

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO HISTORICO ESPAÑOL

La patria potestad es una institución que está actualmente en franca crisis de renovación. Se habla entre nosotros de modificaciones tendentes, fundamentalmente, a dar una participación a la madre en el ejercicio de la patria potestad, semejante a la que existe en algunos Derechos extranjeros, y se hace, posiblemente, por la influencia del Derecho comparado, cada día más en auge. Pero no se para demasiada atención a comprobar si nuestras circunstancias sociales y económicas son iguales o semejantes a las que han determinado aquella situación de la mujer en los Derechos de los países invocados, en los cuales la mujer tiene una personalidad patrimonial que no ha adquirido todavía en nuestra patria. Se invoca, además, una razón histórica, pretendiendo justificar o, por lo menos, ver un claro precedente de tal modificación en la que se ha denominado potestad conjunta de padre y madre de nuestro Derecho medieval. La invocación es semejante a la que se hizo a propósito del artículo 64 de la Ley de matrimonio civil de 1870, por el que se introdujo en nuestro Derecho una potestad de la madre en defecto del padre. Nunca en nuestra historia jurídica había existido, pero se invocó como antecedente la potestad que habría ejercido juntamente con el padre. También en este caso se puede correr el riesgo de inexactitud por un conocimiento deficiente de aquella situación medieval que, como se recordará, todos estamos dispuestos a admitir que no se dió en el Derecho aragonés. Tampoco en la situación actual se mira más allá de la aparente coincidencia, y no se examina si realmente existe un paralelismo entre las circunstancias medievales y las de la actualidad.

Por estas razones, estaría en buena parte justificado un estudio de conjunto de la patria potestad, a pesar de que pocas instituciones de nuestro Derecho hayan sido objeto de tanta atención por los historiadores. Pero además, es posible aportar a la considera-

ción de los estudiosos algunos puntos de vista nuevos, precisamente en materia de potestad materna.

La institución ha sido delicadamente estudiada por los romanistas¹, y conocemos la *patria potestas* romana con toda la claridad que permite el horizonte de tinieblas que rodea todavía a la familia romana arcaica. Para la época visigoda contamos con el trabajo magistral de P. Merêa, conocedor como ninguno del Derecho visigótico². El mismo Merêa³ se ocupó de estudiar la patria potestad en el Derecho de los territorios occidentales de la Reconquista de la época posterior a la invasión musulmana y anterior a la Recepción en las Partidas. Contribuyó así a reconducir al patrimonio tradicional aquella potestad conjunta a la que se atribuían orígenes distintos por otros autores que se habían ocupado anteriormente del problema, como Martínez Marina⁴, Ureña⁵ y Ficker⁶, principalmente.

1. No nos interesa tanto la *patria potestas* del Derecho romano clásico —que posiblemente no fué utilizada en España en su forma genuina—, cuanto la evolución y las causas de ésta, presupuestos necesarios para explicar las posteriores vicisitudes en el Derecho visigodo, en el Derecho de la Alta Edad Media y, finalmente, en la Recepción que se opera en época avanzada de esta última. Sin este

1. P. BONFANTE, *Corso di Diritto romano. Diritto di famiglia*. (Roma, 1925) p. 69 ss.; WENGER, *Hausgewalt und Staatsgewalt im röm. Altertum*, en *Miscellanea Fr. Ehrle* (Roma, 1924) p. 1 ss.; M. KASER, *Der Inhalt der patria potestas*, en *ZSS.* 58 (1938) 62 ss.; *Zum altröm. Hausgewalt*, en *ZSS.* 67 (1950) 475 ss.; DE VISSCHER, *Il concetto di potestà nell'organizzazione dell'antico diritto romano*, en *Conference romanistiche*, 3 ss.; CASTELLO, *Studi sul diritto familiare e gentilizio romano* (Milán, 1942) p. 69 ss.; WES-TRUP, *Family Property and Patria Potestas* (Londres, 1936).

2. P. MERÊA, *O poder paternal na legislação visigótica*, en *Estudos de direito visigótico* (Coimbra, 1948) p. 1-22.

3. P. MERÊA, *Notas sobre o poder paternal no direito hispânico ocidental*, en *Estudos de direito hispânico medieval I* (Coimbra, 1952) p. 83-112.

4. F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico*³ (Madrid, 1845) página 193 ss

5. R. UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre* (Madrid, 1912).

6. J. FICKER, *Sobre el íntimo parentesco entre el D. godc-hispánico y el noruego-islandico* (Barcelona, 1928); *Untersuchungen V.*

examen breve correríamos el riesgo de dejar incomprendidas muchas formas posteriores y, sobre todo, las causas de éstas, así como también la patria potestad del Derecho justiniano, que tanto ha de influir desde un determinado momento, e incluso en el Derecho moderno.

La *patria potestas*, concebida como una pluralidad de sometidos perpetuamente a un jefe, con los más amplios poderes sobre ellos, es algo característico y peculiar para los romanos. Gayo (I, 55) afirma que la *patria potestas* es una institución propia de los *cives romani*, sin comparación en pueblo alguno. Como se ha dicho, la afirmación no es inexacta ni exagerada⁷, pues hay que tener en cuenta que Gayo piensa que la *patria potestas*, tal como es concebida por los romanos, es una institución única.

La típica familia romana, todavía en la época clásica, se presenta como un grupo compacto de personas unido entre sí por la sumisión al *pater*. Refleja la estructura y la organización de los grupos primitivos. La familia romana es más bien un organismo político que privado; y autoridad política es la *patria potestas*, que todavía en tiempo de Gayo conserva el carácter tradicional⁸. Por esto, una cierta analogía entre familia y *civitas*, como la propuesta por Coli⁹, puede ser instructiva, siempre y cuando no se incurra en exageraciones. Bonfante vió en la familia romana primitiva, sobre todo, un organismo "político". Cree que la familia es en origen una comunidad política, esto es, un grupo que, por estructura y funciones, es semejante o igual al Estado¹⁰. A pesar de que el paralelo entre familia y Estado se remonta a la tradición clásica y que el mismo Bonfante reconoce precursores de su idea, lo cierto es que él es el único que pone la analogía entre familia y Estado sobre el fundamento de su identidad estructural¹¹. Y la concep-

7. BIONDI, *Istituzioni di Diritto romano* (Milán, 1952) p. 542.

8. M. ROBERTI, "*Patria potestas*" e "*paterna pietas*", en *Studi Albertoni*, I (1934) 259.

9. COLI, *Sul parallelismo del diritto pubblico e del diritto privato nel periodo arcaico di Roma*, en *SDHI*, 4 (1938) 68 ss.

10. BONFANTE, *Diritto di famiglia* cit. p. 69 ss.; *Scritti* I, 4.

11. P. VOCI, *Esame delle tesi del Bonfante su la famiglia romana arcaica* en *Studi Arangio-Ruiz* I (1952) 104 ss. Puede verse allí una exposición de las relaciones entre el pensamiento de Bonfante y el de los predecesores a quienes está más o menos próximo.

ción de Bonfante ha ejercido un influjo dominante en las investigaciones ¹².

La *patria potestas*, en su estructura originaria, supone poder y no deber hacia los sometidos, a no ser en la esfera moral. El Derecho se detiene ante la *patria potestas* y no atraviesa el umbral de la familia ¹³. Pero existe toda una evolución histórica por la cual, a través de graves restricciones en los poderes e imposición de obligaciones, la *patria potestas* se comienza a concebir como *officium*, es decir, como un deber de protección y de asistencia ¹⁴. A pesar de que el principio general de que la *patria potestas* es un poder absoluto, la evolución histórica llega a transformarlo en un poder de corrección de los hijos.

La evolución de la *patria potestas* es paralela a la de la familia romana. La *patria potestas* es el eje sobre el que gira el derecho familiar romano. Todas las instituciones familiares se conciben en función de ella. Lo que cuenta no es la relación de matrimonio o de filiación, sino la sujeción al *pater*. La síntesis de la noción de familia y de *paterfamilias* se encierra, todavía en tiempo de Ulpiano (D. 50, 16, 195, 2), en dos simples proposiciones: sujeción y poder. Ninguna otra cosa hay jurídicamente apreciable. Lo más caracte-

12. En Italia fué acogida casi unánimemente, pero hoy recibe ataques desde todos los ámbitos del romanismo crítico. A refutar su tesis fundamental se ha dirigido especialmente ARANGIO-RUIZ (*Le genti e la città*, en *Annuario Messina* [1913-14] p. 11 ss.), según el cual las características principales del ordenamiento familiar romano se derivarían, no de la estructura política, sino de la económica. También LUZZATTO (*Le organizzazione preciviche e lo Stato* [Módena, 1948]) ha realizado un ataque contra toda la concepción de Bonfante, impugnando la tesis fundamental. Próximo a la idea de Arangio-Ruiz, KASER (*La famiglia romana arcaica*, en *Conferenze romanistiche* [Trieste, 1950]) atribuye a la forma de vida rural las principales características de la familia romana. Ultimamente, VOCI (*Esame delle tesi del Bonfante cit.: Qualche osservazione sulla famiglia romana arcaica*, en *SDIII*. 19 (1953) 307-315) ha hecho también una crítica de conjunto de la tesis bonfantiana y ha puesto de relieve muchos de sus puntos débiles e incluso la debilidad del planteamiento general.

13. VOLTERRA, *Sui mores della famiglia romana*, en *Rend. Acc. Lincei* (1949) 521 ss.; *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, en *RISG.* (1948) 103 ss.

14. KASER, *Der Inhalt der patria potestas*, en *ZSS.* 58 (1938) 62 ss.

rístico es que se trata de una situación permanente e indeleble, a no ser por voluntad del *pater*, y con carácter punitivo¹⁵.

