

APROXIMACIÓN AL TRÁNSITO JURÍDICO DE LA PATRIA POTESTAD: DESDE ROMA HASTA EL DERECHO ALTOMEDIEVAL VISIGODO DE ESPAÑA

Guillermo SUÁREZ BLÁZQUEZ*

Sumario: I. *Introducción: antecedentes del derecho civil romano arcaico*. II. *Desarrollo: evolución histórica y jurídica de la patria potestad romana*. III. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN: ANTECEDENTES DEL DERECHO CIVIL ROMANO ARCAICO

La patria potestad es una institución jurídica originaria del derecho quiritarrio¹ civil de Roma. Desde los tiempos primigenios de la ciudad, aquélla fue configurada como un poder jurídico personal, propio y exclusivo de los ciudadanos romanos libres. Según la mitología que nos refiere Tito Livio, existieron diferentes tradiciones orales sobre los orígenes de Roma. Para unos la ciudad fue fundada por Eneas.²

* Profesor titular de Derecho Romano y Sistemas Jurídicos Comparados de la Universidad de Vigo y profesor-tutor del Centro Asociado de la UNED, en Ourense.

¹ Sevilla, I. de, *Etymologiae*, V, IX. Quid sit ius Quiritium. [1] Ius Quiritum est proprie Romanorum, quo nulli tenentur nisi Quirites, id est Romani, tamquam de legitimis hereditatibus, de cretionibus, de tutelis, de usucapionibus; quae iura apud alium nullum populum reperiuntur, sed propria sunt, Romanorum et in eosdem solos a constituta.

² Tito Livio, *Ab Urbe Condita*, 1, 1.

Las versiones de otros creen en Rómulo³ y Remo. Para nosotros lo relevante de ambas mitologías históricas es la coincidencia de que los fundadores de la ciudad estado fuesen precisamente varones. Sólo los varones, *quirites*, tuvieron el poder de fundar las familias y su patria. La patria potestad romana es el poder político de los hombres libres que cierra el paso del gobierno de la cosa pública y de la familia a las mujeres libres. Estas raíces primigenias de la patria potestad son muy profundas, y perdurarán durante todo el tiempo de la vida de Roma. Que este poder es exclusivo y genuino de los ciudadanos es confirmado primero por Dionisio de Halicarnaso y, posteriormente, por Gayo. Este jurista nos reporta en sus *Institutiones* una información de un edicto de Adriano, quien sostiene que los otros pueblos de la antigüedad no conocieron, o al menos, no practicaron el ejercicio del derecho de la patria potestad:

Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus, idque divus Hadrianus edicto, quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant significavit.⁴

Este derecho es propio de los ciudadanos romanos, pues apenas hay hombres que tengan una tal potestad absoluta sobre sus hijos como la que tenemos nosotros.

Sin embargo, una lectura atenta del fragmento de Gayo, parece indicar que se distancia, dubitativo, de la afirmación oficial del emperador, pues nos dice que la nación de los gálatas cree que tiene a los hijos bajo la patria potestad de los padres.⁵ El jurista aclara además, en otro apartado de sus *Institutiones*, que por razón jurídica natural —*naturali rationi*— los otros pueblos y naciones tienen y ejercen el derecho de tutela, que se concede a un tercero sobre los hijos impúberes, *in tutela esse omnium civitatum iure contingit*,⁶ y vuelve a afirmar que sólo los ciudadanos romanos tienen a sus hijos bajo la patria potestad, *ut supra diximus, soli cives Romani videantur liberos suos in potestate habere*.⁷ En consecuencia, la *patria potestas ex iure quiritorium est, tutela gentium*. Además, la patria potestad es un medio

³ *Ibidem*, 1, 7.

⁴ Gayo, *Institutiones*, 1, 5. *Ibidem*, 1, 189.

⁵ *Ibidem*, 1, 55.

⁶ *Ibidem*, 1, 189.

⁷ *Ibidem*, 1, 189.

jurídico de sometimiento del *alieni iuris*, frente a la tutela que es un medio de vigilancia y protección del *sui iuris*. Y, aunque la afirmación de Gayo deja un interrogante sin respuesta sobre la existencia de una potestad sobre los hijos en la nación de los gálatas, parece muy acertada la opinión de *Volterra*, quien manifiesta que la patria potestad romana nunca pudo ser ejercida por los extranjeros, ni por los esclavos (no gozan de la ciudadanía romana).⁸

Por otra parte, como advirtiera Schulz,⁹ aunque los juristas romanos fueron reacios a definir los conceptos jurídicos, sin embargo, sí fueron proclives a su descripción. Tal vez, por este motivo, no encontramos en las fuentes jurídicas definiciones numerosas de familia¹⁰ ni de la patria potestad. Por su parte, el jurista Paulo liga la institución a la noción de *potestas*, cuando describe sus significados: *potestatis verbo plura significantur; in persona magistratum imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium*.¹¹ Por otro lado, el jurista Gayo (*Instituciones* 1, 48) había descrito la patria potestad como un instrumento jurídico, o medio, que cumple un fin, pues afirmaba que mediante ella las personas “*alieno iure subiectae sunt*”. En línea con este argumento, desde los tiempos primigenios de la ciudad estado, las instituciones jurídicas que cumplieron este cometido, es decir, la creación de un vínculo jurídico de sujeción, nexos, o ligamen jurídico fueron la *patria potestas*, la *manus* y la entrega de los hijos *in mancipio* (Gayo, *Instituciones* 1, 49). Todas fueron instituciones jurídicas que formaron parte del elenco originario del *ius quiritium* arcaico, y otorgaron al *paterfamilias* un poder que le permitió someter corporalmente y materialmente a diferentes personas a su derecho y gobierno, de forma permanente (Gayo, *Instituciones* 1, 48). Tres nexos o vínculos jurídicos del *paterfamilias* que cumplieron finalidades diferentes y determinaron, sin duda, la condición jurídica de las personas sometidas. En esta dirección se debe subrayar la opinión de *Antonio Fernández de Buján*, quien manifiesta, con acierto, que “el poder del *paterfamilias* tenía carácter unitario”.¹² En consecuencia, se puede afirmar que desde los primeros siglos de la vida

⁸ *Volterra*, E., *Instituciones de derecho privado romano*, trad. de Daza Martínez, J., Madrid, Civitas, 1988, p. 110.

⁹ Schulz F., *Principios del derecho romano*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 2000, pp. 65-69.

¹⁰ *Volterra*, E., s.v. *Famiglia* (dir. rom), en ED., vol XVI. Giuffrè Editore, Varese, 1967, p. 724.

¹¹ D. 50, 16, 215.

¹² *Fernández de Buján*, A., *Dercho privado romano*, 4a. ed., Madrid, Iustel, 2011, p. 268.

de Roma, y en relación con la patria potestad, ésta fue concebida como un poder (*potestas*), jurídico y civil, que el *paterfamilias* ejerció sobre los hijos. La *manus (us)*, institución jurídica que parece tener antecedentes indo-europeos (*man, ma*) y del sanscrito (*daman*, nombre equivalente, según *Bonfante*, a doméstico)¹³ es un poder que ejerce el *pater* sobre los hijos, en régimen de monopolio, en el ámbito de la familia. El *paterfamilias* crea la familia mediante el matrimonio exogámico de pareja. El matrimonio arcaico es acompañado por la *conventio in manu*. La *conventio* se lleva a cabo mediante *conferratio, coemptio y usus*,¹⁴ y genera la *manus maritalis* sobre la mujer casada. La *manus mariti* es el nexo que une al *paterfamilias* con la esposa, *uxor in manu*. Según Gellio (18, 6, 9) ésta adquiere el título de *mater familias* e ingresa en la familia bajo el poder del marido o del *paterfamilias* bajo el que se encuentre sometido su marido: *matrem autem familias appellatam esse eam solam, quae in mariti manu mancipioque aut in eius, in cuius maritus manu mancipioque esset*. Sin embargo, al decir de la jurisprudencia, la mujer se encuentra sometida a aquél como si fuera una hija (*loco filia*), o como una nieta (*loco leptis*). Es decir, este vínculo supone un plano jurídico cualitativo diferente al de los hijos. Por su parte, el *paterfamilias* puede diluir este poder mediante la disolución de la *conventio in manus*, bien con una *difarreatio*, bien mediante el recurso a una *remancipatio*, bien mediante el cese de la convivencia durante tres noches consecutivas, *usurpatio trinocitii*.

En este contexto, se debe encuadrar la tesis de *Volterra*, quien advirtió que desde los primeros tiempos de Roma, la institución de la patria potestad se ligó, sin duda, a la ciudadanía nacional romana y al matrimonio, institución destinada a la fundación del grupo familiar nacional quirritario. El clan familiar romano es la unidad jurídica —*ex iure quirritium*—, autónoma, gobernada única y exclusivamente por el *paterfamilias*. Los hijos y las hijas, nacidos de justas nupcias, adquieren el título jurídico, del derecho civil, de *filius familias* y *filia familias*, y quedan vinculados y unidos, en un régimen de filiación civil —*adgnatio*—, al poder, al decir de *Bonfante*, soberano,¹⁵ del *paterfamilias*. Acorde con esta tesis, se puede afirmar que la familia romana arcaica es una institución jurídica del *vetus ius civile* que forma parte de la *civitas*, como ciudad-Estado. Esta familia arcaica quirritaria se ancla

¹³ Bonfante, P., *Corso di diritto romano*, vol. II: *La Proprietà*, parte I, Milán, Giuffrè Editore, 1966, p. 253. *Voz manus, us, A Latin Dictionary, Lewis and Short*, Oxford (reimpresión 1989) p. 1111.

¹⁴ Gayo, *Instituciones*, 1, 110.

¹⁵ *Ibidem*, p. 71, nota 1, p. 72, nota, 2.

mediante la espina dorsal de la patria *potestas*. Ésta, a su vez, se cohesiona mediante tres nervios jurídicos: 1) nervio jurídico patriarcal, 2) nervio jurídico patrilineal 3) nervio jurídico político.

1. Patriarcal significa que sólo los *patres* —*sui iuris*— sin ascendientes masculinos, varones, pueden ser los jefes soberanos, civiles y religiosos de la familia. La familia es una institución de y para los hombres, *patres, quirites*. El derecho de Roma nunca admitió la familia matriarcal.¹⁶ Sólo los hombres, ciudadanos romanos, pueden ser titulares del poder de la patria potestad y ejercer el gobierno de la familia mediante ella. La patria potestad romana es un poder jurídico viril. El *paterfamilias* es el titular del gobierno de todos los nexos que someten a los miembros del grupo familiar. Todos los componentes de la familia están sometidos (*alieni iuris*) al poder del varón, ciudadano romano, *sui iuris*. El marido somete y subyuga a la esposa, *uxor in manu*, quien ocupa una posición de hija, *loco filia*, si el esposo ejerce la patria potestad, o de nieta, *loco neptis*, si es el padre del marido el titular de aquélla. En este sentido, el jurista Gayo señala que la mujer y toda la línea descendente femenina legítima son el principio y fin de su familia. En consecuencia, la mujer no tiene competencia para ser titular del poderío civil de la patria potestad, ni puede fundar su propio grupo familiar. La línea agnaticia descendente se interrumpe por las *filiis familias*. Éstas están sujetas a la patria potestad, pero no la ejercen ni la transmiten (*feminae liberos in potestate non habent*).¹⁷ Por este motivo, los descendientes consanguíneos de la madre son extraños en la herencia de ésta,¹⁸ y en la descendencia del abuelo si éste no los ha retenido bajo su patria potestad. La *filia familias* sale y abandona el grupo familiar e ingresa como *materfamilias* y nueva *filiafamilias* en el nuevo grupo familiar que se funda con el matrimonio (*uxor in manus mariti*) convenido con el *paterfamilias*. La descendencia de la *uxor in manu* sigue a la familia del padre no a la de la madre (*feminarum liberos in familia earum non esse*).¹⁹ El parentesco que liga a los descendientes con su madre es un parentesco de derecho natural: “at hi qui per femini sexus personas cognatione coniunguntur non sunt agnati, sed alias naturali iure cognatione”.²⁰ En consecuencia, el gobierno de la familia y el ejercicio de la patria potestad son facultades jurídicas viriles, de y para los hombres.

