

EN TORNO A LOS EFECTOS DE LA *PATRIA POTESTAS* SOBRE LOS *FILIIFAMILIAS*, SUS PERSONAS Y SUS BIENES^{1, 2}

Por

SALVADOR RUIZ PINO
Universidad Pontificia Comillas

sruizp@icade.comillas.edu

Revista General de Derecho Romano 32 (2019)

RESUMEN: La *patria potestas* despliega una gran cantidad de efectos sobre las personas y el patrimonio de los hijos de familia romanos. Este estudio pretende acercarse a estos efectos jurídicos y aporta una investigación general en el contexto del derecho de familia romano.

PALABRAS CLAVE: *Patria potestas*, *paterfamilias*, *filiifamilias*, *peculium*.

SUMARIO: I. EFECTOS DE LA *PATRIA POTESTAS* SOBRE LAS PERSONAS DE LOS *FILIIFAMILIAS*. 1. *Ius vitae necisque*. 2. *Ius vendendi*. 3. Potestad de autorizar o prohibir el matrimonio de los *filiifamilias*. 4. Otros efectos personales de la *patria potestas* en las personas de los *filiifamilias*. II. EFECTOS DE LA *PATRIA POTESTAS* DEL *PATERFAMILIAS* SOBRE LOS BIENES DE LOS *FILIIFAMILIAS*. III. LA DIMENSIÓN PÚBLICA Y EL *STATUS CIVITATIS* DE LOS *FILIIFAMILIAS*: <<*FILIUSFAMILIAS IN PUBLICIS CAUSIS LOCO PATRISFAMILIAS HABETUR*>>.

AROUND THE EFFECTS OF THE *PATRIA POTESTAS* ON THE *FILIIFAMILIAS*, THEIR PERSONS AND THEIR GOODS

ABSTRACT: *Patria potestas* deploys a great amount of effects on the persons and the goods of the roman *filiifamilias*. This study aims to approach these legal effects and brings a general investigation in the roman family law context.

KEYWORDS: *Patria potestas*, *paterfamilias*, *filiifamilias*, *peculium*.

¹ A mi querido Maestro, el Excmo. Sr. D. Antonio Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad Autónoma de Madrid y Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España, con motivo de sus recientes investiduras como Doctor Honoris Causa por las Universidades de Plovdiv, San Pablo-CEU de Madrid, Córdoba y New Bulgarian University de Sofía. Maestro de maestros, su magisterio es y será referencia perpetua para todos aquellos que se acerquen al estudio del *ars boni et aequi* con el ánimo de descubrir en el Derecho Romano las claves para comprender el derecho más actual, imprescindible para la formación de cualquier jurista hoy. En agradecimiento a su magisterio, su persona y el cuidado constante que dedica a los que somos sus discípulos y seguimos, cada día, aprendiendo de él.

² Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto I+D de Excelencia "Experiencia administrativa y medioambiental romana. Bienes públicos, medio ambiente y salubritas, urbanismo y delitos por actividad ilícita de los magistrados", Ref.: DER 2015-64317-P (MINECO/FEDER), del Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia del Ministerio de Fomento y Competitividad, dirigido por los Profesores Dres. Juan Miguel Albuquerque Sacristán y Carmen Jiménez Salcedo.

La familia romana, entendida en su sentido estricto como una comunidad doméstica formada por un grupo de personas y un conjunto de cosas sometida a la potestad de un jefe, el *paterfamilias*, investido de poderes jurídicos sobre toda ella adquiere todo su fundamento en el concepto de *patria potestas*. Es por ello por lo que puede afirmarse la gravedad de los efectos del poder del *paterfamilias*, teniendo en cuenta que se trata de un derecho soberano, original y unitario. Ya conocemos a este respecto la opinión de ALBURQUERQUE³, quien excusaba que la función paterna desplegara, y sobrepasara en ocasiones, la máxima discrecionalidad respecto a la estructura patrimonial y al ejercicio de la *patria potestas*, sobre el fundamento de la subsistencia de la concepción de la familia basada primordialmente en el ámbito de la organización propia de la agnación.

Podemos afirmar, con RODRÍGUEZ ENNES⁴, que la *patria potestas* indica el poder exclusivo y soberano que el *pater familias* tiene sobre los hijos procreados en un matrimonio legítimo o que han entrado bajo aquella por cualquiera de los medios hábiles al efecto. Este poder del cabeza de familia con respecto a las personas sometidas a él se manifiesta a través de los denominados efectos de la patria potestad, reflejados sobre las