Son varias las causas que fueron modificando la institución. Causas morales y sociales; la corrupción y el amplio desarrollo de las actividades militares y comerciales que rompieron la íntima unión de la antigua familia romana al determinar la necesidad de reconocer al *filius* una capacidad patrimonial. Contribuyeron también causas de índole política, puesto que al aumentar la autoridad del Estado, la familia pierde el carácter de institución de Derecho público y se repliega a los límites del Derecho privado. Debe tenerse en cuenta también la influencia de las costumbres de Grecia y Egipto. Pero, sobre todo, ha debido de influir el cristianismo, con su nueva concepción de la familia¹⁶.

La familia cristiana, centrada no sobre el poder jurídico del *paterfamilias*, sino sobre el matrimonio concebido como sacramento, tiene una finalidad exclusivamente ética. En su ámbito nunca fué anulada la autonomía y la personalidad de sus componentes, y únicamente por estos fines éticos es reconocido un poder del *pater* sobre los *fili*. Las relaciones entre *pater* y *fili* ya no son reguladas por el concepto jurídico y unilateral que supone por una parte poder y por otra sujeción, sino únicamente por la *pietas*, que es la ley universal y humana. Se determina así una profunda transformación en la estructura y en la función de la tradicional familia romana. La patristica, desarrollando las enseñanzas de San Pablo, presenta una nueva concepción de la familia y de la *patria potestas*¹⁷. Esta nueva concepción penetra en la legislación a partir de Constantino. Entre el Derecho clásico y las leyes de Constantino existe una diferencia que se hace cada vez más profunda en las leyes posteriores, diferencia poco explicable si no es en relación con la transformación que se opera por el tránsito del paganismo al cristianismo¹⁸.

Después de las profundas transformaciones operadas en el cam-

15. B. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano* III (Milán, 1954) p. 2.

16. ROBERTI, "*Patria potestas*" e "*paterna pietas*" cit. p. 259.

17. ROBERTI, "*Patria potestas*" e "*paterna pietas*" cit. p. 264 ss.

18. BIONDI, *Il Diritto romano cristiano* cit. p. 5 ss.

po del *ius vitae ac necis*¹⁹, del *ius vendendi*²⁰, del *ius exponendi*²¹ y de la *noxae deditio*, la *patria potestas* asume otro carácter y otra función. Sólo considerando esta transformación radical se puede decir que la institución moderna tenga impronta romana, como hace Windscheid. No es ya un poder absoluto y total atribuído en interés del *pater* o del grupo, sino deber de corrección, asistencia y protección, que corresponde a una nueva concepción de las relaciones entre padres e hijos. No se trata ya de la subordinación jurídica total a la voluntad del *pater*, sino del deber de honrar al progenitor y de obedecerle. Lo que antes eran deberes solamente éticos se tornan deberes jurídicos. La *patria potestas* se convierte en un *officium*, esto es, en un deber en interés del sometido, y sólo para tal fin le son atribuídos poderes al *pater*. Y precisamente porque se trata de relaciones éticas que derivan de la generación, las disposiciones se refieren no sólo al *pater*, sino a ambos cónyuges. Así, la función de la madre es elevada del ámbito moral al orden jurídico²².

En el campo de las relaciones patrimoniales, el único sujeto jurídico en el seno de la familia es el *pater*. Sin embargo, aunque el patrimonio familiar pertenece formalmente al *pater*, pues sólo él puede disponer libremente, en sustancia corresponde a todos los hijos, los cuales, según Gayo (2, 157), *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*. El hijo es órgano de adquisición para el padre. Todo lo que adquiere pasa automáticamente a engrosar el patrimonio paterno; mas, por el contrario, el *pater* no responde de las obligaciones del *filius*, si bien esta situación fué modificada por el Derecho pretorio²³.

El tránsito de la *patria potestas* de un poder absoluto del *pater*

19. ALBANESE, *Note sulla evoluzione storica del ius vitae ac necis*, en *Scritti Beat. Ferrini* 3 (1948) 343 ss.

20. BONFANTE, *Il ius vendendi del paterfamilias*, en *Scritti* 1 p. 64 ss.; COSTA, *La vendita e l'esposizione della prole nella legislazione di Costantino*, en *Memorie R. Acc. S. e L. dell'Istituto di Bologna* (1909-10) 17 ss.

21. LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare*, en *SDHI*. 6 (1940) 5 ss.; VOLTERRA, *L'efficacia delle costituzioni imperiali emanate per le province e l'Istituto dell'expositio*, en *Studi Besta* 1 (1939) 447 ss.

22. BIONDI, *Istituzioni* cit. p. 543 ss.; *Il Diritto romano cristiano* cit. p. 7 ss.

23. BIONDI, *Istituzioni* cit. p. 546.

hasta convertirse en un *officium* en interés del *filius*, la progresiva pérdida de la razón de ser del patriarcado por el progresivo aumento de la autoridad del Estado, así como el aumento del comercio y la influencia helenística, colaboran a que la tradicional incapacidad del *filius* pierda su justificación. El antiguo principio que excluía toda capacidad patrimonial al *filiusfamilias* se mantiene siempre formalmente en vigor, pero, por el continuo e incesante reconocimiento de los *peculia*, fué objeto de tantas excepciones que en el Derecho justinianeo tiene una aplicación muy limitada²⁴.

Causas de carácter económico parecen justificar aquel pequeño patrimonio concedido por el *pater* al *filius* para sus necesidades o para el ejercicio de una profesión o comercio, que vino a constituir la primera figura de peculio reconocida con el nombre de *peculium profecticium*²⁵. Necesidades político-militares pudieron haber decidido la afirmación del *peculium castrense*, cuando Augusto y sus sucesores permitieron al militar disponer por testamento de los bienes adquiridos *in castris* o con ocasión del servicio militar²⁶. Lo mismo podemos decir del *peculium quasi castrense*, cuyo reconocimiento se remonta a época postclásica, cuando Constantino (C. Th. 6, 36, 1) extendió el régimen del peculio castrense a todo aquello que el *filius* hubiese adquirido en los cargos de Corte²⁷.

Pero quizá la más grave limitación del derecho del *pater* fué determinada por Constantino (C. Th. 8, 18, 1) al establecer que la herencia de la madre fuese adquirida siempre formalmente por el padre, pero sin el derecho de disposición. La medida se extendió por leyes sucesivas a los legados y a las donaciones nupciales, y, finalmente, Justiniano (C. 6, 61, 8 pr.) terminó por atribuir al hijo todo lo que adquiriera *et non ex paterna substantia*. La transformación es paralela y semejante a la que se opera en la situación patrimonial de la mujer, cuando la *lex Iulia de adulteriis* prohibió la enajenación y la prenda del fondo dotal sin el consentimiento de la mujer (Pal. Sent. 2, 21-6, 2); el marido sigue siendo formalmente

24. BIONDI, *Istituzioni* cit. p. 546.

25. MICOLIER, *Pecule et capacité patrimoniale* (Lyón, 1922).

26. ALBERTARIO, *Appunti sul peculio castrense*, en *Studi* 1 (1933) 157 ss.; GUARINO, *L'Oggetto del castrense peculium*, en *BIDR.* 48 (1941) 41 ss.

27. ARCHI, *In tema di peculio quasi castrense*, en *Studi Besta* 1 (1939) 117 ss.

propietario, pero no tiene la facultad fundamental del propietario, que es la de disponer de la cosa.

Después de estas radicales transformaciones, la tradicional incapacidad patrimonial del *filius* puede decirse que queda sustancialmente superada. El *pater* es formalmente propietario de todo lo que pueda adquirir el hijo; pero sacada al *pater* la facultad de disponer, su derecho se reduce a un poder de administración y usufructo legal, que diverge de cualquier otro usufructo en que el padre no está obligado a presentar la *cautio* ²⁸.

2. Se puede afirmar, con Merêa, que la legislación visigoda en materia de *patria potestas* continúa la tradición legislativa del Bajo Imperio, acentuando ciertos rasgos del Derecho romano postclásico ²⁹. Las innovaciones, más o menos coincidentes con instituciones germánicas, se pueden explicar perfectamente en relación con el Derecho romano vulgar o ya se encuentran en germen en el Derecho postclásico. No parece lógico recurrir a hipotéticas influencias de un Derecho visigodo de tipo germánico, puesto que la legislación visigoda se inserta normalmente en la evolución del Derecho romano; cosa muy natural si se recuerda que los visigodos han recibido el Derecho privado romano y no han conservado uno propio de tipo germánico ³⁰.

A pesar de que la terminología de algunas disposiciones de la *Lex Visigothorum* recuerda la de la época clásica y pese a que la *patria potestas* parece observarse a través del binomio sujeción y poder, correlativos de la posición de padre e hijo, esto no supone que la terminología visigoda tiene el mismo alcance de la clásica y, por consiguiente, que el Derecho visigodo mantenga el concepto de *patria potestas* del Derecho romano clásico. El Derecho visigodo recoge la idea de *patria potestas* tal y como se concebía después de aquella profunda transformación que hemos visto operarse en el Derecho romano. Por esto, no puede sorprender que en otras leyes se hable también de *naturalis pietas* y se procure la protección de los intereses de los hijos. Así, pues, de la misma manera que en el

28. BIONDI, *Istituzioni* cit. p. 548.

29. P. MEREÀ, *O poder paternal na legislação visigótica*, en *Estudos de direito visigótico* (Coimbra, 1948) p. 22.

30. A. D'ORS, *La territorialidad del Derecho de los visigodos*, en *Estudios visigóticos* (Roma-Madrid, 1956) p. 105 ss.

Derecho postclásico, la patria potestad de la legislación visigoda se concibe como un *officium* en interés de los hijos.

Esta concepción de la patria potestad visigoda se ve confirmada por la actitud de la legislación frente a las manifestaciones del poder absoluto del padre. Se combate el *ius vitae ac necis*, sancionándose la muerte del hijo³¹, y el infanticidio³²; el derecho de exposición³³; e incluso el *ius vendendi*, adoptando así una posición más radical que el Derecho justiniano³⁴.

