaria, ya que quedaba extinguida la patria potestad cuando el *paterfamilias* mancipaba *fiduciae causa* a su hijo tres veces a una persona de su confianza (*pater fiduciarius*), para que éste se lo remancipara. Una vez producida la tercera mancipación, el hijo salía de la patria potestad, y si tras ella era manumitido por el *pater fiduciarius*, quedaba bajo el patronato de éste, por lo que el fiduciario debía remanciparlo por última vez al padre, para que fuera éste quien lo manumitiera y adquiriera los derechos de patrono sobre su hijo emancipado. Cuando estas mancipaciones tenían por objeto emancipar a un hijo o descendiente, el *pactum fiduciae* estaba implícito en todas ellas.

La tutela fiduciaria aparece vinculada a la *emancipatio* y presenta tres especialidades distintas. En la primera de ellas, cuando el hijo es emancipado antes de llegar a la pubertad, los hijos varones del causante ejercerían la función de tutores fiduciarios sobre sus hijos, o hermanos, hermanas y demás emancipados.

44. D'ALESSIO, «Tutela fiduciaria...», cit., 286 n.6, al realizar la exégesis de Gai. 1,175 determina que: «Per parte mia, in via del tutto ipotetica, suggerieri di distinguere la libertinità, *iure publico* intesa, dalla libertinità di diritto privato, intesa come stato di soggezione al rapporto di patronato, quasi che l'una fosse riconducibile allo stato dei natali – tanto che i provvedimenti autoritativi volti a «*restituere natalia*», non avrebbero inciso il rapporto di patronato; cfr P. BONFANTE, *Corso di diritto romano 1. Diritto di famiglia* (1925) 179 [= rist. corr. 1 (1963) 243]».

En segundo lugar, el *pater fiduciarius* que manumitía al hijo en vez de remanciparlo al padre natural, se convertía en su tutor fiduciario.

Y por último, encontramos un supuesto de tutela fiduciaria en el ámbito de la *coemptio fiduciae causa*. La mujer que realizaba esta clase de *coemptio*, quedaba bajo el poder de un varón a cambio de que éste asumiera, en virtud del *pactum fiduciae*, el compromiso de manumitirla y así conseguir un fin ajeno a la *coemptio*. Los fines que podía perseguir la mujer mediante la realización de una *coemptio fiduciae causa*, son heterogéneos: abandonar la familia agnaticia y tener unos *sacra* menos onerosos, eludir la prohibición de testar mientras permanecía en su familia de origen (*testamenti faciendi gratia*) o poder cambiar de tutor (*tutelaevitandae causa*).

En este último caso, como consecuencia de la *coemptio fiduciae causa*, la mujer se sometía a la *manus* de un *coemptionator* mediante una relación formal y de confianza no matrimonial, para que una vez liberada de su tutor agnaticio, pudiera elegir como tutor a la persona que ella quisiera. El *coemptionator* convenía con la mujer la remancipación a la persona elegida, para que ésta fuera su tutor después de haberla manumitido. Cuando la mujer cambiaba de tutor mediante la *coemptio fiduciae causa*, la persona que finalmente la manumitía era nombrada su tutor fiduciario.