³ ALBURQUERQUE, J.M., *La prestación de alimentos en Derecho Romano y su proyección en el derecho actual*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 34 y ss: El *pater familias*, jefe de familia o autoridad única, cabeza de familia, ejercerá todas las funciones potestativas tanto en el orden doméstico, aunque no tenga hijos (D. 50,16,195,2, ...*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet*), como en el contexto externo". Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho privado romano y su práctica a través del Código Civil*, Ed. Del Genal, Málaga, 2004, págs. 35 y ss.; Vid. también Id., *Terminología, definiciones y ritos de las nupcias romanas: la trascendencia de su simbología en el matrimonio moderno*, Dykinson, Madrid, 2006; FERNÁNDEZ DE BUJÁN A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid 1984, págs. 21 y ss; BLANCH NOUGUÉS, J.M., "La filiación en el pensamiento jurídico romano: *ueritati locum superfore*", *RGDR*, nº 3, diciembre 2004, pág. 4: "La naturaleza de mando que inviste la figura del *pf.* relega a un segundo plano la de la paternidad biológica hasta el punto de llevar a negarla a un célebre romanista de principios del siglo XX muy influyente - nos referimos al italiano Bonfante-, a través de su famosa teoría sobre la soberanía del *pf.*, que hace aparecer a éste como titular de una potestad omnimoda al frente de la familia concebida como un micro-Estado. Apoyos para su formulación no le faltan si nos referimos a los diferentes poderes que ciertamente parecen asemejar el jefe de familia a un *rex*. Al *pf.* se le atribuye la *dominica potestas* (o poder en concepto de dueño sobre las cosas que integran el patrimonio familiar, incluidos esclavos); la *manus* sobre la mujer que ha ingresado en la familia mediante una *conventio in manum* (procedimiento realizado a través de ciertas formas con el fin apuntado y no con el de constituir formas de celebración del matrimonio); la *patria potestas* sobre hijos y descendientes incorporados a la familia biológicamente o artificialmente (adopción o arrogación). Ésta a su vez aparece integrada por un haz de poderes: *ius vitae necisque* (derecho de vida y muerte -en cierto modo similar al *ius gladii* o derecho de espada, es decir de dar muerte a los súbditos-), *ius exponendi* (derecho de abandono de hijos recién nacidos), *ius noxae dedendi* (derecho de entrega a la víctima de un delito cometido por una persona sometida a su potestad), *ius vendendi* (o derecho de venta de hijos bajo su poder). Incluso la paternidad biológica parece basarse en la regla que atribuye la condición de padre a los nacidos de justas nupcias en determinadas condiciones por lo que el vínculo que se destaca es el político (agnaticio) más que el de sangre (cognaticio). Sin embargo, una exasperación de estos indicios puede conducir a la conclusión errónea de no aceptar en la mentalidad romana la realidad física del engendramiento paterno."

⁴ RODRÍGUEZ ENNES, L., *Bases Jurídico-Culturales de la Institución Adoptiva*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1978, pág. 34.

personas⁵ y los bienes de los *alieni iuris*, de entre los cuales reflejaremos, en relación a los *filiifamilias*, un esbozo de los que consideramos más relevantes para nuestro estudio.

I. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAS SOBRE LAS PERSONAS DE LOS FILIIFAMILIAS

1. *Ius vitae necisque*

La patria potestad del padre le otorgaba, efectivamente, el derecho de vida y muerte sobre los hijos, constituyéndose así como una de las potestades del *paterfamilias* más inveteradas y en cierto modo, como indica BLANCH NOUGUÉS, J.M.⁶, con aspectos similares al *ius gladii* o derecho de espada, es decir, de dar muerte a los súbditos. En efecto, la propia legislación decemviral recogía en la tabla IV la consagración de este poder del *paterfamilias*:

Lex Duodecim Tabularum⁷, Tabula IV (2a): *Cum patri lex - dederit in filium vitae necisque potestatem* (Pap., Coll., 4, 8 ; Cf. Dion., 2, 26 ; frag. Gai August., 4, 86).

Podemos en este punto señalar una interesante diferencia de trato entre las personas de los hijos y las hijas. No olvidemos que la tradición, recogida entre otros por DIONISIO DE HALICARNASO⁸, indicaba la obligación de los *paterfamilias* de recoger y criar a los hijos y a las hijas primogénitas, no adquiriendo el derecho absoluto sobre ellos hasta los tres años. Por el contrario, el padre ostentaba la plena potestad sobre las demás hijas desde el mismo momento de su nacimiento. No obstante esta situación de diferencia de trato, apenas se conocen casos de ejercicio del *ius vitae necisque* en *filiaefamilias*, salvo la de L. VIRGINIO que mató a su hija VIRGINIA para evitar la persecución libinidosa de APIO CLAUDIO, o ATTILIUS que mató a su hija por impúdica. Se conservó, sin embargo, la posibilidad de que el padre pudiera matar a la hija y al cómplice en supuestos de adulterio, si fueron sorprendidos *in ipsa turpitudine*. PAPINIANO justifica este derecho en el

⁵ Vid. MORDECHAI RABELLO, A., *Effetti personali della "patria potestas". Dalle origini al periodo degli Antonini*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

⁶ BLANCH NOUGUÉS, J.M., "La filiación en el pensamiento jurídico romano: *ueritati locum superfore*", *RGDR*, nº 3, diciembre 2004, pág. 4.

⁷ RICCOBONO, *Fontes iuris Romani antejustiniani*, I, Firenze, 1941, pp. 21-75.