Se sustentó más o menos decididamente que el Derecho visigodo acepta la idea de una *potestas materna*³⁵, y Merea examina varios textos que parecen favorables a la idea de un poder ejercido simultáneamente por los dos padres o de un poder ejercido por la madre a falta de padre³⁶.

Sería bastante sorprendente que las leyes visigodas hubieran consagrado un poder de la madre por la supremacía de los conceptos romanos que en ellas se advierte, pero no lo es en absoluto que hablen de *potestas materna*. Hemos insinuado ya que, a través de la época cristiana, se observa en el Derecho romano la tendencia a reconocer cada vez en mayor medida el ejercicio de derechos maternos. La *patria potestas* se había convertido en un *officium*; y precisamente porque ahora se trata de relaciones éticas que derivan de la misma generación, la función de la madre es elevada del ámbito moral al orden jurídico. Los conceptos que se oponían a la *potestas materna* estaban de esta manera reblandecidos y podían abrirse a ideas de matriarcado vigentes en alguna provincia oriental. El paso primero y fundamental había sido dado con la tutela materna, a la que se llega, partiendo del *ius liberorum*, a través del *consilium matris* y la *mater administratrix*. Todos estos pasos tienden a colocar a la madre en igualdad de condiciones jurídico-fami-

31. *Lex Vis.*, 6, 5, 18. El F. Juzgo no recoge la modificación de Ervigio; se limita a reproducir la forma reconvindiana.

32. *Lex Vis.*, 6, 3, 7.

33. *Lex Vis.*, 4, 4, 1.

34. *Lex Vis.*, 5, 4, 12. Vid. Merea, *O poder paternal* cit. p. 4 n. 5.

35. Principalmente, FICKER, *Sobre el íntimo parentesco* cit. p. 92 ss.; UREÑA, *La autoridad paterna* cit. p. 37.

36. Merea, *O poder paternal* cit. p. 11 ss.

liarés que el padre en relación con las personas y bienes de los hijos. Esto supone ya una participación limitada y excepcional de la madre en la *patria potestas*. Muerto el padre se sigue la tutela de la madre, *materna tutela*; y esta autoridad que de hecho ejercía la madre sobre sus hijos comienza a ser designada con los términos *materna potestas* en los escritos de San Ambrosio y San Jerónimo³⁷.

La evolución parece clara. Las leyes visigodas revelan también una acentuada tendencia a reconocer a la madre un lugar al lado del padre. Pero la ley visigoda sólo atribuye expresamente a la madre la facultad de asumir la tutela de los hijos menores³⁸, la de corregirlos³⁹ y la de autorizar su casamiento⁴⁰; y no le reconoce, ni siquiera a la madre viuda, la típica manifestación de la *patria potestas*, que es el derecho del padre sobre los bienes adquiridos por el hijo⁴¹. La concepción romana está siempre presente y, por esto, sólo se reconoce la *potestas paterna*.

Es sumamente significativo, a nuestro modo de ver, que sólo se utilice la expresión *matris potestate* en textos relativos al matrimonio de los hijos⁴². Mas también se utiliza el término *potestas* en relación al *patruus* en *Lex Vis.* 3, 1, 7⁴³.

Es clara la tendencia a reconocer a la madre un papel al lado del padre, pero no es suficiente para permitirnos pensar en una *potestas* conjunta. La expresión *potestas parentum* es equívoca, y de ello nos ofrece prueba la confusa interpretación de que fué objeto en la época postgótica. Y también se utiliza la locución, fundamentalmente⁴⁴, en los textos referentes al matrimonio de la hija⁴⁵,

37. ROBERTI, "*Patria potestas*" e "*paterna pietas*" cit. p. 270; J. DU PLESSIS, *Histoire de l'Autorité paternelle et de la société familiale en France avant 1789* (París, 1900) p. 167 ss.; MEREÁ, *O poder paternal* cit. p. 12.

38. *Lex Vis.*, 4, 3, 3.

39. *Lex Vis.*, 4, 5, 1.

40. *Lex Vis.*, 3, 1, 7. Vid. además 3, 1, 2; 3, 1, 6, y 3, 1, 8.

41. MEREÁ, *O poder paternal* cit. p. 16.

42. Es en *Lex Vis.*, 3, 1, 7 en donde aparece con una mayor claridad. Allí se dice: "Patre mortuo utriusque sexus filiorum coniunctio in matris potestate consistat; matre vero mortua... patres eligant... Quos si fratres eius etatis non fuerint... tunc patruus de coniunctione eorum habeat potestatem."

43. Vid. n. 42.

44. Podían ser la excepción *Lex Vis.*, 5, 4, 2, y 4, 5, 5.

45. *Lex Vis.*, 3, 1, 2; 3, 2, 8; 3, 1, 3; 3, 3, 3; 3, 3, 7; 3, 4, 2; 3, 4, 7, etc.

lo cual es tanto más significativo cuanto que la autorización para el matrimonio ya no es una consecuencia de la *patria potestas* en el Derecho postclásico, y ahora es ejercido por los hermanos y parientes.

En el aspecto patrimonial, la patria potestad del Derecho visigodo encaja perfectamente también en la evolución romana. Faltan en la legislación visigoda las afirmaciones de carácter general acerca del destino de las adquisiciones hechas por los hijos de familia, así como también la del principio general que excluía toda capacidad patrimonial al *filiusfamilia*, que ya había sido sustancialmente superada en la época postclásica. A pesar de todo, puede afirmarse que la patria potestad de la época visigoda tenía como consecuencia la adquisición por parte del padre de las ganancias hechas por los hijos, pero con ciertas excepciones y limitaciones, como sucedía también en el Derecho romano.

Las leyes visigodas reconocen al hijo la propiedad de ciertos bienes, aunque con restricciones. Son estos bienes los heredados de la madre y aquellos que en el Derecho romano podían llamarse peculio. Respecto a los *bona materna*, se confiere al padre la administración y el usufructo, que pierde si contrae nuevas nupcias⁴⁶. La situación es análoga a la determinada por Constantino (C. Th. 8, 18, 1) al privar al padre del derecho de disposición de los bienes heredados de la madre, que se extendió después a los legados y a las donaciones nupciales. La pérdida de la administración y usufructo es igualmente un reflejo de la tendencia a obstaculizar las segundas nupcias que se observa en la legislación posterior a Constantino, imponiendo caducidad respecto a las donaciones a cargo del marido que contraiga nuevo matrimonio.

En cuanto a los bienes que en el Derecho romano tenían el nombre de *peculium* —a los que se refiere sin duda *Lex Vis*, 4, 5, 5, como supone Merêa—, distingue esta ley los ganados por el hijo *in expeditionibus* y los bienes donados al hijo por el rey o por el patrono. Estas donaciones pertenecen al hijo sin restricciones. De los ganados *in expeditionibus* corresponde al padre la tercera parte de los lucros mientras el hijo viva en la casa paterna. También en este punto es clara la derivación romana que señala Merêa⁴⁷.

46. *Lex Vis*, 4, 2, 13.

47. MERÊA, *O poder paternal* cit. p. 8 y 9.

Recordaremos que la patria potestad del Derecho romano cesaba sólo por la muerte del padre. La *patria potestas* conservó siempre, formalmente, un carácter perpetuo. Lo más característico de ella, aun en el Derecho justiniano, es que se trata de una situación permanente e indeleble, a no ser por voluntad del *pater*. Y la emancipación sólo fué posible a través de un medio introducido en la práctica, desde que el pretor concedió la *bonorum possessio* a los hijos emancipados. Pero se debe recordar también que la salida de la casa paterna para prestar el servicio militar representaba una especie de emancipación, y, a partir de entonces, los *filiifamilias* podían adquirir para sí y administrar su peculio castrense. También era frecuente en el Bajo Imperio la emancipación de los hijos que alcanzaban la mayor edad. La Nov. Valentiniano 35, incluida en el Breviario (Nov. Val. 12), obligaba al padre a entregar la mitad de los bienes adventicios al hijo cuando cumplierse veinte años; siendo también costumbre dar al hijo emancipado el peculio profecticio o cederle una parte de la fortuna⁴⁸. Dentro de la tendencia legislativa, tan clara desde Constantino, a favor de la capacidad patrimonial de los hijos, incluso la idea de que éstos dispongan de sus bienes por codicilo no resulta excesivamente inverosímil. Hay que tener en cuenta que Justiniano, al ampliar definitivamente la categoría de los *bona adventicia*, declara que ya existían en el Derecho antiguo muchos casos de adquisiciones de los hijos fuera de los *bona materna* o los del lucro nupcial, que no ingresaban en el patrimonio del *pater*, sino que se consideraban como pertenecientes al hijo. Y quizá se pueda ver en el "*Testamentum porcelli*" un reflejo de la práctica de hacer codicilos los hijos de familia⁴⁹.

Como ha puesto de relieve Merêa, el Derecho visigodo refleja en esta materia de un modo especial la procedencia romana. Por razón del casamiento del hijo o de la hija, el padre debe entregarle su parte en la sucesión materna, reservándose el usufructo de una tercera parte; e independientemente del casamiento, el hijo o hija tienen derecho a recibir la mitad de los *bona materna* al cumplir los veinte años⁵⁰. La primera de estas normas se inspira en el llamado pre-

48. MEREA, *O poder paternal* cit. p. 19.

49. A. D'ORS, *El "Testamentum Porcelli" y su interés para la historia jurídica*, en *RIDA*. 2 (1955) 224.

50. *Lex Vis.*, 4, 2, 13 (= *C. Eurico*, 321).

mio de la emancipación, aplicando al casamiento—según observa Merêa—lo que Constantino⁵¹ había establecido para la emancipación. La segunda fué extraída de la Novela de Valentiniano del año 452⁵². Así, pues, la mayor edad confería a los hijos la libre disposición de la mitad de los *bona materna*. Al hijo casado se le concedía la libre disposición de los *bona materna*, excepto el usufructo de una tercera parte de ellos⁵³.