¹⁶ Volterra, E., *cit.*, p. 728.

¹⁷ *Ibidem*, 2, 161. D. 50, 16, 196.

¹⁸ *Ibidem*, 2, 161.

¹⁹ D. 50, 16, 196.

²⁰ Gayo, *Instituciones*, 1, 156.

Esta mentalidad está muy presente en la jurisprudencia clásica. Al decir de Gayo, en la denominación de *familia* se comprende al *princeps familiae*.²¹ La familia es un grupo civil, religioso y económico que gobierna un primero, varón. El padre de familia es el eje protector sobre el que van a girar todos los componentes del grupo, quienes permanecían unidos, sometidos y vigilados, permanentemente, por aquél.

2. Patrilineal porque a la muerte del padre, la patria potestad se transmite en línea descendente de ciudadano romano a ciudadano romano, de varón a varón, nacido de justas nupcias. El padre de familia gobierna y une el clan mediante la patria potestad. La patria potestad como poder descendente masculino de cohesión del grupo es visible en las atribuciones de las que goza el *paterfamilias*, pues es libre de retener y subyugar a un nieto bajo su patria potestad y, con seguridad, desde el año 450 a. C. (*Lex XII Tabularum*, IV), disolver el poder y expulsar del grupo familiar a su hijo, *emancipatio*, quien en virtud de ésta se hace *sui iuris*, pero pierde el título de *filius familiae*. La intensidad y el valor de la patria potestad no es uniforme. Esta tesis es perceptible en la legislación decenviral. Si el *paterfamilias* quiere disolver el poder de la *patria potestas* que ejerce sobre los hijos varones tiene que realizar tres *mancipationes*. Sin embargo, si el *paterfamilias* desea renunciar a su derecho y disolver la *patria potestas* que ejerce sobre las hijas o descendientes en segundo grado, nietos, nietas, biznietos y biznietas es suficiente una *mancipatio*.²² Y este proceso de disolución es idéntico si el *paterfamilias* quiere disolver la patria potestad para entregar a sus hijos en adopción (*sub potestate*) a un nuevo *paterfamilias*.²³ Es evidente que el valor de la patria potestad no es idéntico para todos los sometidos. Los hijos son continuadores de la patria potestad y de la ciudadanía romana. Las mujeres abandonan y se hacen jurídicamente extrañas a la familia, cuando ingresan como *uxores in manus mariti (loco filiae, loco neptis)* en otros grupos familiares. El carácter patrilineal por línea de varón, se mantiene en vigor en la etapa clásica, y es puesto de relieve por Gayo: “ítaque si moriente avo pater eorum et vivit et in potestate patris fuerit, tunc post obitum avi in patris sui potestate fiunt; si vero is, quo tempore avus moritur, aut iam mor-

²¹ D. 50, 16, 196.

²² Gayo, *Instituciones*, 1, 132.

²³ *Ibidem*, 1, 134. La mujer *in manu* sale de la *manus* del marido con una sola *mancipatio* (*ibidem*, I, 137).

tuus est aut exiit de potestate patris, tunc hi quia in potestatem eius cadere non possunt, sui iuris fiunt²⁴.

Patria potestas política, agnaticia, porque el padre ejerce facultades que nacen del poder —*potestas*—, que es perpetuo. El sometimiento a la patria potestad, por nacimiento en justas nupcias (*item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus*),²⁵ adopción (*non solum tamen naturales liberi secundum ea quae diximus, in potestate nostra sunt, verum et hi quos adoptamos*)²⁶ y arrogación,²⁷ hace surgir la filiación agnaticia y titula a los hijos e hijas como *filiifamilias* e *filiasfamilias*. Estos títulos constituyen acreditaciones jurídicas civiles en favor de los *alieni iuri sub potestate patris*, quienes a la muerte de éste son nombrados, *ex lege iuris civilis, heredes sui*.²⁸ El sometimiento (*alieno iure subiectae sub potestate patris*) es civil y político, y perpetúa los vínculos agnaticios de la familia. La patria potestad hace surgir los vínculos y la filiación agnaticia. Los sometidos *sub potestate patris* siguen y adquieren la condición jurídica del padre: son ciudadanos romanos. En consecuencia, los hijos adquieren mediante la filiación jurídica que surge de la patria potestad, los *tria nomina*: el *praenomen*, el *nomen*, y el *cognomen*. *Praenomen* que les define como ciudadanos, ingenuos y miembros de una *familia proprio iure*.²⁹ *Familia* gobernada por un *pater familias*, de quien adquieren el *praenomen*. El *nomen* les acredita jurídicamente como miembros de un clan o tronco común familiar gentilicio (*familia communi iure*) que pertenece a la ciudad estado de Roma, (la antigüedad del *nomen* es certificada por inscripciones epigráficas del siglo VII a. C.).³⁰ Por último, el *cognomen* era un apodo, que dentro del grupo familiar gentilicio, designaba a los miembros de la familia más estricta, *familia proprio iure*. A la muerte del padre, la *hereditas* perpetúa la continuidad de la estirpe gentilicia y de la familia. Los vínculos cognaticios son extraños al *ius quiritium* y a la patria potestad, y, en consecuencia, a la familia y a su gobierno. Los hijos que son liberados de la patria *potestas* y expulsados de la familia agnaticia pierden su condición de *filius familias*

²⁴ *Ibidem*, 1, 127.

²⁵ *Ibidem*, 1, 55.

²⁶ *Ibidem*, 1, 97-99.

²⁷ Aulo Gelio, *Noctes atticae*, 5, 19, 9: “Quam si ex eo patre matreque eius natus esset, utique ei vitae necisque in eum potestas siet”.

²⁸ *Lex XII*, t. V.

²⁹ D. 50, 16, 195, 2.

³⁰ López Barja de Quiroga P. y Lomas Salmonte F. J., *Historia de Roma*, Madrid, Akal, 2004, pp. 40 y 41.

y *filia familias* y son *sui iuris*, de derecho propio. Cabe preguntarse ¿qué derecho propio? En origen, creemos que es muy probable que la liberación de los hijos por *emancipatio* significa el cambio de *status* por un proceso de expulsión y disolución del poder de la patria *potestas*, (*capitis deminutio*)³¹ y, en consecuencia, de extrañamiento del hijo o hija (*extranei*) de la familia. Incluso, si el emancipado llega a suceder al padre por testamento es heredero extraño.³² Desde tiempos primigenios, los vínculos de consanguinidad, se tienen en cuenta por el derecho para evitar matrimonios incestuosos. Éstos fueron calificados por la jurisprudencia pontifical como actos contrarios a la religión, *nefariae*,³³ y al *ius civile*, matrimonio *iniustum*. La familia cognaticia entrará también en el punto de mira del derecho de sucesiones por la intervención jurisdiccional de los pretores, de la jurisprudencia y del tribunal de los *centumviri*. En los siglos finales de la República, como informa Valerio Máximo,³⁴ los vínculos cognaticios siguen perteneciendo al orden natural, no al derecho civil.

Naturaleza jurídica polivalente de la patria potestas

Desde los tiempos iniciales, la *patria potestas* del *paterfamilias* fue un poder —*nexum*—, jurídico, *ex iure quiritium* que gozaba de distintas valencias. Su naturaleza jurídica es personal y polivalente:

- Personal, de naturaleza jurídica privada, pues se ejerce, sobre los hijos, en el estricto ámbito de la familia y de la *domus*.
- Personal, de naturaleza jurídica pública, porque produce efectos jurídicos relacionados con la adquisición de la ciudadanía romana (vale decir nacionalidad) que repercuten en la vida y en la ordenación de colectividad.
- Personal, de naturaleza jurisdiccional, porque el *paterfamilias* puede enjuiciar actos ilícitos penales y crímenes cometidos por los hijos.
- Personal, de naturaleza coercitiva, porque el *paterfamilias* puede imponer penas a todos los sometidos.

³¹ Gayo, *Instituciones*, 1, 162.

³² *Ibidem*, 2, 161.

³³ Gaudemet J., *El matrimonio en occidente*, Madrid, Taurus Humanidades, 1993, pp. 43 y 44.

³⁴ Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables*, 7, 7, 2.

- Personal, de naturaleza jurídica religiosa, porque habilita a la dirección de los cultos religiosos y de los dioses domésticos.³⁵
- Personal, de naturaleza económica,³⁶ absorbente, calificada de inhumana por Justiniano (*quod nobis inhumanum visum est*),³⁷ pues todas las adquisiciones de los sometidos *sub potestate* pasan *ipso iure* al patrimonio del *paterfamilias*.

Por otra parte, desde los tiempos iniciales, la *patria potestas* del *paterfamilias* fue un poder jurídico, *ex iure quiritium* que gozaba de distintas valencias. Su naturaleza jurídica es personal y polivalente. El *paterfamilias* dirige y gobierna la *domus* de la misma forma que los magistrados y el emperador gobiernan la República. El concepto de poder político es subrayado y puesto en valor por *Paulo*, pues si aceptamos los significados de *potestas* que este jurista nos ha reportado, a partir de la República, el equivalente de la *potestas* como *imperium*, o poder que ejercen los magistrados sobre los ciudadanos, es la *patria potestas*, o poder de gobierno que ejerce el *paterfamilias* sobre los hijos.³⁸ En este sentido, al decir de *Juan María de La Torre*, la polis (ciudad) no es más que una extensión de la *domus*. De *paterfamilias* deriva el *princeps* o *imperator*. Y evidentemente, de la economía familiar, la *oikonomía*, se origina la política, la *politeia*.³⁹

II. DESARROLLO: EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y JURÍDICA DE LA PATRIA POTESTAD ROMANA

La familia arcaica es cohesionada por la *potestas* del *paterfamilias*. En origen, la *patria potestas* es irrenunciable (sólo finaliza con la muerte y la *capitis deminutio maxima* del *paterfamilias*) y cumple la misión de sometimiento corporal perpetuo de los hijos e hijas.⁴⁰ La naturaleza perpetua de la patria potestad evolucionará en el plano jurídico civil con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, norma que permitirá al *paterfamilias* renunciar a su

³⁵ Fustel de Coulanges, *La cité antique*, París, 1903. Torre, J. M. de la, *op. cit.* p. 174: “En el Deuteronomio leemos que los sacrificios pueden ser ofrecidos por el *paterfamilias*”.

³⁶ Arangio Ruiz, V., *Le genti e le città*, en Ann. Messina, 1913-1914, pp. 58 y ss.; Volterra E., *L'opera scientifica di Arangio Ruiz*, Arch. Giuridico, 1966, CLXX, pp. 8-10.

³⁷ Justiniano, *Inst.* 2, 9, 1.

³⁸ D. 50, 16, 215.

³⁹ Torre, J. M. de la, *Literatura cristiana antigua, entornos y contenidos*, vol. I, *Desde su Origen a la formación de la gran Iglesia*, Zamora, Ediciones Monte Casino, 2003, p. 72.

⁴⁰ Gayo, *Instuciones*, 1, 116.

derecho, *suo iure eas personas dimittere*,⁴¹ y disolver, voluntariamente⁴² y jurídicamente, *emancipatio*, la patria potestad y, de este modo, liberar, *iure liberentur*,⁴³ a los *alieni iuris*⁴⁴ que hubiesen sido legitimados previamente por nacimiento, adopción o adrogación. La emancipación nació como un derecho del *paterfamilias*. En este sentido, acertadamente, apunta *Gaudemet* que “la mayoría de edad en Roma nunca existió”,⁴⁵ es decir, una edad legal de disolución forzosa del poder de la patria potestad.