⁸ *The Roman Antiquities*, 2, 15. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, tesis inédita de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, págs. 50-51.

razonamiento de que le inspiraba una mayor confianza la justa severidad del padre que la cólera ciega del marido ultrajado.⁹

No obstante este derecho del *paterfamilias*, conviene afirmar con JÖRS y KUNKEL¹⁰ que “la moral influyó dulcificando el rigor de este poder, y exigió al padre que las penas graves, sobre todo la de muerte, no fuesen impuestas por él arbitrariamente, sino como juez, y después de oír el consejo de parientes (*iudicium domesticum*)”. A este respecto señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.¹¹, que esta limitación ya se realizaba en la práctica desde los tiempos primitivos, a los que hubo de sumarse otros elementos disuasorios del ejercicio abusivo de la potestad familiar, como fueron la nota censoria y el progresiva reforzamiento de la posición de los hijos sometidos a patria potestad, por la legislación imperial, en este sentido en D. 37.12.5 se afirma que: «El emperador Trajano, de consagrada memoria, obligó a un padre a que emancipara a un hijo al que maltrataba...». De la misma forma, se obligó al *pater* a emancipar a su hija cuando la prostituía o intentaba prostituir.

VALENTÍ ABREU, J.,¹² apunta la posibilidad de que la convocatoria del *consilium* no pueda considerarse sólo una práctica social condicionada exclusivamente a la voluntad del *pater* en el ejercicio de la patria potestad, sino que se trataría de un instituto establecido y sancionado por el derecho positivo. Fundamenta este autor la citada posibilidad en el hecho de que en multitud de ocasiones la observancia del derecho, la costumbre inveterada y la *opinio iuris seu necessitatis* no se recoge en las normas del derecho vigente escrito. En las ocasiones en las que el *paterfamilias* ejercita el *ius vitae necisque* sobre los hijos sin convocar el citado *iudicium domesticum* no estaría aplicando, en opinión de VALENTÍ ABREU, J., las prerrogativas de la patria potestad sino que ejercería una jurisdicción sobre el hijo en virtud del *imperium consular* o cualquier otro título similar.

Esta concepción primitiva de la *patria potestas* que otorgaba al padre de familia el poder de decidir sobre la vida y la muerte del hijo sometido a él, se ve modificada mediante un proceso de evolución histórica en el que la influencia de las ideas cristianas fueron transformando esta *potestas* en un *officium*, forjándose el principio jurídico de

⁹ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit, pág. 51.

¹⁰ *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937, pág. 411.

¹¹ *Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, Madrid, 2017, pág. 239.

¹² VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 50.

*patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.*¹³ Así quedó transformada con el avance de los siglos y por influencia cristiana en un deber de protección y asistencia, pues, como señala adecuadamente FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F.,¹⁴ “se puede constatar que el derecho no puede sustraerse a esa tendencia natural que es la protección, conservación y defensa de la vida humana”.

A pesar de todo, y pese a las limitaciones legislativas y/o sociales, el *ius vitae necisque* se conserva hasta época cristiana, pues CONSTANTINO lo menciona como institución vigente¹⁵. Es VALENTINIANO I quien procede a su abolición, siendo desde entonces competentes para castigar a los hijos por faltas graves los jueces¹⁶. Entre las causas que modificaron esta primitiva concepción de la *patria potestas* encontramos toda una evolución histórica de orígenes de índole político, moral y social, entre las que cobra importancia la influencia de la nueva concepción familiar cristiana. Efectivamente, en la concepción de la familia cristiana no era la soberanía del *paterfamilias* la constituyente del fundamento familiar, sino el matrimonio concebido como sacramento, el cual, en palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., “tiene una finalidad exclusivamente ética” y, “en cuyo ámbito nunca fue anulada la autonomía y la personalidad de sus componentes, y únicamente para estos fines éticos es reconocido un poder del *pater* sobre los hijos”¹⁷.

2. *Ius vendendi*

La potestad del *ius vendendi* que el derecho confería al *paterfamilias* contenía el grave derecho de enajenar a un hijo de familia como si de un esclavo se tratara. Este derecho, como nos muestran los abundantes testimonios literarios, tuvo una gran importancia en la antigüedad.

CICERO, *Pro A. Caecina Oratio*, 98-100: *quaeri hoc solere me non praeterit ut ex me ea quae tibi in mentem non veniunt audias quem ad modum, si civitas adimi non possit, in colonias Latinas saepe nostri cives profecti sint. aut sua voluntate aut legis multa profecti sunt; quam multam si sufferre voluissent, manere in civitate potuissent. quid ? quem pater patratus dedit aut suus pater populusve vendidit,*

¹³ Cfr. ALBURQUERQUE, J.M., *Patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*. Iuris Tantum, nº 16., Universidad Anáhuac, México, junio 2005; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, Ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1984, pág. 24.

¹⁴ *La vida, principio rector del derecho*, Madrid, 1999, p. 157.

¹⁵ C. Teod. 4, 8, 6.

¹⁶ JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, Ed. Labor, Barcelona, 1937, pág. 411.