3. Los autores que se han ocupado de la patria potestad en el Derecho postgótico han comenzado a estudiarla a partir de F. Cuenca, es decir, desde la época de los primeros fueros extensos. Quedaba, pues, un gran vacío desde la caída de la Monarquía visigoda hasta fines del siglo XII, y durante este período podían haberse producido importantes modificaciones de la patria potestad visigoda. Sin conocer las vicisitudes de nuestra institución durante esta época, aparecía bruscamente una nueva forma en los fueros extensos, que difiere notablemente de la visigótica.

Merêa vió la dificultad existente para explicar con seguridad cómo se produjo esta evolución, e insinuó que quizá pudo haber existido un sistema de transición entre la concepción del Código visigodo y la de F. Cuenca⁵⁴.

Recientemente, Gibert observó la existencia de un sistema de consentimiento familiar respecto al matrimonio, propio de la Extremadura castellana, que difiere profundamente del Derecho visigodo, en el cual las parentelas tienen un destacado papel, combinado con la potestad conjunta de padre y madre. El sistema se desdibujaría en la redacción de F. Cuenca del Derecho de Extremadura, al hacer persistir la potestad conjunta prescindiendo de las parentelas. Según Gibert, F. Cuenca habría elaborado con arreglo a la concepción romana de la *patria potestas* la potestad parental de Sepúlveda, que era ejercida por el padre y la madre como representantes de las dos parentelas⁵⁵.

51. C. Th., 8, 9, 1, 2.

52. Breviario, Nov. Val. 12.

53. MERÊA, *O poder paternal* cit. p. 19 ss.

54. P. MERÊA, *Notas sobre o poder paternal no direito hispânico ocidental*, en *Estudos de direito hispânico medieval II* (Coimbra, 1953) p. 106.

55. R. GIBERT, *Los fueros de Sepúlveda* (Segovia, 1953) p. 485 ss.

La construcción de Gibert supone, indudablemente, un gran paso, pues pone de relieve la influencia de la concepción romana de *patria potestas* efectuada por el redactor de F. Cuenca. Pero no está clara la existencia de una potestad parental en F. Sepúlveda, sobre la cual hubiera podido construir F. Cuenca la *potestas parentum* que pasa después a otros estatutos municipales. Parece que Gibert ve la existencia de la potestad parental en la forma de consentimiento matrimonial establecida en F. Sepúlveda 55: precisamente a través de ese consentimiento de los parientes en caso de no existir el padre, la madre o ambos⁵⁶. Este precepto y F. Sepúlveda 34—que establece la responsabilidad del padre por el homicidio cometido por el *hijo emparentado* sólo en el caso que éste regrese a la casa paterna—son los únicos de F. Sepúlveda que se pueden alegar como relacionados con la patria potestad, aunque lo sean muy indirectamente. Aparte de que es discutible que el consentimiento para el matrimonio sea atributo de la patria potestad, parece claro que en F. Sepúlveda 55 todo obedece a la idea sucesoria. Es sumamente significativo que en todos los fueros de la familia Cuenca-Teruel se incluyan estos preceptos relacionados con la *patria potestas* en sede de sucesiones. El consentimiento deben dárselo los presuntos herederos, eso es todo. Cuando uno se casa sin consentimiento de aquéllos hay que pagar una multa; pero eso debió de caer en desuso pronto por la influencia romanista. Por el derecho a suceder por troncos es por lo que los parientes tienen este poder de casar a la doncella en F. Sepúlveda. Y no parece que sea el ejercicio de una *potestas*—difícilmente concebible en los parientes—que hubiera revertido al grupo parental por muerte de los padres, los cuales la habrían ejercido, a su vez, como representantes de la parentela correspondiente. Difícilmente se puede

56. F. Sepúlveda 55: De los casamientos.—Otrossi, toda muger virgen que a caser oviere, assi casse: si padre non oviere, la madre non aya poder de casarla a menos de los parientes del padre que la avrien de heredar. Et si non oviere madre, el padre non aya poder de casarla a menos de parientes de la madre que la avrien de heredar. Et si non oviere padre ni madre, los parientes de la una parte e de la otra, que la ovieren de heredar, la casen. Et qualquier que la casare a menos de como aquí es escripto peche ocho mrs. a los parientes, e vaya por enemigo a amor de aquellos parientes que non fueron plazenteros del casamiento.

encontrar en F. Sepúlveda 55 la base para tal inducción. Es verdad que la hipótesis podía encontrar algún apoyo en la consideración de la impracticabilidad de la *potestas parentum* regulada por F. Cuenca sobre la base de F. Sepúlveda. F. Cuenca, privado del recurso de las parentelas, no tendría otro remedio que hacerla cesar a la muerte de uno de los cónyuges. Pero al pensar así, se deduce la potestad parental de una labor que imaginamos —con mucho fundamento, ciertamente— realizaría el redactor de F. Cuenca.

En F. Sepúlveda no hay preceptos relativos a la patria potestad, y en la redacción de este Derecho realizado por F. Cuenca se habla con una terminología de *patria potestas* romana y parece que se la hace terminar por la muerte de cualquiera de los padres. Este hecho, unido a lo significativo que resulta el ser tratada la patria potestad en sede de sucesiones, parece que llevan de la mano a pensar en la comunidad de bienes existente en F. Sepúlveda 64b, la cual se disuelve a la muerte de uno cualquiera de los cónyuges. La existencia de un patrimonio familiar —cuya constitución se favorece desde el Bajo Imperio—, dirigido a sostener las cargas del matrimonio con la contribución de ambos esposos, sobre la base de la comunidad entre cónyuges, es posible que nos permita explicar mejor los efectos de la que se ha dado en llamar potestad conjunta de padre y madre. Puede ser que así, incluso, no resulte tan diversa la concepción aragonesa, reflejada en el apotegma de las Observancias “*De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*”.

No se encuentran preceptos que directamente aludan a la patria potestad en las fuentes del período comprendido entre la caída del Reino visigodo y los primeros fueros extensos. El silencio de las fuentes no es suficiente para que podamos afirmar la inexistencia de la patria potestad, regulada jurídicamente, en el sistema de la Alta Edad Media. Pero esta ausencia de datos puede ser muy significativa y reveladora de la inexistencia del instituto, si se pone en relación con las noticias que nos proporcionan los fueros municipales posteriores a F. Cuenca.

Durante los primeros tiempos de la época posterior a la invasión musulmana debió de continuar vigente la concepción visigoda de la patria potestad, pero es también lícito pensar que continuaría el proceso evolutivo de la institución, sumamente intenso desde

la época clásica. Las circunstancias sociales y políticas de los Reinos cristianos de la Reconquista eran especialmente adecuadas para que esta evolución se acentuara y, sobre todo, para que el Derecho dejara de interesarse de su regulación. Por otra parte, se había operado un importante cambio en la estructura patrimonial de la familia; de un patrimonio exclusivo del padre, se había pasado a la consagración de una comunidad familiar, dentro de la cual la posición del padre no es ciertamente la de único propietario del patrimonio familiar. Aunque los fueros municipales de la primera época parecen presuponer el Derecho visigodo como Derecho común, al lado de los usos nacidos de las nuevas circunstancias, no eran las transformaciones operadas en el ámbito del poder paterno tan trascendentales y tan diversas como las de tipo público que preferentemente se recogen en los fueros breves. Las circunstancias eran las más adecuadas para favorecer una evolución consuetudinaria, a la par que una abstención del Derecho en un campo tan íntimamente familiar como el del poder paterno.

Así, se iría difuminando el poder paternal del Derecho visigodo, llegando hasta una desaparición total como poder jurídico del padre, en el límite de aquella evolución tan clara en el Derecho romano y en el visigodo. El poder absoluto e ilimitado del *pater* de la época clásica ya se había convertido en un *officium* concebido en interés del hijo, y seguiría evolucionando hasta no tener otra realidad que la de un derecho natural, existente siempre, pero irrelevante desde el punto de vista jurídico. La evolución habría llegado a un punto que, pensando en la situación de partida —el Derecho romano clásico—, permite hablar de inexistencia de *patria potestas*. Gayo no hubiera dudado en afirmar que en estos pueblos no existe la *patria potestas*. Y no se puede tachar esta afirmación de viciada por la aplicación de conceptos anacrónicos —los romanos de *patria potestas*— al Derecho medieval, puesto que nuestra patria potestad en esa época sería el resultado de la evolución del instituto romano en el especial ambiente jurídico peninsular.

La situación no cambia en los fueros municipales extensos, a pesar de la existencia de textos aparentemente tan significativos como F. Cuenca 206, el cual se ha de repetir posteriormente en otros fueros municipales, y ha de informar la concepción dominante hasta la

recepción de la patria potestad justiniana que se opera en las Partidas.

Hemos visto más arriba que no se puede probar la existencia de una potestad parental que pudiera haber sido elaborada con arreglo a la concepción romana de la *patria potestas* por el redactor de F. Cuenca.

Ureña había visto la existencia de una potestad conjunta de padre y madre en F. Cuenca 206 (= F. Teruel 424). Encontraba confirmado este poder conjunto en F. Cuenca 237 (= F. Teruel 448), que desenvuelve, a su juicio, la extinción de la potestad por muerte del padre o de la madre; y en F. Cuenca 207 (= F. Teruel 425), que completaría la enumeración de las causas legales de *desemparentamiento*, al regular la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos emparentados⁵⁷. La doctrina se consagró, y fué aceptada y desenvuelta en lo sucesivo, principalmente por Merêa⁵⁸.