Por otra parte, la naturaleza, el alcance y las facultades de este poder, que tanto enorgullece a los romanos, (no en vano crea y perpetua la nacionalidad que es la ciudadanía y, por ende, a Roma como ciudad estado, entendida como comunidad jurídica y políticamente organizada) no fueron siempre uniformes, pues sufrieron profundas transformaciones a lo largo de las distintas etapas históricas por las que atravesó la vida de Roma. Con el paso del tiempo, la propia concepción de la familia agnaticia arcaica sufre erosiones en su estructura, por la fuerza de los vínculos cognaticios. Desde los últimos siglos de la República hasta los años finales de la época clásica se forja, por obra de los pretores y de la jurisprudencia, una nueva concepción jurídica e ideológica de la institución y se abre paso a una progresiva transformación: *patria potestas in nostri liberi sunt, o liberi in potestate parentum esse*.⁴⁶ Estas afirmaciones de los juristas clásicos supusieron la superación de la *patria potestas* como poder material ligado al ejercicio del *mancipium* corporal primitivo, y una tendencia a la concepción de la patria potestad como un derecho abstracto, (*ius*); *potestas* que debe ser ejercida de modo humanitario y equitativo por el *paterfamilias* (principios muy perceptibles en los escritos de Séneca (*De Clementia* 1, 2; 1, 15). En este sentido, se debe poner en valor la tesis acertada de Antonio Fernández de Buján quien manifiesta que la patria potestad “en la práctica, su ejercicio se venía limitando por las costumbres de los antepasados, *mores maiorum*, contrarias a todo abuso en la conducta paterna, y por la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*”, así como por “otros elementos disuasorios del ejercicio de la patria potestad” como fueron la nota censoria y la legislación imperial.⁴⁷ La vigencia de esta nueva concepción en el siglo II d.

⁴¹ *Ibidem*, 1, 118a.

⁴² *Ibidem*, 4, 79.

⁴³ *Ibidem*, 1, 124.

⁴⁴ *Ibidem*, 1, 132.

⁴⁵ *Gaudemet, J., op. cit.*, p. 49.

⁴⁶ *Ibidem*, 1, 132, 1, 189.

⁴⁷ Fernández de Buján, A., *op. cit.*, p. 269.

C. se lee en los escritos de la jurisprudencia. Por ejemplo, al decir de Gayo (*Instituciones* 2, 157) los sometidos *sub potestate* son herederos domésticos (*heredes domestici*) y se considera que son considerados como si fuesen dueños del patrimonio de la familia en vida del padre: *quoque parente quodammodo domini existimantur*. Es obvio que la patria potestad ha evolucionado y se ha dulcificado. Esta afirmación jurídica, habría sido impensable que hubiese sido formulada por la jurisprudencia pontifical, intérprete de los *mores* y del *ius quiritium vetus*, de la etapa arcaica, pues en aquel tiempo, la patria potestad era un derecho absoluto del *paterfamilias* y no generaba relaciones jurídicas de derechos y obligaciones bilaterales entre padre e hijos. Este cambio de mentalidad respondería a una concepción diferente del valor de los vínculos de parentesco y al triunfo de la familia cognaticia. Nuevos acontecimientos jurídicos que son muy perceptibles en los escritos de Cicerón,⁴⁸ quien mantiene que los vínculos cognaticios se deben fundar en la naturaleza y en el amor filial (*pietatis causa*) que deben guardar los parientes y los padres a los hijos. Del mismo modo, esta evolución emerge en la obra literaria de Valerio Máximo,⁴⁹ y en el edicto del pretor.

En este escenario nuevo histórico y jurídico, a la par de la nueva primacía de la familia cognaticia sobre la agnaticia, Roma se transforma en un vasto imperio comercial y en una potencia económica mundial. La familia agraria tradicional es abandonada por los romanos en beneficio de una nueva familia urbana y de negocios. En esta dirección, como informa *Ulpiano*, la creación del triple edicto para los negocios realizados por los que estaban bajo patria potestad (*de peculio, in rem verso, quod iussu*)⁵⁰ responden a esta transformación. En esta dirección, es acertado el parecer de Antonio Fernández de Buján, quien manifiesta, a propósito de la evolución de la propiedad, que en una tercera etapa, esto es, la etapa clásica “la propiedad se habría configurado como un poder individual, de naturaleza patrimonial. Con limitaciones legales, cuya titularidad podrían ostentar no sólo los cabezas de familia, sino también los hijos de familia, *fili in potestate*, sometidos a patria potestad”⁵¹

Si la patria potestad arcaica fue un poder que se ejerció sobre los hijos, en interés de la unión personal y patrimonial de la familia (en esta circunstancia es donde se concentra su fuerza y razón de ser), sin embargo, en los

⁴⁸ Cicerón, *Rhet. ad Her.*, 2, 19.

⁴⁹ Valerio Máximo, *Hechos y dichos memorables*, 7, 7, 2.

⁵⁰ D. 15, 1, 1, 2. D. 15, 1, 1, 3.

⁵¹ Fernández de Buján, A., *op. cit.*, p. 383.

tiempos republicanos tardíos e imperiales, la institución se perfiló como un poder jurídico que se debía ejercer conforme a unos deberes, *officium*, de protección y cuidado de los *liberi*.

Si se acepta este tránsito histórico-jurídico, esta nueva concepción debió influir tanto en el modo como en la intensidad de la aplicación de la *potestas* sobre los sometidos, es decir, en la forma de ejercer las facultades jurídicas que brotan del ejercicio de este poder. Con todo, se debe advertir que las nuevas circunstancias e influencias jurídicas, económicas y éticas no van a suprimir ni alterar rápidamente el número de facultades, ni la naturaleza jurídica de la patria potestad, como poder absoluto jurídico y político supremo de gobierno del *paterfamilias*⁵² sobre los descendientes nacidos en justas nupcias, los adoptados y los arrogados. El cambio de mentalidad se produjo de modo gradual y progresivo.

1. Evolución de los poderes y facultades del ejercicio de la patria potestad

Las facultades jurídicas que brotaban de la patria potestad romana arcaica, *ius vitae et necis* (*Lex XII T IV, 2*), *expositio*, *mancipatio in causa mancipii*, *ius vendendi*, no pasaron desapercibidas a los historiadores antiguos y clásicos. Dionisio de Halicarnaso (2, 22) calificó aquel poder de tiránico. No es de extrañar este apelativo, si tenemos en cuenta su naturaleza. Desde los primeros tiempos, a tenor de la información que nos han transmitido las fuentes literarias y jurídicas de la época arcaica y clásica, las facultades más intensas que brotan de la patria potestad, de las que goza el *paterfamilias*, son el *ius tollendi* o derecho de reconocer la filiación del recién nacido como miembro del clan familiar,⁵³ el *ius exponendi*, o derecho de abandono de los hijos recién nacidos,⁵⁴ el *ius vendendi*, o derecho de venta como esclavo fuera de las fronteras de Roma, el *ius noxae dedito*, o entrega de los hijos en régimen de semiesclavitud penal y el *ius vitae et necis*, o derecho de vida y muerte sobre los hijos. Este poder del *paterfamilias* sobre la *uxor in manu*, es similar a la *patria potestas*. El marido puede disponer de la mujer. En este sentido, si creemos a Tertuliano (*Apologético*, 39, 10), Catón prestó su esposa a sus mejores amigos para que les diese hijos. Del mismo modo, el *paterfamilias*

⁵² Torre, J. M. de la, *op. cit.*, p. 76.

⁵³ Rodríguez Ennes L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, núm. 40, Santiago de Compostela, 1978, p. 35. Perozzi, S., *Tollere liberum*, Napoles, Studi Simnocelli, 1917, p. 213.

⁵⁴ Cicerón, *De Legibus*, 3, 19.

debe prestar su autorización al hijo y a la *filia familias sub potestate* para contraer matrimonio *cum manu* válido: “*eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur*” (PS. 2, 19, 2). Poderes inhumanos, atroces, sin duda, que hacían estremecer a las generaciones posteriores como se deduce de los escritos de *Dionisio de Halicarnaso*, pero poderes de los que los ciudadanos romanos se sentían orgullosos frente a otros pueblos y naciones, como es perceptible en los escritos de Gayo. En virtud de estos poderes, el *paterfamilias* puede disponer libremente de sus hijos: “Por razones de fuerza mayor, pobreza, hambre, el *paterfamilias* puede abandonar a los recién nacidos, *ius exponendi*” (según *Dionisio de Halicarnaso*, previa denuncia a cinco vecinos).⁵⁵

El *paterfamilias* puede vender⁵⁶ (a partir de los tres años de vida)⁵⁷ — *mancipatio*— a los *alieni iuris*. Probablemente, el plazo de tres años fue el tiempo de vida que los recién nacidos tenían asegurado por ser lactantes. Si el hijo era reconocido por el *paterfamilias*, *ius tollendi*, éste debía esperar al menos tres años para venderlo como esclavo (tal vez por motivos económicos, es decir, para evitar el hambre en la familia).

Estos requisitos jurídicos, según el historiador de las “Miniaturas antiguas de Roma”, no serían necesarios para que el *paterfamilias* pudiese dar muerte al hijo que naciese con malformaciones congénitas o deformaciones.⁵⁸ Por su parte, *Capogrossi* mantiene, a partir de la información reportada por *Dionisio de Halicarnaso*, que desde los orígenes ya encontramos un fuerte control social a los poderes de la patria potestad.⁵⁹

Dionisio de Halicarnaso nos reporta también que el *paterfamilias* tuvo derecho de vida y muerte, *ius vitae et necis*, sobre los hijos.⁶⁰ En relación con este derecho jurídico arcaico, el *paterfamilias* se presentaría, bajo el poder que le es conferido por la *patria potestas*, como una especie de *iudex* que estaba facultado para enjuiciar la vida privada y pública de sus hijos, en situaciones que pudiesen atentarse contra la integridad, o reputación del

⁵⁵ *Dionisio de Halicarnaso*, 2, 15, 2.

⁵⁶ *Ibidem*, 2, 27, 1-3.

⁵⁷ *Ibidem*, 2, 15, 2.

⁵⁸ Cicerón, *De Legibus*, 3, 19: “*Quintus: At mehercule ego frater quaero, de ista potestate quid sentias. Nam mihi quidem pestifera videtur, quippe quae in seditione et ad seditionem nata sit. Cuius primum ortum si recordari volumus, inter arma civium et occupatis et obsessis urbis locis procreatum videmus. Deinde quom esset cito necatus tamquam ex XII tabulis insignis ad deformitatem puer, brevi tempore necio*”.

⁵⁹ *Capogrossi, L., Patria potestà*, Giuffrè Editore, vol. 32, 1982, pp. 242 y 243.

⁶⁰ *Dionisio de Halicarnaso, Antig. L II*, capítulo 27.

grupo familiar, o por actuaciones realizadas frente a otros clanes familiares, gentilicios, o, en último término, contra la ciudad estado. El derecho de enjuiciar a los hijos en un consejo doméstico y condenarlos a la pena capital podía evitar la cólera de otros grupos familiares, tal vez, víctimas de crímenes o actos injuriosos gravísimos cometidos por aquéllos. Hechos presuntamente criminales que podían conducir a la venganza privada y al talión. La persistencia del derecho durante siglos demuestra que la intervención del consejo doméstico se realizaba en interés de la familia, no tenía por objeto la protección del hijo. En consecuencia, la “actuación jurisdiccional privada” del *paterfamilias* refuerza, no limita, su patria potestad.