¹⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma y en el derecho español*, cit., págs. 23 y 24.

quo is iure amittit civitatem ? Vt religione civitas solvatur civis Romanus deditur ; qui cum est acceptus, est eorum quibus est deditus ; si non accipiunt, Mancinum Numantini, retinet integram causam et ius civitatis. si pater vendidit eum quem in suam potestatem susceperat, ex potestate dimittit. iam populus cum eum vendit qui miles factus non est, [99] non adimit ei libertatem, sed iudicat non esse eum liberum qui, ut liber sit, adire periculum noluit ; cum autem incensum vendit, hoc iudicat, cum ei qui in servitute iusta fuerunt censu liberentur, eum qui, cum liber esset, censerit noluerit, ipsum sibi libertatem abiudicavisse. quod si maxime hisce rebus adimi libertas aut civitas potest, non intellegunt qui haec commemorant, si per has rationes maiores adimi posse voluerunt, alio modo noluisse ? [100] nam ut haec ex iure civili proferunt, sic adferant velim quibus lege aut rogatione civitas aut libertas erepta sit. nam quod ad exsilium attinet, perspicue intellegi potest quale sit. exsilium enim non supplicium est, sed perfugium portusque supplici. nam quia volunt poenam aliquam subterfugere aut calamitatem, eo solum vertunt, hoc est sedem ac locum mutant. itaque nulla in lege nostra reperietur, apud ceteras civitates, maleficium ullum exsilio esse multatum ; sed cum homines vincula, necesse ignominiasque vitant, quae sunt legibus constitutae, confugiunt quasi ad aram in exsilium. qui si in civitate legis vim subire vellent, non prius civitatem quam vitam amitterent ; quia nolunt, non adimitur eis civitas, sed ab eis relinquitur atque deponitur. nam, cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur haec civitas denique, cum is qui profugit receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem.

Como podemos comprobar, cabía esperar efectos jurídicos diferentes dependiendo de si la venta del *alieni iuris* se producía dentro de los confines de la *Urbs* o fuera de ella. Efectivamente, si la venta se producía *trans Tiberim* el hijo se convertía en esclavo, de tal forma que si volviese posteriormente a Roma no se vería restituido ni en la ciudadanía romana ni en la libertad. Si, por el contrario, la enajenación se produjera en la *Civitas*, debido al principio de que un ciudadano no podía ser esclavo en Roma, pasaba a una mera situación de privación de libertad civil, situándose en el lugar de un siervo. Durante esta situación de semiesclavitud el *paterfamilias* no perdía su potestad sobre el *filiusfamilias*, quedando ésta en suspenso hasta que se produjera la emancipación por parte del adquirente. GAYO denomina esta enajenación del hijo de familia *in mancipio esse*, dado a que se producía, como la de los esclavos, por la vía de mancipación.

GAIUS, *Inst.* I, 117: *Omnes igitur liberorum personae, siue masculini siue femenini sexus, quae in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo etiam serui mancipari possunt.*

Cabría preguntarse cuáles son las causas que podrían llevar a un *paterfamilias* a enajenar o vender a un *filiusfamilias*. Una razón importante debía ser la posibilidad de emplear el trabajo de los hijos antes de que naciera la *locatio conductio operarum*, o bien la garantía para las familias más necesitadas de prestar a los hijos el cuidado que el propio *pater* no podía asegurarles. No obstante estas dos razones de importante calado, quisiéramos resaltar la de la entrega del hijo a un tercero que hubiese sufrido un daño causado por él, lo que en las fuentes se denomina la *noxae deditio*.

I. 4. 8. 2.: *Summa autem ratione permissum est noxae deditioe defungi: namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

Efectivamente, en un principio, cuando una persona sometida a potestad paterna o dominical cometía un hecho delictivo, estaba el *paterfamilias* obligado a permitir al lesionado ejercer su venganza contra el autor y en el caso de interponerse ante esta venganza, negándose a entregar al autor del delito, se hacía personalmente responsable del acto delictivo. Esto, como nos indican las fuentes, independientemente de que el padre de familia o dueño conociera o no la comisión del delito, lo que perduró hasta principios de la República.

D. 9. 4. 2. 1 (*Ulpianus libro 18 ad edictum*): *Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagensimo sexto scribit "si servus furtum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.*

Es a partir de los nuevos principios de causación y culpabilidad que aparecen a principios de la República cuando se establece que el *paterfamilias* es responsable de los actos cometidos por las personas constituidas bajo su potestad, pudiendo eximirse de ella entregando el ofensor al lesionado¹⁸. Aún así, JUSTINIANO nos relata en sus *Instituciones* que “la moderna cultura de los hombres juzgó con razón que debía rechazarse esta aspereza”, preguntándose “quién sufriría dar a otro en noxa su hijo, y, sobre todo, su hija, de suerte que por el abandono de su cuerpo, casi más padezca el padre que el hijo, oponiéndose con razón a esto, respecto de las hijas, hasta la consideración al pudor”. Es por esto que el emperador ilustrado nos recuerda que fue por esta razón por la que se estableció que las acciones noxales tan sólo debían ser ejercitadas contra los esclavos, “como quiera que en los antiguos comentaristas de las leyes encontramos dicho muchas veces que los mismos hijos de familia pueden ser citados a juicio por sus propios delitos”. Adviértase que ya en esta época justiniana se consideraba que la *nox a deditio*, si carecía de vigor contra los *filiifamilias*, cuanto más contra las *filiaefamilias*, según las fuentes por respeto al pudor. Podemos intuir por la expresión usada -*veteres legum comentatores*- que estos criterios ya estaban vigentes en la época clásica.