A pesar de la aparente rotundidad de F. Cuenca 206, puede afirmarse que no hay potestad conjunta, de la misma manera que no ha existido una potestad parental. Todos los demás preceptos de F. Cuenca inclinan a suponer que su redactor confundió los efectos de la comunidad de bienes con los de la patria potestad. Habla con terminología romano-justiniana de *potestas parentum* para explicar la comunidad de bienes. La terminología romana es particularmente clara en F. Cuenca 206 y también en el § 875, así como también es evidente el conocimiento del Derecho justiniano que revela el redactor. El jurista de F. Cuenca ha hecho lo mismo que en otras ocasiones: una labor de primera recepción⁵⁹.

Una prueba de que se habla a la romana de *potestas parentum* para explicar la comunidad de bienes es que los fueros hablan de *potestas parentum* exclusivamente para establecer el principio de que el hijo emparentado no adquiere para sí, sino para los padres.

El resto de los escasos poderes que se reconocen a los padres por el Derecho de esta época no suponen el ejercicio de la *potes-*

57. R. UREÑA, *La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre* (Madrid, 112) p. 12 ss.

58. MEREA, *Notas sobre o poder paternal* cit.

59. A. OTERO, *Las arras del Derecho español medieval*, en *AHDE*. 25 (1955).

tas parentum. En unos casos, no son constitutivos del poder paternal, y, en otros, se conceden a personas que no son los padres.

El derecho de casar a las hijas no es constitutivo de la patria potestad; y los mismos fueros revelan claramente que el consentimiento es consecuencia, no de una potestad, sino de un derecho a heredar⁶⁰.

Los textos no atribuyen directamente a los padres un derecho de corrección. Lo hacen indirectamente, a través de la exclusión de responsabilidad por el homicidio o lesiones causadas a sus hijos; excepcionalmente, F. Alba le impone una multa por la muerte⁶¹. Pero este derecho de corrección no se fundamenta en la existencia de un poder paterno. F. Soria 504 no excluye la responsabilidad correspondiente al delito por haberlo cometido en el ejercicio del derecho de corrección, sino por una consideración de carácter económico⁶². En último término, este derecho no es exclusivo del padre o madre; lo vemos ejercido por los hermanos⁶³ y por el tío paterno⁶⁴.

Por otra parte, no aparece consagrada, ni siquiera combatida, ninguna de aquellas manifestaciones características de la antigua patria potestad. No se habla en las fuentes del derecho de vender al

60. F. Sepúlveda 55.

61. *Libro de los F. de Castilla* 266: Esto es por fuero: que sy padre o madre fiere asu fijo de fierro o de fuste o de piedra e non se apreçia al alcalle sobre su padre osobre su madre, que no peche nada por ello...; F. Alcalá 22: Todo ome d'Alcala o de so termino que matare a so fixo a non queriendo, si ante non ovo otra baraia o otra contienda, non peche si non VIII maravedis; nin esca enemigo por ferida que les de por castigamiento por bien, et por aventura muriere; e si nol creviere, iure con XII vecinos, e sea creido que no lo fizo con mala voluntad.

62. F. Soria 504: Por que acaheçe a algunos que castigando sus fijos o sus nietos, o hermano a hermano de los que son emparentados e bien con el padre, cueda fazer poco et falle a mucho, que delas feridas que les fazen viene muerte, et los dannos alleganse todos alos padres et alas madres en muchas maneras... non sea tenjdo de rresponder en njnguna manera destas ademanda... ca tuerto se.le perder los fijos por tal desauentura et perder el algo.

63. F. Soria 504.

64. F. *Ledcsma* 196: Toda omne que por pecados matar fijo o fija o sobrino o sobrina fija de ymana, non peche omizio.

hijo, de matarlo o de exponerlo. Unicamente se establece en F. Cuenca, F. Teruel y algunos derivados de ellos una prohibición de empeñar o dar en rehén a los hijos. Pero la consideración de este supuesto parece que obedece exclusivamente a razones político militares, pues se supone que las incursiones de los moros se deben a la instigación de los cristianos que habitan entre ellos ⁶⁵.

Según la terminología de las fuentes, hijo emparentado es el que vivía con sus padres y forma parte de la comunidad familiar. Esta condición cesa, según F. Teruel 169, por el casamiento, por tomar estado de clérigo o por haber partido la herencia de uno de los padres con el supérstite ⁶⁶. F. Soria 131 omite la partición, pero se implica en otros textos ⁶⁷. F. Cuenca 206 sólo se fija en el matrimonio ⁶⁸.

El *fijo emparentado* no adquiriría para sí, sino para la sociedad de los padres ⁶⁹. Es a propósito de este derecho cuando los textos hablan de *potestas parentum*; y utilizan una expresión conocida ya en la época visigoda porque no pueden hablar de *patria potestas*. F. Cuenca 243 explica la adquisición para la sociedad de los padres como compensación de la responsabilidad delictual, porque no se atrevía ni podía explicarlo partiendo de la inexistencia de un patrimonio exclusivo del padre al que pudieran ir las ganancias del hijo ⁷⁰.

65. F. Cuenca 242; F. Zorita 221; F. Teruel (ed. M. GOROSCH) 453 y 454.

66. F. Teruel 169: Fijo emparentado es aquel que ha el padre biuo e encara no a preso casamiento o no es clerigo o, cuando el un padre es muerto, et encara con el biuo non aurá partido la buena del padre muerto como es fuero.

67. F. Soria 131: ... Aquel es dicho fijo emparentado que ha padre e madre biuos et es de bendición et non es casado, saluo ende clerigo ordenado de pistola o dent arriba, quier ssea beneficiado quier non, o clerigo que sea ordenado de corona o de quatro grados seyendo beneficiado.

68. F. Cuenca 206: Filii sint in potestate parentum donec contrahant matrimonium, et sint filii familias. Et usque ad tempus illud, quicquid filii adquisierint, vel invenerint, totum sit parentum suorum, nec habeant potestatem sibi aliquid retinendi contra voluntatem eorum.

69. F. Cuenca 206 y 243; F. Teruel 424 y 455; F. Soria 347.

70. F. Cuenca 243: Quecumque filius mercede uel alio modo adquisierit, sit parentorum suorum, sicut iam dictum est. Quia sicut illi pro excessibus eorum et sceleribus solent dolere, sic iustum est, ut de lucris et adquisicionibus

Está claro a tenor de F. Cuenca 243 y, sobre todo, de F. Soria 347 que todo cuanto gana o adquiere el hijo emparentado, incluso fuera de la casa paterna, pasa a engrosar el caudal de la sociedad⁷¹. En consecuencia, todo cuanto fuere ganado por el *fijo enparentado* debía ser partido entre todos los hermanos, incluso entre aquellos que hubiesen dejado de ser emparentados por cualquiera de las causas enunciadas⁷².

Dada la estructura patrimonial de la familia, con la existencia de una comunidad de bienes, es lógico que los fueros no consagren ni aludan siquiera a los peculios. Pero esta situación sufre transformaciones ya en el siglo XIII —que corren parejas con la penetración del Derecho justiniano—, y comienzan a admitirse los peculios con independencia de la consagración que de ellos se hace en las Partidas. F. Real (3, 4, 7), aunque no recoge la *patria potestas* justiniana, sino que sigue en la línea de su modelo F. Soria, dispone que el hijo no está obligado a traer a partición los bienes ganados con su trabajo o que le hayan sido donados por el rey, por su señor o por un extraño, atribuyendo así al hijo la propiedad de los bienes por él adquiridos, salvo si fueren *ex re patris*. Y, de modo semejante, la mejora de Sancho IV al F. Cuenca dispone que el hijo tiene la propiedad de todo cuanto ganase o le fuere donado, salvo lo adquirido *ex re patris*, pudiendo disponer de ello por testamento desde que tenga edad idónea, y sin que pese sobre estos bienes la obligación de traerlos a partición⁷³.

eorumdē aliquid gaudeant habere. Propterea quicquid filius extra domum parentum suorum adquisierit, totum tradat partitioni fratribus suis, si coniugatus uel coiugata non fuerit, quia post contractionem non habent tradere partitioni aliquid de hiis que adquisierint.

71. F. Soria 347: Si fijo enparentado ganare alguna cosa de herencia de hermano o de donadio de rey o de sennor o en hueste o de otra parte qualquier quel uenga, todo ssea del padre et de la madre, si quier lo gane ol uenga acuesta et amission dellos, si quier non. Et despues de muerte del padre et de la madre, partan loel et los otros hermanos suyos equal mjentre entressi.

72. Además de F. Cuenca 243 y F. Soria 347, vid. Libro de los Fueros 130 y F. Vñejo 5, 3, 8.

73. F. Cuenca, Privilegio de Sancho IV, 88-97: ... Otrossi mando que el ffigio o la ffigia que biuiere con el padre o con la madre maguer que non sea casado, si ouiere de que, tengo por bien que pueda ffacer testamento: et

No son demasiado abundantes los preceptos que determinan la capacidad del hijo emparentado. Respecto a la facultad de testar, es bastante claro el contenido de F. Cuenca 235. Todo testamento que hiciere el hijo antes de contraer matrimonio —antes de que haya constituido una sociedad familiar— es nulo. Pero a pesar de que el texto afirma que el hijo no puede dar ni testar por encontrarse sometido a la potestad de los padres, es evidente que la prohibición de disponer por testamento-obedece a la expectativa hereditaria que tiene el padre sobre sus bienes. F. Cuenca 235 explica el derecho hereditario del padre supérstite, en tanto no se casa el hijo, como *potestas parentis*, y quita al hijo no casado la facultad de testar⁷⁴.

F. Soria 164 no concede capacidad procesal a los hijos menores de veinte años o no casados, y se la concede a los mayores de dieciséis y separados de sus padres aunque no sean casados. Los dieciséis años son ahí el límite de la incapacidad⁷⁵. F. Soria 165 dice que la *edat complida* son los dieciséis años⁷⁶. Los veinte años serán, pues, el límite de la minoridad, *puberes minores*. Esto explica, contra lo que supone Merêa⁷⁷, que F. Soria 161⁷⁸ quite la capacidad proce-

si el fijo ganare algo o gello diere Sennor o amigo o pariente non lo ganando con los bienes del padre, tengo por bien que sea ssuyo et non sea tenuto delo traer a particion...