Por otra parte, desde la óptica procesal, no sólo en la fase inicial sino también en la República, los vestigios arcaicos de la patria potestad permanecen, pues el *paterfamilias* puede vindicar a los hijos frente a terceros mediante una *Legis Actio Sacramento in Rem*. La *vindicatio in rem* judicial de los hijos *sub potestate patris* es posible todavía en los siglos II y III d. C., pues si creemos a Ulpiano, quien sigue el parecer anterior de *Pomponio*, el ciudadano puede vindicar la *patria potestas ex iure Quiritium* sobre los *liberi* frente a terceros: “si quis ita petit filium suum, vel in potestate ex iure Romano, videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse; ait enim, adiecta causa ex lege Quiritium vindicare posse”.⁶¹ En este sentido, no le falta razón a Rodríguez Ennes, quien manifiesta que el poder de la *patria potestas*

es formalmente idéntico al dominio sobre las cosas corporales y a la *dominica potestas* sobre los esclavos, ya que se observa cierto sentido de sinonimia en las palabras: *manus*, *potestas*, *dominium*, usadas indistintamente en los tiempos primitivos para denominar la propiedad quiritaria sobre las cosas y el poder paterno, marital y dominical sobre las personas.⁶²

En consecuencia, en época arcaica, la *patria potestas* es un ligamen jurídico o *nexus* personal que somete a los hijos e hijas legítimos, que crea voluntariamente el *paterfamilias* y que forma parte de su poder *mancipium*. Estas facultades de la *patria potestas* romana demuestran que los hijos impúberes pudieron ser concebidos como una infancia *mancipi* o *quasi mancipi*. La naturaleza jurídica de estos poderes demuestra, según *Bonfante* que

⁶¹ D. 6, 1, 1, 2.

⁶² Rodríguez Ennes, L., *op. cit.* p. 34. En el mismo sentido se expresa Fernández de Buján, A., *cit.*, pp. 268 y 269. Martino, F. F. de, s.v. *Famiglia*, en NNDI, vol. 4, Turín, 1981, p. 44.

la patria potestad es un poder político y soberano que se ejerce sobre los sometidos de la familia.⁶³

Estas facultades que podían emanar del gobierno de la *patria potestas* siguen en vigor durante toda la República y parece que comienzan a atenuarse, levemente, fruto de las concepciones filosóficas estoicas, que penetran con intensidad en Roma, durante la época clásica. Inicialmente, la influencia filosófica fue un espejismo en el mundo del derecho de familia y de la patria potestad. Así la *Lex Julia de Adulteriis* considera crimen el adulterio y autoriza al *paterfamilias* a dar muerte, *sua manu occidere*, tanto a la hija casada adúltera que ha permanecido bajo patria potestad como al hombre adúltero con el que mantuvo relaciones, so pretexto de la protección de la dignidad de la casa del *paterfamilias* y su descendencia, *dignitatis domus suae vel generi sui deprehensum*.⁶⁴ Con todo, *Séneca* aboga por el no maltrato de los hijos⁶⁵. Esta línea de actuación es seguida por Adriano quien

⁶³ Bonfante P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res Mancipi e nec Mancipi)*, Roma, 1888-1889. Se debe poner de relieve que mediante este poder el *pater* crea, además, otros nexos o ligámenes jurídicos como son: a) el *mancipium-nexus* sobre las cosas, o poder material corporal sobre la *res Mancipi*, poder que se transforma en un derecho abstracto de dominio en la República: *domica potestas* sobre los esclavos, b) el nexo o ligamen de las justas nupcias, c) el ligamen de la entrega noxal *in causa Mancipi*. La diferencia estriba en la naturaleza y los destinatarios de los vínculos jurídicos que crea y ejerce el *paterfamilias*, y que se pusieron de relieve por la jurisprudencia republicana y clásica: la *patria potestas* sobre los hijos y la *manus maritalis* sobre la mujer nacen o se reconocen por el *ius Quiritium* o *vetus ius civile*. La *dominica potestas* sobre los esclavos fue identificada como perteneciente al *ius gentium*.

⁶⁴ SRP, 2, 26, 1.

⁶⁵ *Séneca, De Clementia*, I, 15: "Habiendo T. Ario sorprendido á su hijo en flagrante delito de parricidio, le formó proceso y le condenó á destierro, admirando que se contentase con el destierro, y destierro muy dulce, porque le relegó á Marsella, concediéndole igual pensión anual que antes de su crimen. Por medio de esta generosidad consiguió que en una ciudad en la que hasta los mayores malvados encuentran siempre defensores, nadie dudara que el condenado fuese realmente culpable cuando le condenaba un padre que no podía odiar. Por este mismo ejemplo podrás comparar al buen príncipe con el buen padre. Cuando juzgó á su hijo, T. Ario invitó á su consejo á César Augusto, quien acudió á los penates privados y tomó asiento en el consejo de familia extraña. No dijo: «Que venga á mi palacio». De hacerlo así, el juez hubiese sido César y no el padre. Oída la causa y discutidas todas las pruebas, tanto las que presentó el joven como las que se alegaban en contra suya, pidió Augusto que cada cual diese por escrito su opinión, por temor de que la de César fuese la de todos. En seguida, antes de que se desplegasen los escritos, declaró que no aceptaría la herencia de T. Ario, que era muy rico. Dirá alguno que había debilidad de carácter en el temor de que se creyese que por medio de la condenación de un hijo quería abrir paso á sus esperanzas. Yo pienso lo contrario. Cualquiera de nosotros hubiese podido tener, contra las interpretaciones malignas, bastante confianza en el testimonio de

estableció que no se podía castigar inmoderadamente a los hijos. Evidentemente, son voces autorizadas, pero tal vez se trataron de recomendaciones filosóficas, y de directivas jurídicas morales sobre el modo de ejercer el gobierno de la patria potestad. Así, según nos informa Suetonio (*Claudio* 27) en época del emperador Claudio, los padres seguían expulsando a la infancia de sus familias. La correspondencia de Plinio⁶⁶ testimonia que esta praxis permanece en la época del emperador Trajano.

En otra dirección, Séneca no discute que un padre de familia tenga poder tanto para juzgar a sus hijos, asistido de un consejo de parientes y amigos, como potestad de condenarlos a una muerte segura. El filósofo alaba que un padre puna al hijo con la pena del destierro. Por otra parte, la disposición del emperador *Adriano* tampoco parece que constituyera un verdadero límite, o freno legal a la extensión de las facultades de la patria potestad paterna. Tampoco se puede deducir de estas fuentes una derogación expresa del *ius vitae et necis*. Pero es evidente que esta mentalidad debió influir en el ámbito interno de la vida de las familias y en el ejercicio de la patria potestad. En este sentido, Papiniano nos reporta que *Trajano* impuso a un padre de familia la obligación de emancipar a un hijo, por autor de malos tratos y no cumplir los deberes de piedad, *quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare*.⁶⁷ El emperador ordenó, además, que el hijo expósito que es reducido a esclavitud por un tercero no pierda su condición de libre.⁶⁸ Vemos como la *humanitas*, y la *pietas* son valores filosóficos, éticos y morales que envuelven, progresivamente, en los primeros siglos después de Cristo, el gobierno de la *patria potestas* y se convierten en sus principios rectores. Pero, ciertamente, las intervenciones de los príncipes no derogaron las terribles facultades que emanaban de aquélla. De hecho, el emperador *Trajano* resolvió casos aislados. Pero esta tendencia comienza a dar frutos. En la misma dirección actuó *Adriano*, quién castigó a un

buena conciencia; pero los príncipes deben conceder mucho a la fama. Juró, pues, que no aceptaría la herencia. Verdad es que Ario perdió en el mismo día otro heredero; pero César conquistó la libertad de su voto, y después de haber demostrado que su severidad era desinteresada, cosa que un príncipe debe tener presente siempre, dijo: “Que sea desterrado al punto que designe su padre”. No votó el saco, ni las serpientes, ni la prisión, atendiendo no al juzgado, sino al juicio á que asistía. Creyó que un padre debía contentarse con el castigo menos severo para un hijo, joven aún, que había sido excitado al crimen y que lo había intentado con timidez parecida á la inocencia: pareciole que bastaba alejarle de la ciudad y de la presencia de su padre”.

⁶⁶ Plinio, *Epist.* 10, 66, 72.

⁶⁷ D. 37, 12, 5.

⁶⁸ Plinio, *op. cit.*, 10, 66, 72.

padre con la deportación a una isla por dar muerte a un hijo en una cacería, so pretexto de ejercer adulterio con su madrastra. El emperador justifica su decisión diciendo que el padre no actuó ejerciendo la patria potestad, *quod latronis magis, quam patris iure*, y es penado como reo ladrón. La justificación de esta resolución imperial, según manifiesta el jurista *Marciano*, quien nos reporta la decisión imperial, fue que la *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. La disposición de Adriano ordena el modo ético de gobierno, “debet”. En consecuencia, desde la óptica del derecho, la patria potestad clásica consiste en un gobierno y un deber de piedad, que se debe ejercer en interés de los sometidos. En esta dirección, *Diocleciano y Maximiano* (285 d. C.) ordenaron que el padre de familia pague los gastos de nutrición y crianza de la hija expósita, si quiere oponerse a su matrimonio: “Patrem, qui filia exposuit, hanc nunc adultam sumtibus et labore tuo factam matrimonio coniungi filio desiderantis favere voto convenit. Qui si renitatur, alimentorum solutioni in hoc solummodo casu parere debet”.⁶⁹

Con todo, la nueva normativa no supuso un giro radical a la extensión de los poderes de la *patria potestas*. En los primeros decenios del siglo III d. C., el derecho de vida y muerte de los sometidos sigue en vigor. Si creemos a *Ulpiano*, el padre de familia no puede matar a su hijo sin que haya sido oído, sino que debe acusarlo ante el prefecto o el presidente de la provincia.⁷⁰ Según el fragmento reportado por el jurista clásico, se establecen varias limitaciones procesales del *ius vitae et necis*, pues el precepto exige el inicio de una acusación y de una vista jurisdiccional públicas, de carácter penal o criminal, ante el *praeses provinciae* o el *praefectus*, *actos del proceso criminal* que son previos a la posibilidad del ejercicio del *ius occidendi*, que debe ser autorizado mediante sentencia judicial firme.

Por otra parte, este derecho del *paterfamilias* sigue siendo atroz. Con todo, el cambio de tendencia en el ejercicio de la patria potestad, más benigna y en interés de los hijos, se acentúa cada vez más. En este sentido, *Paulo* nos informa que si la hija contrae matrimonio sin consentimiento del padre, el contrato no se resuelve, “*contracta non solvuntur*”.⁷¹ Posteriormente, en el Bajo Imperio, por una influencia notable del Cristianismo sobre las instituciones civiles romanas, *Constantino* limita y deroga algunas de las potestades que emanan de la institución:

⁶⁹ C. 5, 4, 16.

⁷⁰ D. 48, 8, 2.

⁷¹ SP. 2, 19, 2.

a) El *ius vitae et necis* deja de ser una facultad ligada a la patria potestad. Este derecho comienza a ser considerado como un crimen público: *parricidio*, “si quis parentis aut filii aut omnino affectionis eius, quae nuncupatione parricidii continetur, falta properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus, poena parricidii punietur”.⁷² La pena impuesta por el emperador al parricida es la *poena cullei*. El parricida es metido en un saco de cuero con un perro, un gallo, una víbora y una mona, y echado a un mar o río, según las circunstancias de cada región. La justificación jurídica de tal pena atroz fue que el parricida debe perder el uso de todos los elementos, “sobreviviendo se le prive del cielo, y muerto de la tierra” (319 d. C.).⁷³ Por su parte, en esta misma dirección, Valentiniano, Teodosio y Arcadio (335 d. C.) niegan la posibilidad del indulto a los parricidas y dejan entrever la influencia cristiana en sus constituciones. Los emperadores califican el delito de parricidio como crimen atroz y sacrílego, *sacrilego diebus sanctis indulgeat? Patiatur tormenta parricida*.⁷⁴

b) Por otro lado, el derecho de abandono de los hijos, *expositio*, no se deroga, pero se intenta limitar en dos direcciones:

1. Los padres pueden abandonar al recién nacido, “*qui liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint*”, echarlo y tirarlo de casa (hijos expósitos). En estos casos, el emperador puede otorgar la patria potestad, mediante una adopción forzosa “*eumdem retineat sub eodem statu*”, al padre que lo recoja, eduque y críe.⁷⁵

2. De la misma manera, si el *paterfamilias* natural intenta una reclamación (vindicatoria en el Bajo Imperio)⁷⁶ para recuperar al hijo expósito, la acción no puede prosperar.⁷⁷

En el Bajo Imperio, el derecho de abandono de los hijos nacidos no se suprime por razones económicas y de subsistencia de la familia, pero se limita mediante un derecho de acogida y guarda permanente en favor de los terceros que los críen. Otra alternativa es la concesión del derecho de la patria potestad mediante adopción (al decir del intérprete anónimo visigodo de la ley en *Interp. LRW 5, 7, 1*), siempre que aquella se atestigüe ante los obispos, *si modo testes episcopales subscriptio fuerit subsecuta* (*Honorius et Theodosius AA Melitio Pf. P. CTh. 5, 7, 2*).