I. 4. 8. 7.: *Sed veteres quidem haec et in filiifamilias masculis et feminis admiserunt. nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit et ab usu communi haec penitus recessit: quis enim patitur filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut pene per corpus filii pater magis quam filius periclitetur, cum in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filiosfamilias pro suis delictis posse conveniri.*

No obstante estas posibles causas que llevarían al padre a enajenar a un hijo de familia, podemos afirmar que el mero hecho de admitirse el derecho de venta del hijo constituye una muestra del derecho de propiedad del *paterfamilias* sobre el *filius*. El mismo DIONISIO DE HALICARNASO (2-26 y 27) llega a esta conclusión manifestando que la condición del *filiusfamilias* resulta bastante más paupérrima que la de un esclavo vendido en el mercado pues, mientras éste recobra la libertad definitiva una vez manumitido, el hijo recae en la potestad paterna por tres veces. Efectivamente, la legislación de las *XII*

¹⁸ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 382. En la nota 3 de ésta misma página, señala: “Cada día alcanza mayor aceptación la idea de que la responsabilidad no procede del principio de que la familia o el jefe de ella respondían por el autor del delito, sino que surge de un conflicto entre el derecho de venganza del ofendido sobre el ofensor y la potestad del padre de familia.”

Tablas reguló un límite a los abusos paternos según el cual cuando un hijo hubiese sido dado tres veces *in mancipium*, al serle concedida la libertad por el último adquirente no tornaba a la potestad paterna. Fue este precepto el que constituyó la piedra de fundamento de la emancipación del hijo de familia¹⁹.

Lex Duodecim Tabularum, Tabula IV, (2b): SI PATER FILIUM TER VENUM DU[UIT] FILIUS A PATRE LIBER ESTO. (Ulp., *Reg.*, 10, 1; Cf. Gaius, 1, 132. 135; 4, 79; *D.*, 2, 14, 48; *Gai. epit.*, 1, 6, 3; *Iust., Inst.*, 1, 12, 6; *Dion.*, 2, 27).

GAIUS, *Inst.* I, 132: *Praetera emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his uerbis: SI PATER <TER> FILIUM VENVM DVIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui, is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii -sed in usu est eidem mancipari- isque eum postea similiter uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reuertitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii -sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur- eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nomdum manumissus sit sed adhuc in causa mancipi...*

Como vemos, la *datio in mancipio* se ve paliada por la inscripción en el censo al hijo dado en *mancipio*, al que se le concedía por este medio la libertad al igual que al esclavo. Esto ha llevado a algunos autores a conjeturar que, como el censo de los ciudadanos se confeccionaba cada cinco años, la *mancipatio* quedaría sin efecto obligando al *pater* a renovar dicha mancipación del hijo²⁰.

En los tiempos de crisis de los siglos III y IV d. C. volvió a manifestarse la costumbre de la enajenación de los hijos, que hubo de ser sancionada por CONSTANTINO, así como por DIOCLECIANO.

C. 4. 43. 1: *Imperatores Diocletianus, Maximianus. Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris iure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est. *DIOCL. ET MAXIM. AA. ET CC. AURELIAE PAPIANAE. *A 294 D. XVI K. DEC. NICOMEDIAE CC. CONSS.>*

¹⁹ Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), Milan, 1963, pág. 80.

²⁰ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 52.

C. 4. 43. 2. *Imperator Constantinus. Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem.*

No obstante, desde finales de la República, la *datio in mancipium* aparece únicamente en los casos de *noxae deditio*, siendo ya desconocida para el derecho justinianeo.

3. Potestad de autorizar o prohibir el matrimonio de los *filiifamilias*.

Las fuentes son muy esclarecedoras al darnos testimonio de la necesidad de la autorización del *paterfamilias* para que los hijos contrajeran matrimonio, lo que en el caso del *filiusfamilias* alcanza hasta al consentimiento de todos los ascendientes varones que se hallen *in patria potestate*.

D. 23. 2. 2. (*Paulus libro 35 ad edictum*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.*

D. 23. 2. 21. (*Clementius libro tertio ad legem Iuliam et Papiam*): *Non cogitur filius familias uxorem ducere.*

La *filiafamilias*, en cambio, no necesita del consentimiento de su genitor y demás ascendientes, como es el caso del *filiusfamilias*, sino que le basta con que el *paterfamilias* no exprese su oposición a la celebración del matrimonio.

D. 23. 1. 7. 1. (*Paulus libro 35 ad edictum*): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

Siguiendo una línea contraria en esta diferencia de trato, recordemos también que el *filiusfamilias* no puede ser forzado a casarse contra su voluntad (D. 23.2.21: “*No se puede forzar al hijo de familia para que se case...*”), mientras que durante muchos siglos el *pater* elegía el marido de la *filiafamilias*, que no podía rechazar la unión salvo que fuera *indignus vel turpis*²¹.