74. F. Cuenca 235: Omne testamento quod filius, antequam contrahat, condiderit, friuolum habeatur et cassum, ruptumque iudicetur. Quia cum sit in potestate parentis, nichil potes dare, nichil testari, quia omnia bona sua, que ei ex altero parente contingerint, totum erit superstitis parentis preter radicem quam de patrimonio habuerit, sicut dictum est: aliam radicem, quam filius lucratus fuerit, habet esse superstitis parentis, sicut et mobile. Vid. también F. Zorita 215 y F. Teruel 447.

75. F. Soria 164: Si el padre o la madre toujere fijos o fijas en su poder et les fiziere fazer pleyto alguno de debda o de fiadura o de connoçencia o de otra cosa qual quier, quier con el, quier con otri, non uala, si non oujere edat de XX annos o si non fueren casados. Mas si despues que fuere de edad de XVI annos biujeren apartada mjentre en su casa et recabdaren por si sus cosas, maguer non sean casados, et pleyto alguno fizieren con su padre o con su madre, tal pleyto uala.

76. F. Soria 165: Aquellos son de edat complida, quier uaron, quier mugier, que ha XVI annos conplidos o mas.

77. MEREA, *Notas sobre o poder paternal* cit. p. 86 n. 13.

78. F. Soria 161: Pleyto o postura o abenencia que fijo enparentado, quier ssez de edat, quier non, fiziere con otri, o otro con el, non uala, maguer sea apro suyo o non; et ninguno non sea tenjido de uenir a su plazo.

sal a los que no son mayores, aunque sean púberes de *edad conplida*, a tenor de F. Soria 165, es decir, de dieciséis años. Lo dice claramente así F. Real 1, 11, 8, derivado de F. Soria 164, con la única diferencia de que, por influjo romanista, la mayoría de edad es a los veinticinco años y no a los veinte ⁷⁹.

Los padres respondían por los delitos cometidos por el hijo emparentado. Esta responsabilidad es de carácter meramente pecuniario, pues a los padres alcanzan únicamente las sanciones pecuniarias que producía la comisión del delito ⁸⁰. Pero esta responsabilidad no es consecuencia de que exista un poder paternal, sino de la existencia de una comunidad de bienes para la cual el hijo adquiere. Lo prueba el hecho de que la responsabilidad dura tanto cuanto dura la comunidad, y no lo que dura la llamada potestad conjunta. La potestad conjunta terminaría, según Ureña y Mercá ⁸¹, a la muerte de uno de los cónyuges. Pero es bien claro, a tenor de los textos, que la responsabilidad delictual del cónyuge supérstite persiste hasta que se haya efectuado la partición y, por consiguiente, hasta la liquidación de la comunidad, la cual, sí, finaliza al desaparecer uno cualquiera de los padres ⁸².

Pero la responsabilidad de los padres por los delitos de los hijos no es consagrada en todos los estatutos municipales. El principio de la responsabilidad paterna aparece limitado en ciertas fuentes ⁸³,

79. F. Real 1, 11, 8: Si padre o madre tubieren fijo, o fija en su poder, si le ficiere facer Pleyto alguno de deuda, o de conocencia, o de otra cosa qualquier, tal Pleyto no vala; maguer los fijos sean de edad cumplida: mas despues que los fijos salieren de su poder del padre, o de la madre, o estando con ellos fueren casados, y tubieren su casa de partida e recauden sus cosas por si, si hobieren edad de veinte y cinco años, e ficieren Pleyto con su padre, o con su madre, o con uno dellos, tal Pleyto vala...

80. F. Cuenca 207: Parentes respondeant pro malefactis filiorum suorum, siue sint sani, siue furiosi... Si filius orbatus fuerit altero parente, ille qui superstes fuerit, respondeat pro eo, donec det ei partem substancie, que eum contingerit. Post diuisionem non habet utique respondere. F. Teruel 425; F. Zorita 189; F. Soria 505. Cfr. J. ORLANDIS, *Sobre el concepto del delito en el Derecho de la Alta Edad Media*, en *AHDE*. 16 (1945) 156 ss.

81. UREÑA, *La autoridad paterna* cit. p. 15 ss.; MEREÁ, *Notas sobre o poder paternal* cit. p. 95 ss.

82. Vid. textos cit. en n. 80.

83. F. Sepúlveda 34.

y algunos fueros lo niegan abiertamente, como sucede con los de la extremadura leonesa⁸⁴. Y es sumamente revelador el hecho de que estas fuentes que no consagran la responsabilidad del padre carecen de preceptos relativos a la potestad parental. Alguno, como F. Zamora, ni siquiera habla de hijos emparentados, y no hubiera sido extraño que lo hicieran, pues muchos de ellos han debido de sentir la influencia de F. Cuenca. Es que, en esta región, la estructura económica de la familia era distinta, y no producía aquellos efectos que pudieron ser confundidos con los de la potestad paternal.

Según Merêa, los padres, a tenor de lo dispuesto en F. Cuenca 208, no responden por las deudas *ex contractu* de los hijos⁸⁵. En un primer momento se siente uno inclinado a suponer que la no responsabilidad por deudas de F. Cuenca no sería general, sino sólo para los préstamos, porque F. Cuenca 208⁸⁶ parece recordar el Senad. Macedoniano. Pero Villar Mayor 2, 14, siguiendo una orientación semejante a F. Cuenca, generaliza de una forma que no deja lugar a dudas: *∴ por obligamiento del fillo el padre et la madre et sus bienes non son tenidos en ren*^{86 bis}.

La prueba más convincente de la inexistencia de una potestad conjunta nos la proporciona la tutela subsiguiente a la muerte de uno cualquiera de los padres⁸⁷, algunos de cuyos problemas hemos tratado al hablar más arriba de la responsabilidad delictual.

No es fácil adivinar por qué razón cesaría la potestad conjunta a la muerte de uno de sus detentadores. Lo lógico hubiera sido que continuara ejerciéndola el padre supérstite, pues no se puede pensar en la reversión a los parientes como detentadores originarios de ella.

No existe patria potestad después de la muerte de uno cualquie-

84. F. Zamora 18; F. Alba 10; F. Coria 348; F. Usagre 361. Cfr. ORLANDIS, *Sobre el concepto del delito* cit. p. 159.

85. MERÊA, *Notas sobre o poder paternal* cit. p. 87 n. 14.

86. F. Cuenca 208: Parentes non respondeant pro hiis que accomodata, uel credita filiis fuerint suis. F. Zorita 190; F. Teruel 426.

86 bis. Vidal Mayor, ed. G. TILANDER (Lund, 1956).

87. F. Cuenca 237; F. Zorita 217; F. Teruel 448; F. Soria 358 y 359; *Libro de los Fueros*, 104, 243 y 244; F. Viejo 5, 4, 1.

ra de los cónyuges, puesto que se sigue una tutela del hijo que no tenga edad idónea para administrar los bienes heredados, y no existe, porque tampoco había existido una potestad durante el matrimonio de los padres. El único vínculo que liga al hijo a sus padres es la existencia de la sociedad familiar. Por eso el hijo queda desligado a la muerte de uno de los padres, pues la muerte produce la desaparición de la comunidad. Por esta razón, también, se mantiene la responsabilidad mientras la herencia permanece indivisa y el padre supérstite no parte con el hijo, porque es la comunidad familiar y no la *potestas* la que produce todos los efectos que el redactor de F. Cuenca tomó y configuró equivocadamente como potestad de los padres.

El padre o madre viudo continuaban ejerciendo los mismos derechos que tenían anteriormente, como el de autorizar el casamiento de las hijas, que no son suficientes para caracterizar la patria potestad ni tienen nada que ver con la tutela. La única variación estriba en que ahora el hijo adquiere para sí y no para la comunidad, pues ésta ha dejado de existir por la muerte de uno de los cónyuges. Si el hijo huérfano es mayor de edad, no hay problema, pero si es menor se sigue una tutela, que puede asignarse al padre, a la madre o a cualquier pariente o extraño; mas, en este caso, la situación del padre o madre es la misma de cualquier extraño a quien sea confiada la guarda del menor⁸⁸. La tutela no viene a llenar un vacío dejado por la desaparición de un poder, que no existía, sino que tiene por objeto suplir la falta de capacidad del menor huérfano.

Por último, conviene poner de relieve que, a la muerte de uno de los padres, se sigue una tutela análoga, en aquellas fuentes que hemos visto no reconocen la responsabilidad delictual de los padres y que no hablan de *potestas parentum*⁸⁹. Y también la tutela es semejante en el Derecho aragonés, en donde no existe patria potestad a tenor del conocido apotegma de las Observancias.

4. La recepción de la patria potestad justiniana supone volver a poner en práctica aquel poder que se había difuminado por completo en su evolución dentro del ámbito peninsular^{89 a}. No supone

88. Cfr. MEREJA, *Notas sobre el poder paternal* cit. p. 96.

89. F. Salamanca 330; F. Ledesma 200; C. Coria 83; F. Usagre 93.

89 a) En el Derecho aragonés no se realizó una recepción de la patria

la recepción el cambio violento de un sistema de potestad conjunta a otro nuevo de potestad exclusiva del padre, tal como había cristalizado en el Derecho justiniano, sino que supondría solamente la restitución de la vigencia de una institución en franco desuso. Así se puede explicar que no se hayan producido resistencias a una modificación que sería trascendental si hubiéramos de admitir la existencia de una potestad conjunta de padre y madre.