⁷² C. 9, 18, 1.

⁷³ C. 9, 18, 1.

⁷⁴ C. 1, 4, 8.

⁷⁵ CTh. 5, 7, 1.

⁷⁶ *Interp. LRW.*, CTh. 5, 6, 1.

⁷⁷ *Ibidem*, 5, 7, 1.

c) En relación con el *ius vendendi*, Dionisio de Halicarnaso (2, 27, 1-3) nos había reportado que una ley regia autorizó al *paterfamilias* a la *mancipatio* de los hijos e hijas (*infancia Mancipi sub potestate patris*) como esclavos. Esta facultad de la patria potestad del *ius vetus* tuvo un largo recorrido histórico y jurídico, aunque algunos autores, como Capogrossi, han creído ver en la emancipación de la Ley de las XII Tablas una limitación al ejercicio de este derecho.⁷⁸ Sin embargo, debemos recordar que esta institución nació con el fin de permitir a los padres el poder renunciar al derecho y ejercicio de la patria potestad. La emancipación fue un derecho en beneficio del *paterfamilias*, no fue concebido en interés de los hijos. Fruto de ella, los sometidos sufren *capitis deminutio*, cambio de *status* y se hacen extraños al grupo familiar. Además, el padre de familia puede emancipar a los hijos en cualquier edad. No existían frenos legales al ejercicio de este derecho, porque no nació como medida limitadora de la patria potestad. No parece haber existido en Roma un derecho de emancipación —derecho de mayoría de edad legal—, en beneficio de los hijos. Éstos nunca pudieron exigir a su padre su liberación jurídica. Pero, sí es cierto, que los emancipados fueron protegidos durante la República y en la época clásica, por razones económicas y militares. En los inicios del Bajo Imperio, las primeras limitaciones del derecho de venta de los hijos parecen provenir de Diocleciano y Maximiano, quienes en una constitución imperial confirman, que es manifiesto para el derecho civil, que los hijos e hijas (*sub potestate patris*) no pueden ser transferidos a terceros por causa de venta, donación, prenda, ni por cualquier otro modo jurídico, aunque el adquirente desconociese la condición jurídica de los hijos e hijas alienados, (293 d. C.-305 d. C.).⁷⁹

Poco tiempo después, el emperador *Constantino* justifica el ejercicio de este derecho de venta en situaciones de extrema pobreza, o hambruna. El emperador afirma que sólo en estos supuestos está justificada la venta de los hijos y de las hijas recién nacidos (es un medio de supervivencia del *paterfamilias*). Por otra parte, el emperador impone al comprador la obligación de destinar al niño adquirido a servir o trabajar para él, y crea un derecho de rescate en favor del padre legítimo, quien puede pagar un nuevo precio en metálico (se comprenden gastos de crianza, educación, instrucción y formación etc.) o bien ofrecer un esclavo. En ambos casos, el hijo o la hija pueden volver de nuevo la condición de ingenuos libres (*sub potestate patris*, 319

⁷⁸ Capogrossi, L., *op. cit.*, p. 245.

⁷⁹ C. 4, 43, 1.

d. C.).⁸⁰ En realidad, la constitución imperial confirma una práctica familiar socialmente admitida e inveterada en el tiempo, que se debía practicar tanto con los recién nacidos como con los hijos e hijas que estuviesen en edad de trabajar, pues representaba un medio eficaz de liberación de las cargas y de la ruina económica de la familia. Sin embargo, esta praxis condujo a frecuentes abusos, que eran realizados por los padres de familia, quienes, guiados por la avaricia del dinero, vieron en este derecho un modo de conseguir sus fines lucrativos. En este sentido, y en relación con los hijos (*sub potestate patris*) entregados en *noxia*, o servidumbre, en favor de terceros, las Constituciones de Constantino intentaron reprimir el abuso, la tiranía, la avaricia, y la explotación atroz en el trabajo de los hijos en dos direcciones: frente a quienes los daban, so pretexto de la comisión de una injuria, como frente a quienes los retenían en servidumbre, so pretexto de ser reos de la injuria, “*qui scientes ingenuos servitutis necessitatem per iniuriam sustinere dissimulant*”;⁸¹ con el fin de beneficiarse y procurarse ganancias desmedidas:

universo devotionis studio contendant, si quis ingenuis natalibus procreatos sub tyranno ingenuitatem amississe aut propria contenti conscientia aut aliorum indiciis recognoscunt, natalibus suis restituere, nec exspectata iudicis interpellatione. Nam si quis contra conscientiam suam vel certissima testimonia plurimum in eadem avaritiae tenacitate permanserit, severísima poena mulctabitur.⁸²

d) En relación con el consentimiento paterno para contraer matrimonio, Honorio y Teodosio ordenaron que se debe atender a la voluntad del padre, considerado como una facultad de auxilio que surge de la patria potestad, para el casamiento de las hijas que se encuentran bajo patria potestad. Si la hija es *sui iuris*, pero menor de veinticinco años, se debe investigar el asentimiento. Si estuviera privada del padre se requiere el parecer de la madre, de sus parientes y de ella misma: “*in coniunctione filiarum in sacris positarum patris exspectetur arbitrium. Si sui iuris puella sit intra quintum et vicesimum annum constituta, ipsius quoque assensus exploretur; si patris auxilio destituta, matris et propinquorum et ipsius quoque requiratur adultae iudicium*”.⁸³

⁸⁰ C. 4, 43, 2.

⁸¹ CTh. 5, 6, 1.

⁸² *Ibidem*, 5, 6, 1.

⁸³ C. 5, 4, 20.

2. Orientación de la patristica de la etapa clásica y del Bajo Imperio

Los principios éticos y filosóficos cristianos del Bajo imperio (*pietas, caritas, y misericordia*)⁸⁴ sustituyen a los valores filosóficos y éticos, clásicos, del *officio*, la *pietas* y la *humanitas*.⁸⁵ Aquéllos son ahora los valores palpables que ofrece la nueva religión, principios rectores que deben regir a la nueva infancia romana y cristiana. En consecuencia, la razón del giro jurídico reside en la involución que comienzan a sufrir las estructuras jurídicas y religiosas del Imperio. En este tiempo, como acertadamente manifiesta Jesús Daza Martínez (a propósito de un estudio de las *querellae* de inoficiosidad) “subyacen concepciones innovadoras relativas tanto a la patria potestad como al parentesco civil agnaticio, ya que suponen el progresivo reconocimiento jurídico de los vínculos naturales de consanguinidad”,⁸⁶ “el reconocimiento de la equiparación de los hijos en el plano familiar y hereditario, y el tratamiento conjunto de la sucesión testamentaria materna y la del *paterfamilias*”.⁸⁷ La iglesia penetra en las entrañas públicas del imperio y la ideología cristiana va a ir empapando las instituciones civiles del derecho romano donde existe un punto de encuentro. El matrimonio, el divorcio, la familia, la patria potestad y su ejercicio son instituciones que serán abordadas exhaustivamente por los Primeros Padres de la iglesia, quienes combatirán cualquier ropaje de forma y contenido paganos.⁸⁸ La jerarquía vigilará tanto la redacción de nuevos preceptos como la resolución de aquellos casos jurídicos, cuyo resultado si se aplicase el derecho civil romano clásico, sería pecado capital. Esta es la regla de oro que guiará progresivamente las relaciones del derecho civil romano con el cristianismo en el Bajo Imperio, contacto que se pronunciará a medida que la iglesia adquiera más fuerza política de decisión en las cancillerías

⁸⁴ *Ibidem*, 5, 7, 1.

⁸⁵ Séneca, *De Clementia*, 1, 1-1, 15.

⁸⁶ Daza Martínez, J., *Portio debita y comunidad familiar en cuanto claves interpretativas de una síntesis histórico-comparada en materias de liberalidades mortis causa*, IV Congreso Iberoamericano de Derecho Romano, Ourense 17, 17 y 18 de abril de 1998, t. I, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Vigo, p. 93.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 93.

⁸⁸ Rodríguez Díaz, J., “Indisolubilidad y divorcio en la historia del matrimonio cristiano y canónico ¿Indisolubilidad extrínseca relativa al futuro?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XXIX (2006), pp. 174-179.

imperiales y, posteriormente, en las cortes de los reyes feudales, durante la alta Edad Media. El derecho de vida y muerte y el abandono de los hijos recién nacidos no sólo se presentan como derechos atroces, sino como pecados capitales bíblicos, que el derecho civil no puede regular ni proteger. Pecados que no pueden ser cobijados por la familia que quiere el Cristianismo. Del mismo modo, la avaricia, el egoísmo, y la codicia de los bienes, pecados que afloran al abrigo del ejercicio desmedido de la patria potestad romana, mediante la explotación laboral y productiva de los hijos, constituyen otros pecados graves. La Iglesia intervendrá en todos aquellos asuntos civiles que tengan contacto o relación con las Sagradas Escrituras (Antiguo y Nuevo Testamento). Si el ejercicio atroz de la patria potestad es pecado mortal, el matrimonio consensual romano, aunque en un primer momento será respetado por los primeros Padres de la iglesia, progresivamente, se conceptualizará como un vínculo indisoluble,⁸⁹ que se perfecciona mediante la cópula de los contrayentes, y Sacramento sagrado.⁹⁰ De este modo, el derecho romano entra bajo la competencia y la mirada fiscalizadora de la iglesia. En definitiva, como afirma Gaudemet, “¿Iba a librarse el derecho de la influencia de las ideas nuevas, de la moral enseñada por los Padres de la iglesia?”⁹¹

En este marco histórico y jurídico, la iglesia quiere convertir a la familia romana pagana en una familia cristiana. El sirio Taciano aboga, ya en el siglo II d. C, por unir en matrimonio a Dios con el hombre (*Tacian. Gr. 13*).⁹² Atenágoras, filósofo ateniense, cristiano, de la misma época, intercede por la unión en matrimonio del alma de los cristianos con Dios (*Atenag., De Re 2, 20*). Las nuevas corrientes evangelizadoras empapan de una nueva carga ideológica y ética el derecho y las instituciones jurídicas del matrimonio y la familia. La pugna fe y ley romana se hacen perceptibles en los escritos de San Pablo⁹³ y San Agustín.⁹⁴ A partir del siglo IV d. C, los acontecimientos históricos y jurídicos se impregnan de una ambiente teocrático,⁹⁵ y al decir

⁸⁹ Gaudemet, J., *op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 71.

⁹¹ *Ibidem*, p. 64.

⁹² Torre, J. M. de la, *op. cit.*, p. 214.

⁹³ *Ibidem*, p. 138.

⁹⁴ Agustín, *De nuptiis et concupiscentia 1, 10. Ibid. Epist VIII* (PL 59, 42b).