²¹ Encontramos en la *Vida de Catón el Censor* que nos narra PLUTARCO que cuando el magistrado estimó volver a casarse acudió directamente al foro para pedir la mano de su hija a Favorinus, concluyendo la promesa o *sponsio* en el mismo instante. Podemos observar que ni Catón ni el *pater* de la novia (Favorinus) consultaron el parecer de la mujer, cuya voluntad quedaba vinculada a la paterna. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 57.

Debemos recordar aquí con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.²², que si el *paterfamilias* denegaba injustamente el consentimiento, cabía la posibilidad de recurrir la decisión ante la autoridad jurisdiccional. Efectivamente, a raíz de las reformas familiares de AUGUSTO, que tenían como finalidad el aumento de los matrimonios y la natalidad, con la promulgación de la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* se ofrece a los hijos un importante recurso legal, pues obliga al padre a invocar una *iusta causa* de su oposición al matrimonio.

D. 23.2.19. (*Marcianus libro 16 institutionum*): *Capite trigesimo quinto legis Iuliae qui liberos quos habent in potestate iniuria prohibuerint ducere uxores vel nubere, vel qui dotem dare non volunt ex constitutione divorum Severi et Antonini, per proconsules praesidesque provinciarum coguntur in matrimonium collocare et dotare. Prohibere autem videtur et qui condicionem non quaerit.*

Así, según las fuentes, si un *pater* no consentía injustamente o retardaba el matrimonio, los hijos podrían acudir a los magistrados quienes obligarían a consentir las nupcias. De la misma forma, una constitución de SEVERO y ANTONINO obligaba al *pater* a dotar a la hija, considerándose la negación de dote como una oposición al matrimonio, en cuyo caso la fijación de la dote la hacía el propio magistrado. En ocasiones pudo la obligación de la dote correr a cargo de los demás agnados e incluso del propio Estado, en caso de las hijas indigentes²³.

4. Otros efectos personales de la patria potestas en las personas de los filiifamilias

Fruto quizá de la primitiva consideración de la *potestas* como dominio de los hijos, se concedía al *paterfamilias* una *vindicatio* frente a terceros que retuvieran indebidamente al hijo, que acabó configurándose como una acción restitutoria.

D.6.1.1.2. (*Ulpianus libro 16 ad edictum*): *Per hanc autem actionem liberae personae, quae sunt iuris nostri, ut puta liberi qui sunt in potestate, non petuntur: petuntur igitur aut praeiudiciis aut interdictis aut cognitione praetoria, et ita Pomponius libro trigensimo septimo: nisi forte, inquit, adiecta causa quis vindicet: 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.*

²² *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 257, 258.

²³ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, págs. 56 y 57.

Vemos como ULPIANO, en este fragmento estimado formalmente sospechoso por la doctrina pero de contenido indudablemente clásico²⁴, la considera posible, siendo especialmente relevante para nuestro estudio global el hecho de que esta *vindicatio patria potestatis* fuese el instrumento procesal formalizante del negocio jurídico imitado que daría lugar a la adopción, como veremos. Tengamos en cuenta además que la práctica procesal de los magistrados generó también para los litigios sobre recuperación de la patria potestad el *interdictum de liberis exhibendis, item ducendis*, que recoge D. 43. 30.

Otro aspecto importante que muestra un capital efecto de la *patria potestas* sobre la persona del *filiusfamilias* lo constituye la transmisión del *nomen familiae*. Como sabemos, todo ciudadano romano tenía un *nomen*, signo distintivo de su ciudadanía. Recordemos con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.²⁵, que ya desde la época arcaica la comunidad sacral, que tenía su centro en la *domus*, suponía la continuidad del *nomen familiae* en el *census* de la *civitas*. Siguiendo a este autor, conocemos que cada ciudadano se veía identificado mediante el nombre propio, *praenomen*, que lo distingue de los demás miembros de su familia, el nombre de la *gens* o familia a la que pertenecía, *nomen gentilicium* o *familiae*, y un sobrenombre o nombre de la rama a la que pertenecía, en su caso, el *civis*, dentro de la *gens*²⁶. Como veremos en el estudio específico de la transmisión del *nomen familiae* como efecto del acto constitutivo de la adopción, el adoptado asumía el *nomen* y el *cognomen* del adoptante, efecto que pudo también lograrse a través de la denominada *condictio nominis ferendi* o cláusula *nomen ferre* incluida a través del acto de última voluntad de la adopción testamentaria²⁷.

Aún existiendo todas las limitaciones anteriores fruto de los efectos personales de la patria potestad del cabeza de familia sobre los hijos de familia, éstos, en el ámbito del derecho público, tenían sufragio activo (*ius suffragii*) y pasivo (*ius honorum*), es decir capacidad de votar y de ser candidato y acceder a las magistraturas²⁸.

Como ya hemos señalado, las relaciones de patria potestad en Derecho romano no pueden ser juzgadas por su aspecto meramente jurídico, que equivaldría a deducir la ausencia de todo afecto y de todo sentimiento moral en las relaciones entre padres e

²⁴ JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 410, n. 2.

²⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 229 y ss.