Las Partidas⁹⁰ recogen plenamente la *patria potestas* justiniana, sin reflejar modificaciones que puedan suponer una utilización de puntos de vista tradicionales. Es clara la concordancia total con el derecho justiniano; y hemos de explicarnos la institución Alfonso, precisamente, en relación con aquel Derecho.

La terminología de Partidas parece recordar la *patria potestas* clásica. A este propósito conviene no olvidar que, a pesar de la evolución sustancial que habían sufrido, se conservan todavía en la época justiniana algunos términos y principios que sólo tienen un valor formal. Los redactores de Partidas advirtieron lo anacrónico de la terminología —propia de una época en la que la patria potestad era un poder absoluto del padre— para describir el estado de aquel tiempo, en el cual supone un poder concebido en interés de los hijos. Por esta razón, se dedica una ley⁹¹ a explicar el alcance dado al término *potestas*. No es, dice la mencionada ley, el poder que tiene el señor sobre el esclavo, ni la jurisdicción de los reyes o magistrados, ni la autoridad del Obispo, sino que se debe entender la potestad del padre como *ligamiento de reuerencia, e de subiección, e de castigamiento que deue auer el padre sobre su fijo*.

Según Part. 4,17,1, *patria potestas*, en latín, tanto quier-dezir en romance, como el poder que han los padres sobre los fijos...: e hanlo sobre sus fijos, e sobre sus nietos, e sobre todos los otros de su linaje, que descenden dellos por la línea derecha, que son nascidos del casamiento derecho.

La patria potestad, de la misma manera que en el Derecho ro-

potestad justiniana, por lo cual llega hasta el Apéndice en la forma en que había quedado en su evolución medieval. Vid. M. GARCÍA-ATANCE, *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*, en *Anuario de Derecho Aragonés* 6 (1951-1952) 157-172.

90. Part. 4, 17 y 18.

91. Part. 4, 17, 3.

mano, abarca toda la descendencia. Conserva el carácter de perpetuidad típico del instituto romano. Quizá resultara ya algo anacrónica en el siglo XIII esta concepción patriarcal de la patria potestad, pero sigue consagrada hasta que las Leyes de Toro 47 y 48, para ser más consecuentes con las circunstancias de su tiempo, declararon liberado de la sujeción paternal y jefe de una nueva familia al hijo que contraía matrimonio. De esta manera se consagró definitivamente la práctica tradicional de emancipación por el matrimonio.

La patria potestad recae sólo sobre los hijos legítimos⁹². Los hijos naturales, los incestuosos y los sacrílegos no están bajo la potestad del padre; *ca estos atales non son dignos de ser llamados fijos, porque son engendrados en gran pecado*⁹³. Están bajo la patria potestad los hijos legítimos, los nietos y los biznietos por línea varonil, pero no los *fijos que nascen de las fijas*, es decir, los descendientes por línea femenina⁹⁴.

La madre no tiene potestad sobre sus hijos. Las Partidas siguen en esto fielmente el modelo justiniano, sin tener en cuenta la posición de la madre en la terminología de las fuentes anteriores. No sólo no se tiene en cuenta, sino que, conociendo este hecho, se oponen a la potestad materna terminantemente⁹⁵.

El matrimonio es el verdadero y principal origen de la patria potestad. Además del matrimonio, podía constituirse por otras causas: por sentencia judicial pronunciada en pleito sobre filiación, por ingratitud del hijo emancipado y por adopción⁹⁶. Omiten las Partidas la legitimación, que, a juicio de Gutiérrez⁹⁷, es causa del nacimiento de la patria potestad, a tenor de lo establecido en el título correspondiente.

Justiniano había limitado el *ius vendendi* del *pater* a los casos

92. *Part.* 4, 17, 1 y 2.

93. *Part.* 4, 17, 2.

94. *Part.* 4, 17, 2.

95. *Part.* 4, 17, 2: ... E como quier que el padre aya en poder sus fijos legítimos, o sus nietos, o visnietos que descenden de sus fijos; non se deve entender por esso, que los puede auer en poder la madre, nin ninguno de los otros parientes de parte de la madre.

96. *Part.* 4, 17, 4; cfr. *Part.* 4, 18, 19.

97. B. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español* I (Madrid, 1881) pág. 663.

de extrema pobreza, y admitió que el hijo vendido pudiese volver a recobrar la libertad si se devolvía el precio entregado por él u otro esclavo. Las Partidas reflejan el Derecho justinianeo, pero con alguna limitación. Sólo en caso de gran pobreza se permite al padre vender o empeñar a su hijo para remediar la grave situación⁹⁸. Vendido el hijo por grave necesidad, *deue ser tornado en libredumbre*, si el mismo hijo u otro por él dan el precio por que fué vendido. Pero en el caso de que el comprador le hubiese enseñado algún oficio o arte por el que valiera más, se le debe dar, además del precio, cuanto los peritos estimaren que el hijo vale más por la educación recibida⁹⁹. A pesar de la terminología de Partidas, Gregorio López estima con P. de Castro y Baldo que no debe entenderse que el hijo se hace siervo del adquirente, sino solamente adquiere la obligación de servir¹⁰⁰.

Las Partidas no reconocen un *ius vitae ac necis* al padre. Sólo se le permite hacer uso de este derecho en un caso excepcional, y cuando todos puedan ver claramente que el padre no tenía otra alternativa. En estas circunstancias, si el padre está cercado en un castillo del que fuere tenente, y, acuciado por el hambre, no tuviese otra cosa que comer, puede comerse al hijo antes que rendir el castillo sin orden del señor¹⁰¹.

El padre tiene consagrado un derecho de corrección, correlativo siempre al deber de educación de sus hijos. Es a propósito de este derecho que las leyes de Partidas hablan de la *pietas*, que debe informar las relaciones de los padres con los hijos. Por esta razón, el castigo han de hacerlo con mesura y con piedad, como un padre, so pena de no merecer los derechos paternos e incurrir en la pérdida de la patria potestad¹⁰².

No sólo se le conceden poderes al padre sobre sus hijos, sino que se le atribuyen acciones para ejercerlos. Así, el padre puede reclamar judicialmente al hijo que abandone la casa paterna para no

98. *Part.* 4, 17, 8.

99. *Part.* 4, 17, 9.

100. G. LÓPEZ, *Glosa*. *Part.* 4, 17, 9, en *libredumbre*.

101. *Part.* 4, 17, 8.

102. *Part.* 4, 18, 18, y 7, 8, 9.

obedecerlo, y también puede reclamar de la misma manera al hijo retenido por fuerza en poder de otro ¹⁰³.

Los efectos patrimoniales de la patria potestad se regulan en tres leyes de Partidas intercaladas en el título que trata de la autoridad paterna. Como en el Derecho justiniano, se parte del principio de que todo lo adquirido por el hijo pasa a engrosar el patrimonio del padre. Pero este derecho del padre es objeto de limitaciones fundamentales por la consagración del sistema de peculios, en virtud del cual se otorga una personalidad patrimonial al hijo.

Las leyes de Partidas que regulan la capacidad patrimonial del hijo de familia y los derechos del padre sobre las adquisiciones de los hijos son fiel reflejo de la regulación justiniana, y deben ser explicados por ella.

Todo lo que los hijos adquieren con bienes del padre es peculio profecticio. Los bienes así adquiridos por el hijo pasan a engrosar el patrimonio del padre; su propiedad corresponde plenamente al padre ¹⁰⁴. El hijo no puede disponer del peculio profecticio, pero se le faculta para hacer donaciones por razón de matrimonio a sus parientes y donar alguna cosa a su madre, así como también puede pagar salario al maestro que le enseñe cualquier menester o ciencia ¹⁰⁵.

Justiniano había ampliado definitivamente la categoría de los *bona adventicia*, incluyendo en ellos los que integran también el peculio adventicio de Partidas. Constituían este peculio los bienes de la herencia materna, los que adquirirían por sucesión o por donación de los extraños, de los abuelos u otros ascendientes de la línea femenina y cualesquiera otras adquisiciones que hiciera el hijo sin proceder de los bienes del padre. Todo lo que el hijo adquiere *et non ex paterna substantia* constituye el peculio adventicio. La propiedad de este peculio corresponde al hijo, y el padre tiene sobre los bienes que lo integran un derecho de administración y usufructo vitalicio ¹⁰⁶. Después de las Leyes de Toro, el usufructo del padre finaliza al contraer matrimonio el hijo, pasando a

103. *Part.* 4, 17, 10.

104. *Part.* 4, 17, 5.

105. *Part.* 5, 4, 3.

106. *Part.* 4, 17, 5.

ser de su plena propiedad¹⁰⁷. Mas si el padre emancipa al hijo, se le faculta para retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios en premio de la emancipación¹⁰⁸.

En virtud del derecho de administración, el padre está obligado a defender los bienes del hijo *en juyzio como fuera de juyzio*¹⁰⁹. El usufructo que corresponde al padre sobre los bienes del peculio adventicio es un usufructo que difiere de cualquier otro en que el padre no está obligado a prestar la fianza. Como cualquier otro usufructuario, el padre no puede enajenar los bienes del peculio adventicio, y si lo hace, sus propios bienes quedarían obligados y empeñados al hijo¹¹⁰. Como se recordará, esta prohibición de enajenar fué el origen del usufructo que se concede al padre, cuando se le privó del derecho de disposición de los *bona materna* del hijo.

El peculio castrense está formado por las adquisiciones hechas por el hijo *in castris*. Como en el Derecho romano, integra el peculio castrense todo lo que el hijo adquiere con ocasión del servicio militar. La propiedad de estos bienes corresponde al hijo sin limitaciones, pudiendo disponer libremente de ellos por actos inter vivos y también por testamento¹¹¹, si bien se ha de respetar en este último caso el derecho del padre, que es heredero legítimo¹¹².