⁹⁵ Torre, J. M. de la, *Literatura cristiana antigua, entornos y contenido*, vol. V, *Desde las postrimerías del imperio romano de occidente hasta los albores de la oscura Edad Media*, Zamora, Ediciones Monte Casino, 2009, p. 402: “todos los acontecimientos de este periodo se desarrollan en una atmósfera impregnada de cristianismo, a la que cabe calificar de “hierocrática”, o también de “teocrática”. Y esto, tanto en oriente donde los emperadores asocian su destino al de la religión oficial, como en occidente donde el derrumbamiento de

de *Gaudemet*, “los concilios, más numerosos en Oriente que en occidente, comenzaron a formular reglas en materia de matrimonio”.⁹⁶ La familia se funda en el matrimonio (vínculo indisoluble para Jerónimo, Ambrosio y Agustín),⁹⁷ que hace nacer una comunidad de vida de dos unidos en uno.⁹⁸ Según *el* “Águila de Hipona”, los cónyuges fundan su unión en la consecución de los bienes del matrimonio: *fides, prole, sacramentum* (fidelidad, hijos, Sacramento).⁹⁹ Sin embargo, los Padres de la Iglesia no discuten la autoridad del *paterfamilias* sobre su esposa y su competencia exclusiva para ejercer la patria potestad. Al decir de Tertuliano (*La Resurrección de los Muertos 63, 1*) “el alma no será acogida desnuda por el esposo, como una ramera; al contrario, tiene a la carne como instrumento suyo, como ornamento, como sierva”. También, en este sentido, Juan de Churruca manifiesta que “le christianisme a maintenu la soumission de la femme à l’homme en tout ce qui cocerne la structure de la famille et l’organisation des communautés”.¹⁰⁰ Cristo es hombre, es un varón hijo de Dios. La mujer es sometida y está al servicio ancilar del hombre y de los hijos (*sub potestate*). A partir de este principio rector, la Patrística sí intentó influir en su naturaleza y ejercicio: San Clemente de Alejandría,¹⁰¹ asimila la familia romana a la iglesia. En el *Libro II, Pedagogo*, aborda temas como el matrimonio, la educación, la alimentación y los vestidos, temas relacionados directamente con el ejercicio de la patria potestad. San Juan Crisóstomo atribuye al padre el poder, la educación e instrucción sobre su esposa e hijos.¹⁰² San Cirilo postula por el deber que incumbe al padre de hacer nacer al hijo en la catequesis y en Cristo,¹⁰³ y San Agustín¹⁰⁴ afirma que el padre ejerce sobre la familia la misma función que los obispos sobre los cristianos. Toda esta

las instituciones imperiales sólo representa un perjuicio temporal para la Iglesia, que rápidamente se adapta a la nueva situación y que bien pronto se beneficia de ella. El *imperium* ya no existe; la Iglesia rompe su *auctoritas*. Los jefes bárbaros no pueden desconocer el hecho cristiano del cuál sólo se les reconoce un simple poder de administración (*potestas*)”.

⁹⁶ Gaudemet, J., *cit.*, p. 64.

⁹⁷ Rodríguez Díaz, J., *op. cit.*, p. 179.

⁹⁸ Mt. 19, 6.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 70 y 71.

¹⁰⁰ De Churruca J., “Egalité et inégalité des conjoints dans le Mariage Chrétien”, en *Cristianismo y mundo romano*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1988, p. 61.

¹⁰¹ Alejandría C. de, *Strommata*, vol. III, 10, en PG 8 col. 1. 169. Crisóstomo J., *In Eph. Hom.* 20, 6, en PG 62, col. 143.

¹⁰² Crisóstomo, J., *In Gen 7*, 1. *Ibidem*, p. 54, col. 608.

¹⁰³ Jerusalén, C. de, *Catequesis XV*, PG 33, col. 895 —14. AAS 1939, 502—.

¹⁰⁴ Agustín, *In Joanni. S. evangelium LI*, en PL 35, col. 1768.

carga evangélica y pastoral no podía ser preterida por el derecho romano, e impregnó al matrimonio, la familia y la patria potestad.

3. *La patria potestad en el derecho visigodo*

La patria potestad y las relaciones paternas-filiales entran en un nuevo marco jurídico en el reinado de Justiniano en Oriente (527-565 d. C.) y en el reino visigodo de Occidente. Si en Oriente, al decir convincente de Rodríguez Ennes, “los vínculos cognaticios van sustituyendo progresivamente a los agnaticios hasta el punto de que en la época justiniana, puede decirse que, tanto de la antigua institución de la *patria potestas* como de la concepción jurídica de la adopción, sólo sobrevive el nombre”,¹⁰⁵ en *Hispania* se producen nuevos acontecimientos históricos y jurídicos que provocaron transformaciones en la institución. En el siglo V d. C., *Hispania* rompe su cordón umbilical con Roma, y desaparece la unidad política y jurídica del Imperio.¹⁰⁶ El encuentro de la población romana con la goda y los judíos es, sin duda, una confluencia de etnias y religiones. Una etapa, que al decir de Juan María de la Torre fue “convulsiva y transitoria”.¹⁰⁷ El mayor desafío de los reyes godos fue la integración de las diferentes tendencias y sensibilidades. Un nuevo y pequeño mundo territorial, diverso, para el que legislar y gobernar. El derecho romano vulgar del Bajo Imperio, *iura et leges* (representado principalmente por el Código Gregoriano, Código Hermogeniano, Código Teodosiano, las Novelas Posteodosianas, las Sentencias de Paulo, el Libro I *Responsorum* de *Papiniano* y el *Epitome Gai*), vive en la administración y organización de *Hispania: Romani, quos Visigothi subegerant, suo iure vivebant*.¹⁰⁸ Los reyes visigodos respetan las estructuras administrativas romanas¹⁰⁹ y se encuentran con una población romana que estaba siendo gobernada con aquel cuerpo normativo jurídico, que era muy disperso. Tal

¹⁰⁵ Rodríguez Ennes, L., “La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo”, *Revista Dereito*, vol. 18, núm. 1, 2009, p. 119.

¹⁰⁶ Gaudemet, J., *op. cit.*, p. 113.

¹⁰⁷ Torre, J. M. de la, *op. cit.*, p. 406. Gaudemet, J., *op. cit.*, p. 114 manifiesta que “La entrada de los germanos en el suelo del Imperio, su establecimiento junto a la población local de tradición jurídica romana, y luego la fusión progresiva de los dos grupos, aportaron en materia matrimonial nuevas concepciones que, lejos de integrarse en el sistema romano, contribuyeron durante seis o siete siglos a bastardearlo”.

¹⁰⁸ Hänel, G., *Compositio Legis Romanae Visigotorum*, capítulo I, Lipsiae, 1848.
LRW, *Auctoritas Alarici Regni*.

¹⁰⁹ Torre, J. M. de la, *op. cit.*, p. 411.

vez, éste fuera el motivo de la codificación de la *Lex Romana Wisigothorum* llevada a cabo por el Rey Alarico, en el año 506 d. C. (*Alaricus Tolosae promulgavit anno imperii sui XXII*)¹¹⁰ en presencia de —“sacerdotes et nobiles viros que in lucem intelligentiae melioris deducta resplendeat”—,¹¹¹ y sancionado, “episcoporum vel electorum provincialium nostrorum roboravit assensus”,¹¹² en la ciudad gala de Adge.

La ley romana de los godos supuso la toma de la iniciativa legislativa y eclesiástica por Alarico II, quien *Euricum patrem imitatus*.¹¹³ De acuerdo con la afirmación de Gustav Friedrich Hanel (*Visigothorum leges et mores in unum librum redegerat*)¹¹⁴ en esta nueva etapa de nuestra historia comienzan las relaciones jurídicas del derecho romano vulgar del Bajo imperio con las costumbres de los nuevos pueblos invasores, acompañados por la pugna y las tensiones del Cristianismo, doctrina que trata de influir en aquellos campos del derecho público y privado que pueden tener relación con el orden divino. En este asunto, el matrimonio y las relaciones jurídicas de familia no van a constituir una excepción. Al decir de *Alfonso García Gallo*, a partir del siglo IV d. C, reconocido el Cristianismo como religión oficial, comienza su expansión en *Hispania* y “fue la propia iglesia, por boca de sus obispos y sacerdotes, la que impuso a los fieles la acomodación de sus actos a los preceptos de la religión”.¹¹⁵ Las relaciones derecho romano vulgar, doctrina cristiana y costumbres no serán siempre coherentes ni pacíficas, en ocasiones, hasta convulsas, fruto de la presión que pudieron estar ejerciendo sobre los reyes visigodos los obispos y los juristas canonistas de la Iglesia, quienes trataron de imponer en los concilios sinodales, y en el consejo jurídico asesor, transformado en Aula Regia, sus tesis doctrinales en los campos sensibles para ellos, en el marco de las redacciones de las nuevas leyes civiles y las normas conciliares vinculantes.

Por otra lado, desde la era de Constantino, los obispos venían actuando decididamente en el campo de la jurisdicción civil.¹¹⁶ Su competencia para

¹¹⁰ Hanel, G., *Compositio Legis Romanae Visigothorum*, capítulo I, Lipsiae, 1848.

¹¹¹ LRW, *Auctoritas Alarici Regni*, capítulo I. Lipsiae, 1848.

¹¹² *Idem*.

¹¹³ Hanel, G., *op. cit.*

¹¹⁴ *Ibidem*, capítulo I.

¹¹⁵ García Gallo, A., *El origen y la evolución del derecho. Manual de historia del derecho español*, 3a. ed., Madrid, 1967, p. 51.

¹¹⁶ C. 1, 4, 1 *Valentinianus et Valens AA. Secundo PP.: Negotiatores, si qui ad domum nostram pertinent, ne modum mercandi videantur excedere, Christiani, quibus verus cultus est adiuvere pauperes et positos in necessitate, provideant episcopi*”. C. 1, 4, 2.

resolver los litigios matrimoniales y familiares, mediante arbitrajes y laudos, coadyuvó a fijar tesis y nuevas doctrinas matrimoniales y de familia.¹¹⁷ Hito histórico en este camino, fue el abandono definitivo del arrianismo por el rey Recaredo en el III Concilio de Toledo (589 d. C.) y su conversión al Cristianismo. El acontecimiento supuso el triunfo definitivo del Cristianismo, católico romano, que pasó a ser la nueva doctrina religiosa dominante y que sirvió de filtro al derecho romano vulgar, en el reino visigodo de *Hispania*. Un buen ejemplo de la coexistencia de las relaciones entre fuentes jurídicas plurales, así como del peso de las costumbres, y de la influencia de la iglesia en el derecho civil romano vulgar, se visualiza en el *Concilio Toletano Quarto LXVI episcoporum edito in presentia Sisenandi regis tertio eiusdem regni anno Era DCLXXI, Liber Iudiciorum* (Fuero Juzgo), t. I, *De Electione Principum et de Communione Eorum Qualiter Iuste Iudicent*:

Cum Studio Amoris Christi ac diligentia religiosissimi Sienadi regis Hispania atque Galliae sacerdotes apud Toletanam urbem in nomine Domini in unum convenissemus, ut eius imperiis atque iussis communis a nobis agitaretur de quibusdam ecclesiae disciplinis tractatus”, “Domino postulavit: deinde religiosa prosecutione synodum exhortatus est, ut paternorum decretorum memores ad conservanda in nobis iura eclesiástica studium praeberemus, et illa corrigere quae dudum per negligentiam malignitatis in usum venerant contra ecclesiasticos mores et licentiam sibi iam de usurpatione principum fecerant.