²⁶ Id., op. cit., pág. 259.

²⁷ Cfr. DICENTA MORENO, T., "La transmisión del *nomen familiae*", en LÓPEZ ROSA, R., y DEL PINO TOSCANO, F., *El Derecho de Familia de Roma al derecho actual*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, Huelva, 2004, págs. 157 y ss.

²⁸ Cfr. ORTEGA CARRILLO DE ALBORNOZ, A., *Derecho Privado Romano*, Ed. del Genal, Málaga, 2007, pág. 41; MIQUEL, J., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, cit., pág. 105; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 230.

hijos. Conocemos la opinión de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.²⁹, el cual, si bien reconoce que ciertamente en el campo del derecho no había límite alguno a la absoluta potestad del *pater*, en la práctica, existían límites consuetudinarios establecidos por las *mores maiorum*, a las que había que sumar la ritual consulta al tribunal denominado *iudicium domesticum*. También, como nos recordaba este autor, la posible desautorización mediante la nota censoria de los abusos cometidos por el *paterfamilias* acompañada de la progresista legislación imperial en defensa de los hijos maltratados por el *paterfamilias* bien podían suponer una importante mitigación del poder absoluto que el derecho le concedía. Abundan las opiniones doctrinales entre la romanística, que mantienen y afirman que este poder omnímodo de la *potestas* del *paterfamilias* no se constituía como un imperio arbitrario detentado en beneficio propio individual. El poder del *paterfamilias*, influenciado por la creencia religiosa³⁰, tenía como orientación natural el cumplimiento de las funciones sociales, económicas y políticas necesarias para el crecimiento y la supervivencia del grupo familiar³¹, cuyos abusos serían corregidos desde instancias privadas (*iudicium domesticum*) o públicas.

II. EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAS DEL PATERFAMILIAS SOBRE LOS BIENES DE LOS FILIIFAMILIAS

Recordemos que sólo el *paterfamilias* era para el Derecho romano un sujeto *sui iuris*, lo que se traducía en que sólo a él se le podía reconocer en el campo del derecho plena capacidad jurídica y de obrar, en el seno de la familia, en el marco del derecho privado y, en especial, el ámbito patrimonial³². Podemos afirmar, con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.³³,

²⁹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 22.

³⁰ Vid. FUENTESECA, P., *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 342 y ss.; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., op. cit., pág. 23: "En la época arcaica, la comunidad sacral que tenía su centro en la *domus* y que constituía la familia suponía la continuidad de los *sacra* y de un *nomen familiae* en el *census* de la *civitas*. (...) esta autoridad religiosa del *paterfamilias* es la base de su poder de vida y de muerte (*ius vitae necisque*) sobre todos los nacidos bajo la esfera de su jurisdicción familiar doméstica. Solamente en virtud de un carisma religioso puede explicarse la fuerza de este poder que aparece desde antiguo vinculado al *paterfamilias* y perdura teóricamente hasta época de Constantino".

³¹ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit, pág. 60.

³² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 246.

³³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág. 24. Continúa afirmando: "*Manus* y *mancipium* tienen que ver con estas ideas primitivas que reflejan la existencia de un poder único doméstico sobre cosas y personas que luego se va diversificando. No hay un concepto de propiedad fuera del ámbito de los bienes familiares probablemente hasta fines de la República. Ahora bien, suponiendo una familia amplia, comprensiva de tres generaciones por lo menos, es posible que existiese una comunidad familiar para ciertas cosas -como eran los esclavos, los animales de tiro y carga (es decir, los animales para el servicio agrícola), y los fundos en terreno itálico- que constituían las *res mancipi*."

que la propiedad en la época antigua estaba confundida con el poder familiar, con el poder doméstico; de ahí el término *manus*. Era el *paterfamilias*, precisamente por su característica de sujeto *sui iuris*, el único miembro con capacidad jurídica para ser titular de un patrimonio en el seno de la familia romana³⁴, y así lo muestran las fuentes al consagrar el principio *filius nihil suum habere potest*.

D. 41.1.10.1 (*Gaius libro secundo institutionum*): *Igitur quod servi nostri ex traditione nanciscuntur sive quid stipulentur vel ex qualibet alia causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Ideoque si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest, et si iuventibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur, perinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus. Eet his convenienter scilicet legatum nobis per eundem acquiritur.*

La progresiva individualización e independencia que fue alcanzando la persona del *filiusfamilias* a lo largo de la historia (algunos autores indican incluso que fue un proceso creciente a partir de la Segunda Guerra Púnica³⁵) fue flexibilizando este principio recogido en las fuentes de *filius nihil suum habere potest*, produciéndose la eventualidad de la detentación, posesión e incluso propiedad de bienes por parte de los hijos de familia³⁶.