La regulación del peculio *quasi castrense* había tomado como modelo la del castrense, y los bienes que lo integran también pertenecen al hijo sin limitaciones. Las Partidas lo denominan *pegujar de aluergada*, y lo consideran constituido por las soldadas de los maestros de la Cámara del rey o de otro lugar público, por lo que ganan los que desempeñan cargos de Corte, de jueces, de escribanos, etc., y por las donaciones del rey o del señor¹¹³.

Mientras está sometido a la patria potestad, el hijo no puede demandar sin autorización de su padre, ni tampoco puede ser demandado y comparecer en juicio sin esa autorización¹¹⁴. Pero puede

107. *Leyes de Toro* 47 y 48; *Nov. Recop.* 10, 5, 3.

108. *Part.* 4, 18, 15.

109. *Part.* 4, 17, 5.

110. *Part.* 5, 13, 24.

111. *Part.* 4, 17, 6.

112. G. LÓPEZ, *Glosa*. *Part.* 4, 17, 6, *padre ni hermano*.

113. *Part.* 4, 17, 7.

114. *Part.* 4, 17, 11.

demandar y responder en juicio si, estando lejos de su padre, hubiese riesgo de perder su derecho mientras solicita la autorización paterna ¹¹⁵.

El hijo puede *aducir en iuryzio* a su padre por razón de litigio sobre bienes del peculio castrense o quasi castrense, en cuyo caso se comporta como propietario, pues sería injusto hacerlo depender de la autorización paterna. Y también el hijo, con licencia del *judgador que ha poder de judgar todos los pleytos*, puede *aducir a iuryzio* a su padre por alguna querella que tuviere con él ¹¹⁶.

La patria potestad cesa por muerte natural o civil del *paterfamilias* ¹¹⁷ y también por encartamiento y por otras acciones del padre ¹¹⁸. Aparte de estos casos, el hijo se libera de la patria potestad, por imperativo de la ley, cuando es elegido para cualquiera de las doce dignidades que enumeran las Partidas ¹¹⁹, y por emancipación.

La emancipación ha de realizarse ante el juez ordinario, con el consentimiento de padre e hijo y mediante carta ¹²⁰. En caso de que el hijo sea menor de siete años o de que esté ausente, se necesita pedir al rey que lo otorgue por carta, con lo cual se suple la presencia del hijo; pero si el hijo ausente es mayor de siete años, a su regreso, debe dar su consentimiento ante el juez ¹²¹. En algunos casos, sin embargo, el padre puede ser obligado a emancipar a su hijo. Acaece esto si el padre castiga cruelmente al hijo, si prostituye a las hijas, si recibe una manda con la condición de emancipar a los hijos, y, el que arrogó a un menor de catorce años, si el arrogado, después de esta edad, demanda al juez que lo emancipe por cualquier causa justa ¹²².

5. El régimen de patria potestad justinianeana rige hasta la Ley de matrimonio civil de 1870, sin otras modificaciones que las mencionadas de las Leyes de Toro.

115. *Part.* 4, 17, 12.

116. *Part.* 4, 17, 11.

117. *Part.* 4, 18, 1 y 2.

118. *Part.* 4, 18, 4 y 6.

119. *Part.* 4, 18, 7-14.

120. *Part.* 4, 18, 15 y 17.

121. *Part.* 4, 18, 16.

122. *Part.* 4, 18, 18.

La Ley de matrimonio civil introduce algunas modificaciones fundamentales, como son las incluídas en el artículo 64. En él se dice: "El padre, y en su defecto la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados. Se reputará emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad." Este precepto será recogido por el artículo 154 de nuestro Código civil, cuya regulación de la patria potestad está modelada sobre la base de la Ley de matrimonio civil de 1870.

Los comentaristas de nuestro Código civil insisten en las consideraciones de la exposición de motivos de la Ley de matrimonio civil, y ven en esta forma de potestad de la madre, en defecto del padre, el punto final del desarrollo de principios proclamados por nuestro antiguo Derecho¹²³. Todos los autores encuentran claros precedentes históricos a la potestad subsidiaria de la madre¹²⁴.

Hemos visto la evolución histórica de la patria potestad en nuestro Derecho y, como se recordará, no se encuentra, respecto a la potestad materna, otra cosa que una tendencia a reconocer a la madre un puesto al lado del padre en el ejercicio del poder paterno. Esta tendencia se inicia ya en el Derecho romano, y adquiere su máxima relevancia en el Derecho visigodo. Pero la evolución, al tender a colocar a la madre en igualdad de condiciones jurídicas que el padre respecto a la persona y bienes de los hijos, conduciría a una potestad conjunta de ambos padres. Esta potestad conjunta, como hemos visto, no parece haber existido en la Edad Media, que, sin duda, fué el momento más propicio para que hubiera tenido lugar. En todo caso, una potestad ejercida exclusivamente por la madre, aun en defecto del padre, es algo de lo que, no sólo no hay muestra, sino que incluso tenemos pruebas de oposición a ella tanto en el Derecho visigodo como en el Derecho medieval. Es, pues, esta potestad subsidiaria de la madre una innovación de la Ley de matrimonio civil de 1870 que no encuentra su origen en nuestro Derecho histórico. Probablemente será necesario buscárselo en la influencia francesa.

123. MANRESA, *Comentarios al Código civil español* * II (Madrid, 1944) p. 12 ss.; Q. M. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado* * III (Madrid, 1942) p. 500 ss.

124. GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales* I cit. pág. 695.

La patria potestad tradicional cesaba a la muerte del padre. El casamiento del hijo producía en el Derecho visigodo una especie de emancipación, pues confería al hijo la libre disposición de los *bona materna*, salvo el usufructo de un tercio, reservado en favor del padre. Las Leyes de Toro consagraron la emancipación por el matrimonio del hijo. El hecho de alcanzar una determinada edad producía en algunas épocas el disfrute de ciertos derechos por parte del hijo. De esta manera, en el Derecho visigodo, la mayor edad confería al hijo solamente la libre disposición de la mitad de los bienes heredados de la madre. La Ley de matrimonio civil vino a consagrar definitivamente la emancipación por mayoría de edad.

Los efectos que se atribuyen a la patria potestad en la Ley de matrimonio civil de 1870 no difieren fundamentalmente de los de la *patria potestas* justinianeas en lo que se refiere al contenido patrimonial. A través de esta breve exposición podremos observar que bien se puede decir que aquélla ha proporcionado las bases de la concepción consagrada en los Códigos modernos.

En el campo de las relaciones personales, los padres tienen derecho a que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía. Se atribuye también a los padres un derecho de corrección sobre sus hijos, típico derecho que corresponde al deber de educación ¹²⁵.

En el campo patrimonial se advierte una novedad respecto al régimen anterior. La Ley de matrimonio civil no habla de peculios, pero en el fondo se conserva la distinción entre bienes profecticios y bienes adventicios. Desaparecen las referencias a aquellas adquisiciones que constituían los peculios castrense y cuasi castrense, fácilmente incluibles en el grupo de los bienes adventicios.

Se atribuye a los padres la propiedad de los bienes que el hijo adquiere con el caudal que aquéllos hubieren puesto a su disposición para el ejercicio de cualquier comercio o industria. El derecho del padre es de simple administración y usufructo sobre los bienes

125. Ley m. civil, art. 65: En consecuencia de tal potestad, el padre y en su defecto la madre tendrán derecho: 1.º A que sus hijos legítimos no emancipados vivan en su compañía, y a representarlos en juicio en todos los actos jurídicos que le sean favorables. 2.º A corregirlos y castigarlos moderadamente.

que los hijos puedan adquirir por cualquier título o por su trabajo o industria ¹²⁶, cuya propiedad pertenece al hijo.

Sin embargo, en el caso de que el hijo no viva en compañía de sus padres, el padre o la madre no adquieren la propiedad, el usufructo ni la administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria ¹²⁷. El hijo es plenamente propietario de tales bienes, y se reputa emancipado para la administración y usufructo de ellos ¹²⁸. Pertenece también exclusivamente al hijo la propiedad de los bienes donados o mandados para sus gastos de educación e instrucción, o con la condición expresa de que no pudieran usufructuarlos el padre o la madre ¹²⁹. Ya Justiniano (Nov. 117, 1) había excluido el derecho de administración y usufructo del padre cuando el disponente hubiera querido beneficiar exclusivamente al hijo.

Como era ya tradicional, el padre, y ahora también, en su defecto, la madre, cuando gocen del usufructo de los bienes de los hijos, tienen las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar, mientras no contraigan posteriores nupcias. Cuando se trate de bienes respecto a los cuales tienen sólo la administración, los padres están obligados a formar inventario, con intervención del ministerio fiscal ¹³⁰.

ALFONSO OTERO

126. Art. 65: 3.º A hacer suyos los bienes que adquieren con el caudal que hubieren aquéllos puesto a su disposición para cualquier industria, comercio o lucro. 4.º Administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieren adquirido por cualquier título lucrativo o por su trabajo o industria.

127. Art. 66: El padre, y en su defecto la madre, no adquirirán la propiedad, el usufructo ni administración de los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo o industria, si no viviere en su compañía.

128. Art. 67: El hijo se reputará como emancipado para la administración y usufructo de los bienes comprendidos en el artículo anterior.

129. Art. 68: Tampoco adquirirá el padre, o en su defecto la madre, la propiedad ni el usufructo de los bienes donados o mandados al hijo para los gastos de su educación e instrucción, o con la condición expresa de que aquéllos no hubieran de usufructuarlos, si en este caso los bienes donados no constituyen la legítima del hijo.

130. Art. 69: El padre, y en su defecto la madre, cuando gocen del usufructo de los bienes de los hijos, tendrán las obligaciones de todo usufructuario, excepto la de afianzar respecto de los mismos bienes, mientras no contrajeren segundas nupcias. También estarán obligados a formar inventario, con intervención del ministerio fiscal, de los bienes de los hijos respecto a los cuales tuvieren solamente la administración.