Al decir de José Rodríguez Díez, “en este contexto civil y jurídico no cristiano, la jerarquía de la Iglesia va elaborando y consiguiendo, no sin tensiones, normativa propia a lo largo del primer milenio con aportes de concilios, colecciones canónicas y decretos pontificios”.¹¹⁸ En consecuencia, el derecho visigodo se venía configurando como un derecho romano cristiano, con elementos consuetudinarios germánicos, de carácter vulgar. En este tiempo, la Iglesia es depositaria del derecho romano del Bajo Imperio y las esencias jurídicas del mundo antiguo. En este sentido, son muy

¹¹⁷ Gaudemet, J., *op. cit.*, p. 114: “La Iglesia se iba a firmando, cada vez más, en un mundo incierto. Ante la debilidad de los poderes políticos, iba cobrando autoridad. El mundo de los clérigos salvó en parte la herencia intelectual de la antigüedad clásica. En su ciudad, el obispo, además de pastor, solía ser protector, y hasta defensor contra los peligros, y juez o árbitro de las desavenencias. Reunidos en concilios, provinciales, regionales, a veces nacionales (algunos en las Galias, muchos más en Hispania), los obispos se esforzaron por fijar una doctrina matrimonial. La jurisdicción y la legislación eclesiástica se fueron reforzando y desarrollando”.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 176.

convincentes las reflexiones de Juan María de la Torre quien afirma que “los visigodos eran los más cultos entre los pueblos bárbaros, debido a sus continuas y estrechas relaciones con Roma. No obstante su escaso número ejercieron cierta influencia sobre las instituciones romanas. La lengua de los godos no pudo imponerse al universal latín y penetró solamente en algunas instituciones jurídicas. La cultura era de índole hispano romana y esencialmente eclesiástica, radicada en determinados centros, escuelas episcopales y algunos monasterios. Esta cultura mantuvo un estrecho contacto con la griega, debido a presencia de Bizancio en la franja levantina. Caso único en la Europa bárbara, muchos de los hombres cultos de la *Hispania* visigoda conocían la lengua y la literatura griegas, y algunos residieron largas temporadas en Bizancio”.¹¹⁹ Más allá parece ir Alfonso García Gallo para quien “si en principio la población visigoda se regía a un tiempo por el derecho secular y por el ordenamiento jurídico canónico, a partir del siglo VI esta dualidad de ordenamientos desapareció en la práctica, al intervenir la Iglesia en la redacción de las leyes reales e incluso sancionar ella misma las más importantes, y al promulgar también los reyes las establecidas por los concilios”.¹²⁰

Estas características históricas y jurídicas van a pervivir y se agudizarán durante toda la alta Edad Media, y harán surgir progresivamente en el primer milenio un derecho medieval, civil, feudal y consuetudinario, cristiano, romanceado, fragmentario y anárquico, que fue plasmado en los fueros locales y, de modo excelso en el Fuero Real y el Código de las Siete Partidas del Rey Sabio. Derecho romano al que le “fueron arrebatados”, definitivamente, algunas instituciones jurídicas. Si la política y el derecho de los visigodos tuvieron como principal reto integrar no sólo diferentes poblaciones y religiones, sino el derecho romano vulgar y el cristianismo, la irrupción del Islam en el año 711 d. C. y su expansión condujeron a los reyes cristianos a la unión del derecho civil con la Iglesia cristiana, nuevas armas frente al enemigo. El matrimonio fue concebido como una institución de orden divino por el derecho canónico y como “el edificio teológico medieval”.¹²¹ Esta evolución histórica y jurídica del matrimonio culminará, de modo absoluto, en tiempos renacentistas, con la promulgación del canon 12, en la sesión 29 del Concilio de Trento (1545-1563 d. C.).

¹¹⁹ Torre, J. M. de la, *op. cit.*, p. 412.

¹²⁰ García Gallo, A., *op. cit.*, p. 55.

¹²¹ *Ibidem*, p. 178.

En este teatro histórico y jurídico del microcosmos y la cosmovisión medievales, la patria potestad visigoda es la patria potestad romana con formas cristianas heredada del Bajo Imperio Romano. Patria potestad, que ejerce el *paterfamilias*, y es el elemento aglutinador de la prole de la nueva familia romano-germánica cristiana y consanguínea, unida mediante nexos de consanguinidad, y adecuada, forzosamente, al *ius naturale*. Por ello, es obvio, que la institución sigue sometida a la presión y a la vigilancia de la jerarquía eclesiástica visigoda. En este sentido son reveladoras las afirmaciones del arzobispo San Isidoro de Sevilla, quien afirma que “*ius naturale est commune omnium nationum, et quod ubique instinctu naturae, non constituione aliqua habetur; ut viri et feminae coniunctio, liberorum successio et educatio*”. El matrimonio, la sucesión hereditaria y la educación de los hijos, que es una de las funciones de la patria potestad, son instituciones jurídicas del derecho natural, que forman parte del instinto natural de todos los hombres, gentes y naciones. La novedad del pasaje es que San Isidoro sitúa al matrimonio y a la patria potestad (educación de la prole) en la tradición del *ius naturale* y del *ius gentium* de la civilización romana. La afirmación es novedosa, pues se desmarca de la idea de un matrimonio civil como sacramento. De sus afirmaciones se deduce que aboga en favor del matrimonio y la familia, cristianos, y los vínculos de consanguinidad. Al decir de San Isidoro, todas estas instituciones jurídicas deben regirse por el *ius naturale*. Éste constituyó, sin duda, uno de los principios rectores, junto al Cristianismo, de la familia y la patria potestad, en el marco de la legislación romano visigoda, que fue culminada por el Código de *Recesvinto* hacia el año 654 d. C.

Por otra parte, la *Lex Romana Visigotorum* de Alarico había abrazado tanto el derecho jurisprudencial vulgarizado, mediante el *Epitome Gai*, y las *Sententia Receptae Pauli*, como las *leges* de la legislación teodosiana y posteodosiana. Compilaciones *de iura et leges*, normas del derecho romano oficial y vulgar que ya revestían ropajes cristianos. *Iura et leges* reguladores de la patria potestad que la iglesia quiere seguir conciliando con las Sagradas Escrituras y los cánones. Así, el *ius vitae et necis* que fue elevado por Constantino, *CTh* 6, 5, 18 a parricidio, sigue considerado como crimen por Alarico en la ley, LRW 6, 5, 18. En la misma dirección, el *ius exponendi* es limitado por aquél en LRW 5, 7, 1. Este derecho es comentado, además, por el jurista anónimo del siglo VI d. C., *Interp.* LRW 5, 71: “*Quicumque expositum recenti partus, sciente patri vel matre vel domino, collegerit ac suo labore educaverit, in illius, a quo collectus est, potestate consistat, seu ingenuum seu servum, quem nutrit, esse voluerit, et si adoptare voluerit in filium vel liberum aut in servitium permanere, pro-*

pia utatur potestate”. Si el niño, recién nacido, abandonado es recogido por otro padre o madre, se transfiere en su favor, automáticamente, *ex lege*, el poder de custodia y la *potestas*. Precisa el jurista, de acuerdo con la normativa teodosiana, que la persona que lo críe, nutre y eduque, si quiere puede adoptarlo, *si adoptare voluerit*, y adquirir la patria potestad sobre aquél, *propia utatur potestate*.

Por otra parte, la *restitutio natalium* frente a la venta *in noxia* simulada por las partes, o venta de hijos libres con el fin de explotarlos laboralmente, (contrato que fue castigado por *Constantino*) es recibida posteriormente por LRW 5,6. Esta norma legal es comentada por el jurista anónimo del Breviario, Interp. 5, 6, 1: “ingenui, qui tyranni temporibus addicti sunt servituti reddantur. Quod si quis sciens hoc ordine addictum ingenuum in servitute tenerit, noverit in se legibus vindicandum”. Constantino ordenó la *restitutio natalium* en favor del hijo, lo que significaba la restitución de la ciudadanía y la libertad, e impuso penas severísimas a los que, con avaricia, persistían en mantener este negocio simulado de explotación de sus propios hijos. En consecuencia, el hijo libre puede vindicar judicialmente su status *civitatis* y su libertad. Por su parte, el comentador anónimo del siglo VI d. C. cree que el fin de la normativa imperial es poner fin a la *noxia* tiránica en servidumbre, y por ello el hijo puede vindicar su libertad.

Por su parte, Flavius Cindanvintus Rex condenó el parricidio LV. 6, 5, 17 “*De parricidios et eorum rebus*”, en línea con la *Lex Antiqua* de LV. 6, 5, 18, “*De his qui proximis sanguinis sui occiderint*”, práctica que será seguida, a mediados del siglo VII d. C. por su hijo *Rescenvinto Rex* (quienes siguen así la tradición jurídica de *Constantino*, recibida después por la *Lex Romana Whisighotorum*). En concreto la *Lex Antiqua* dispone que: “si patrem filius, aut pater filium, seu maritus uxorem, aut uxor maritum, aut mater filiam, aut filiam matrem, aut frater fratrem, aut soror sororem aut gener socerum, aut socer generum ... vel quemcumque consanguinitate sibi proximum, aut suo generi copulatum occiderit, morte damnetur”.

La *Lex Antiqua* ordenaba la condena a muerte de los autores de parricidio, que fuesen miembros consanguíneos de la familia. En la línea de parentesco, se comprenden los dos troncos, paterno y materno, ascendientes y descendientes. La norma tiene en cuenta también las relaciones próximas de afinidad. La *Lex Antiqua* describe a la familia romana visigoda altomedieval: padre, madre, hijos, hijas, que descienden de un matrimonio cristiano, *maritus uxorem, aut uxor maritum*, y sus afines. *Chindasvinto*, LV. 6,

5, 16 advierte, además, que si el parricida se refugia en una iglesia o altar sagrado (la costumbre tiene sus antecedentes en una práctica de los esclavos romanos, quienes se protegían en los templos romanos, al amparo de los sacerdotes, de los malos tratos y los abusos que les infligían sus dueños)¹²² sea entregado por los sacerdotes cristianos a la potestad de su padre, o de los parientes más cercanos, *in potestate parentum vel propinquorum occisi tradendus est*, para que tengan poder sobre él, y para hacer de él y de sus bienes, salvada la cuota *pro anima*, lo que quieran. La ley adolece, además, de garantías jurídicas para el acusado de parricidio, quien sin juicio previo, puede, mediante el ejercicio del tali3n, o de la venganza privada, ser reo de pena capital. En definitiva, estas normas protegían a la familia natural consanguínea y sus afines más próximos de los homicidios que son cometidos en su seno interno. Normas que se extendían tanto a los godos como a los romanos, cristianizados.

Por su parte, Flavio Rescenvinto FJ 6, 5, 18 siguió la línea normativa teleológica de su padre Chindasvinto, pues condenó el *ius vitae et necis* y sancionó con la pena capital el parricidio. El monarca sigue la tendencia normativa de la *Lex Antiqua* LV 6, 5, 18, y la disposición legal de su padre Chindasvint, en LV. 6, 5, 17.

Rescenvinto estableció también:

si pater filium, aut mater filiam, aut filius patrem, aut quemlibet sibi propinquum gravibus coactis iniuriis, aut dum repugnat, occiderit, et hoc idenois testibus, quibus merito fides possit adhiberi, apud iudicem poturit adprobare, quod parricidium dum propiam vitam tuetur admiserit securus abscedat, nec ullam vitae periculum, aut dispendia facultatum, vel tormenta formidet: illa vero discretionem servata, quae in cunctis casibus est de homicidiis constituta LV. 6, 5, 19.

En versión del Fuero Juzgo, FJ. 6, 5, 19: “si por ventura el que mata fuere a la iglesia. Y el rey o el señor lo quisieren librar de muerte por piedad, embienlo por siempre fuera de la tierra”. Y si “matan a sus parientes por ocasión, esto es,

si el padre mata el hijo, o el hijo mata el padre, o la madre la hija, o la hija la madre, o el hermano el hermano, o alguno de sus parientes mata por tuerto quel hazie el otro, o porque se quería amparar del que lo mató, si lo pudiere esto provar ante el juez por buenos testigos, que devan ser creydos, que defen-

¹²² Gayo, *Instuciones*, 1, 53

diendo so cuerpo mató al pariente, sea quito de todo el omezillo, e non reciba poende pena ni tormento, nin dano de sus cosas, guardandose, cuemo se ndeve guardar, de non fazer el omezillo” LV. 6, 5, 19 = FJ. 6, 5, 19.

El monarca intenta corregir el ejercicio arbitrario de las propias razones, de carácter primitivo, que había sido impuesto por le ley de su padre LV 6, 5, 16 en favor de los familiares de la víctima. *Recesvinto* introdujo medidas de carácter procesal tendentes a garantizar un juicio justo al acusado. Buenos ejemplos son la necesidad de acusación judicial, la intervención de un juez y la necesidad de celebración y práctica de la prueba. El rey exigió la existencia de dolo en el autor del parricidio, frente al parricidio involuntario, imprudente, por ocasión, y que fuese probado ante el juez por buenos testigos.

Las leyes de *Recesvinto* limitaron los poderes inherentes a la patria potestad, pero siguen la tradición romana y cristiana, pues protegen al matrimonio, los padres, los hijos y los parientes más próximos, consanguíneos. Este punto de encuentro de la patria potestad romana con el cristianismo se exterioriza por la fuerte vigilancia de la familia que realizan los padres de la Iglesia y los obispos, quienes pretenden la unión del matrimonio y de la familia en el Cristianismo y en los lazos de consanguinidad. Esta orientación es seguida por nuestro San Isidoro de Sevilla, quien comenta y advierte que la acción de parricidio compete no sólo frente a quien mate al padre, sino también a la madre y al hermano: “parricidii actio non solum in eum dabatur qui parentem, id est vel patrem vel matrem intermisset, sed et in eum qui fratrem occiderat; et dictum parricidium quasi parentis caedem”.¹²³

Esta dirección jurídica, romano-cristiana-visigoda, es perceptible en otras prohibiciones reales del infanticidio, el *ius exponendi* y el *ius vendendi*:

El infanticidio es regulado por la ley LV. 6, 3, 7 (= FJ 6, 3, 7): Ninguna cosa non es peor de los padres que non an piadat, é matan a sus hijos. E por que el pecado destes atales es spensulo tanto por nuestro regno, que muchos varones e muchas muires son culpados de tal fecho, por ende defendemos que no lo fagan, y restablezemos que si alguna muiere libre o sierva matar a su fio, pues que es nado, o ante que sea nado prender yerbas por abortar, o en alguna manera lo afogare el iueze de la tierra luego que lo sopiere condempnela por muerte. E si la non quisier matar, cièguela: e si el marido ielo mandar fazer, e la sofrier, otra tal pena deve aver.

¹²³ Sevilla, I. de, *Etymologiae* 5, 16.

El *ius exponendi* es regulado por la Lex V, en el libro IV, título IV “De los niños echados” (FJ. 4, 1). Así la ley 4, 4, 1 prescribe que “el omne libre ó la mujer que echa el mismo debe ser siervo o sierva”. La ley castiga el abandono de los niños realizado por su padre y por su madre:

“si algun omne toma el ninno o la ninna echada, e lo criar, e los padres le conocieren después: si los padres son omnes libres, den un siervo por el fijo o el precio. E si non lo quisieren fazer, el iuez de la tierra los debe fazer redimir el fijo que echaron; e los padres deven ser echados por siempre de la tierra. E si non ovieren de que lo puedan redimir, aquél que lo echó sea siervo por él. Y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo debe acusar é penar.

La expresión “redimir el fijo” significa la liberación del niño por imperativo legal mediante el pago compensatorio de un precio o esclavo en cuantía equivalente al hombre que crió al hijo abandonado. Si el padre no lo libera, éste entra como siervo bajo el poder de quien alimentó y vistió a su hijo. En todo caso, el juez del lugar puede desterrar a los padres —e los padres deben ser echados de la tierra, por el pecado cometido— y este pecado o quier que sea fecho en toda la tierra, el iuez lo debe acusar é penar.

El *ius vendendi* se tutela y prohíbe por la ley LV 5, 4, 12 (= FJ 5, 4, 12): Si el omne viendere ó diere otro omne libre, el iuez le debe prender man a mano, e fagal pechar C. sueldos doro, e aquel que fue vendido sea tornado en su estado. È si non oviere onde pague los C. sueldos, reciba C. azotes, é seal dado por siervo a aquel que fue vendido. E si de siervo vendiere omne libre o mujer libre, reciba CC azotes, e sea señalado en la fuente, è sea siervo daquel que fue vendido. Hy esto mandamos de las mujeres libres.

En otra dirección, el rey *Recesvinto* (LV 3, 1, 3. FJ 3, 1, 2) ordena que la mujer, bajo patria potestad, que, habiendo rescindido sus esponsales, hubiese contraído matrimonio contra la voluntad de su padre, sea entregada al poder del prometido: “*si puella contra voluntatem patris alio nubat, quum sit alteri disponsata*”.

si quis puellam cum voluntate patris, aut aliorum propinquorum parentum, quibus ex lege huiusmodi potestas tribuitur, sponsatam habuerit, et ipsa puella contemnes voluntatem patris ad alium tendens patris contradicat, ut illi non detur cui a patre fuerit pacta, hoc ita eam nullo modo facere permittimus. Quod si ipsa puella contra voluntatem paternam ad alium quem ipsa cupierat

forte pervenerit, et ipse eam uxorem habere voluerit, ambo in potestate eius tradantur, qui eam cum voluntate eius patris sponsatam habuerit.

Las penas son graves: la nulidad del matrimonio, la reducción a esclavitud de la mujer y su marido, y su entrega, por el *paterfamilias*, al primer desposado.

Por otra parte, el monarca en la ley (LV 3, 1, 5 Ne viris minoris aetatis maiotres feminae disponsetur = FJ. 3, 1, 4, Que las mugieres de gran edad non casen con los omnes de pequenna edad) intenta poner freno al ejercicio de la patria potestad de aquellos padres que, movidos por la avaricia —*praespostere tempus honeste lucrum dilabi cogunt ad impudicitiae lapsum*— casan a sus hijos con mujeres de gran edad. El monarca prohíbe este tipo de matrimonios, porque “los omnes an nombre barones, porque deben aver poder sobre las mugieres. Hy ellos quieren anteponer las mugieres a los barones, que es contra natura, cuando casan las mugeres de gran edad con los ninnos pequennos”. La patria potestad debe ser ejercida conforme a *natura*. Esta *natura* significa seguir el orden natural, las leyes del derecho de la naturaleza que gobierna al hombre, a la vida humana, “Doncas que la crianza de la generacion, que es mal ordenada sea tornada a su derecho”, y de este modo, evitar el pecado del egoísmo a las mujeres codiciosas “la edad grand de las mujeres é cobdiciosa non quieren esperar a los barones que son tardineros”. El medio: limitar el ejercicio de la autoridad paterna —establecemos por esta ley, que siempre las mugieres de menor edad se casen con los barones de mayor edad—. El fin: ordenar, *repugnata naturae*, conforme al derecho natural, *ius naturae tunc directum in spem procreationis futurae transmittitur*, el matrimonio cristiano, *quum nuptiarum foedus totius solemnitatis concordia ordinatur*, que en esta época se celebra por etapas, “e desde el dia de las esposais fasta dia de las bodas non debe esperar el uno al otro mas de dos annos”, y perpetuar el orden natural de las generaciones, ordinario propagatio generis in ordinem.

III. CONCLUSIÓN

En este contexto, y según la información que nos transmiten las fuentes jurídicas, no podemos convenir con Emma Montanos Ferrín, quien cree que los conceptos romanos de familia y de patria potestad romana desaparecen en el

derecho del alto Medievo.¹²⁴ La hipótesis de la autora supondría aceptar que desaparece el derecho romano del Bajo Imperio, minusvalorar la doctrina jurídica canónica y civil, escolásticas, de la Iglesia y su influencia directa, perceptible, mediante los concilios y sínodos en aquel derecho de los visigodos, y, más concretamente, en las instituciones del matrimonio, y la familia. En los claustros jurídicos altomedievales vivió la patria potestad romana, consanguínea, cristiana y visigoda. Así lo testimonia Recesvinto Rex (LV 4, 2, 13): “Matre mortua filii in patris potestate consistant. Quod si marito suppreste uxor forsitan moriatur filii qui sunt ex eodem coniugio procreati in patris potestate persistant”.

El carácter patrimonial comunal de la familia altomedieval, (con antecedentes evidentes del *consortium ercto non cito romano*, certeramente apuntados por Luis Rodríguez Ennes)¹²⁵ ha sido puesto de relieve, de modo acertado, por Luis García de Valdeavellano, quien sigue a Hinojosa.¹²⁶ Junto a esta tesis, debemos manifestar que si la procreación en matrimonio legítimo *iustae nuptias* había constituido el medio preferente de ingreso en la patria potestas de la familia agnaticia romana,¹²⁷ no es menos cierto que la institución de la patria potestad, ya desde el Bajo Imperio, se vino transformado en una patria potestad romana y cristiana, (proceso evolutivo lógico que llega al reino visigodo de *Hispania*) que se desarrolló por el *paterfamilias* en una familia apostada sobre el matrimonio cristiano y los vínculos cognaticios. Pilares jurídicos que son recogidos de forma fidedigna por la legislación de los reyes visigodos: “matrimonio cristiano, viviendo de so en uno (FJ. 4, 2, 17) mas si uno dellos, o el marido, o la mujer antes que fuesen en uno,¹²⁸ que genera la filiación legítima, *filii qui sunt ex eodem coniugio procreati*”,¹²⁹ de godos y romanos, matrimonios mixtos, LV 3,1, 2. FJ 3, 1, 1, y los vínculos cognaticios¹³⁰ (FJ 4. “Del linage natu-

¹²⁴ Montanos Ferrín, E., *La familia en la alta edad media española*, Ediciones Universidad de Navarra, 1980, p. 19.

¹²⁵ Rodríguez Ennes, L., *Aproximación a la historia jurídica de Galicia*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 59 y ss.

¹²⁶ García de Valdeavellano, L., *Estudios medievales de derecho privado*, Universidad de Sevilla, 1977 pp. 308-318.

¹²⁷ Rodríguez Ennes, L., “La adopción romana: continuidad y discontinuidad de un modelo”, *Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. 18.1, 2009, p. 119.

¹²⁸ FJ. 4, 2, 20.

¹²⁹ LV. 4, 2, 13.

¹³⁰ Rodríguez Ennes, L., *Bases jurídico-culturales de la institución adoptiva*, Santiago de Compostela, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, núm. 40, 1978, p. 119.

ral”, FJ. 4, 1 “Titol de los grados de parentesco”, FJ. 4, 1-7, que comprende del primer al séptimo grado), ambos en perpetua armonía con el *ius naturale*. Evolución de la *patria potestas*, como vemos, muy perceptible en la *Lex Romana Visigotorum* de Alarico y en el resto de la legislación de los reyes visigodos. Es indudable que las normas del *Liber Iudiciorum*, 654 d. C., refrendan la vigencia de esta nueva familia y patria potestad, romano-visigoda, vulgar y cristiana, con tintes y antecedentes jurídicos hereditarios bajo imperiales, en *Hispania*. En este sentido, nos parece más convincente el parecer de Alfonso García Gallo quien pone luz al papel decisivo que jugó la Iglesia cristiana en la evolución de las instituciones romanas del derecho de familia en los periodos del Bajo Imperio y Visigodo en *Hispania*:

fue la Iglesia, por boca de sus obispos y sacerdotes, la que impuso a los fieles la acomodación de sus actos a los preceptos de la religión: la obediencia a las autoridades, el trato humano de los esclavos, la indisolubilidad de los matrimonios, la prohibición de abandonar a los hijos, el cumplimiento de los contratos, etcétera. Por lo demás, la iglesia no pretendió alterar en su conjunto el régimen económico, social o político del mundo romano, ni sustituir por otro el derecho vigente; sino tan sólo modificar aquello que contradecía su propia doctrina o dificultaba la observancia de ésta.¹³¹

¹³¹ García Gallo, A., *op. cit.*, p. 51.