Siguiendo al Prof. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.³⁷, podemos afirmar que desde época primitiva los hijos sometidos a patria potestad no pueden adquirir para sí mismos, de modo que lo que adquieren, ya sea por virtud de los negocios formales que le son accesibles, o bien por medio de los negocios libres de forma en los que intervienen, o de cualquier otro modo, incrementa en todo caso el patrimonio del *pater*. Esto constituía un grave conflicto en el seno del viejo *ius civile*, pues los sometidos a potestad podían mejorar pero no degradar la posición del titular de la patria potestad, lo que fue modificado por la acción de los magistrados mediante las denominadas *actiones adiecticiae qualitatis*, por las que el *paterfamilias* se obligaba a responder solidariamente

³⁴ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., op. cit., pág. 74.

³⁵ Así KASER, que indica que el proceso se desarrolló desde el final de la época agraria. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., op. cit., págs. 83 (n.14) y 74.

³⁶ Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., pág 24: "acaso cada hijo *púber* podría actuar como *manceps* o adquirente bajo la *auctoritas* del *paterfamilias* integrando así los bienes en el *mancipium* o titularidad dominical paternal. Se trataría, por tanto, de bienes de uso común y en este sentido *res comunes* de todos los hijos *púberes* que podían realizar una *mancipatio* a nombre del *paterfamilias*, los cuales -según algunos testimonios todavía de la época clásica- *vivo quoque patre quodammodo domini existimantur*"; VALENTÍ ABREU, J., op. cit., págs. 71 y ss.

³⁷ *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 246.

junto al *filius familias* cuando actuaba en el tráfico negocial en virtud de una intervención o iniciativa paterna³⁸.

- *Peculium profectivum*

Un primer signo de modificación o flexibilización del principio general *filius nihil suum habere potest* lo constituye la institución del *peculium*, que suponía la entrega de una parte de los bienes del *paterfamilias* al hijo (podía concederse también a los demás sometidos, incluso a los esclavos) para que los administrase o los destinase a alguna actividad. Esta entrega no se hacía, estrictamente hablando en términos jurídicos, en calidad de propiedad, sino de una concesión revocable, lo cual suponía el hecho de que, de premorir el *filius familias*, el padre recuperaría los bienes *non in iure successionis*, sino *in iure peculii*³⁹. El hijo, por su parte, ostentaba la administración del peculio, pero no podía donarlo ni disponer del él por acto de última voluntad.

Este *peculium* recibía el nombre de *profectivum*⁴⁰, precisamente por tratarse de una concesión del *paterfamilias* (*quasi a patre profectum*), si bien en las fuentes encontramos que bastaba con que el padre de familia no suprimiese al *filius* o al *servus* lo que habían adquirido, no siendo estrictamente necesario el trámite de la concesión de bienes para la existencia de la institución:

D.15.1.7.1 (*Ulpianus libro 29 ad edictum*): *Et adicit pupillum vel furiosum constituere quidem peculium servo non posse: verum ante constitutum, id est ante furorem vel a patre pupilli, non adimetur ex his causis. Quae sententia vera est et congruit cum eo, quod Marcellus apud Iulianum notans adicit "posse fieri, ut apud alterum ex dominis servus peculium habeat, apud alterum non, ut puta si alter ex*

³⁸ Id., op. cit., loc. cit. Señala este autor, además, que dicha intervención o iniciativa paterna bien podía ser "el haberle otorgado un *peculium*, haberle puesto al frente de un negocio o haberle encomendado una gestión de tipo patrimonial". En materia de la protección del menor a través de los recursos jurídicos proporcionados por la *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* (*actio legis Laetoriae*, *exceptio legis Laetoriae* y *restitutio in integrum*) véase un interesante estudio de GARCÍA GÉRBOLES, L., *La protección procesal del menor viginti quinque annis en Derecho Romano*, Ed. Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, al que nos remitimos en estas cuestiones.

³⁹ Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 74; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filius familias independiente en Roma*, cit., págs. 26 y ss.; DE FRANCICI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 455; JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 413: "mientras que el verdadero *peculium* es una porción de bienes que el *pater familias* confiere al hijo voluntariamente, y de la cual podía privarle en todo momento, con lo que, no sólo jurídica, sino también económicamente continuaba siendo una parte del patrimonio paterno, los *peculios* nuevos del derecho imperial son porciones de bienes cuya administración corresponde enteramente al hijo independientemente de la voluntad del padre, y de la cual éste no le podía privar".

⁴⁰ Téngase en cuenta que esta denominación bien puede ser post-justiniana.

dominis furiosus sit vel pupillus, si (ut quidam, inquit, putant) peculium servus habere non potest nisi concedente domino. Ego autem puto non esse opus concedi peculium a domino servum habere, sed non adimi, ut habeat". Alia causa est peculii liberae administrationis: nam haec specialiter concedenda est.

Más discutido por la doctrina resulta, por lo general, la etimología del término *peculium*. Si acudimos a las fuentes, encontramos un texto de ULPIANO en D. 15.1.5.3, que lo viene a definir como *cuasi pusilla pecunia*.

D.15.1.5.3. (*Ulpianus libro 29 ad edictum*): *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.*

Podemos afirmar con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁴¹, que si bien un sector mayoritario de opinión considera que *peculium* es un diminutivo de *pecus*, ganado, no debemos olvidar la tesis de BONFANTE, para el que *peculium* es un diminutivo de *pecunia*⁴², cobrando el significado de pequeño patrimonio, siendo probable que en época primitiva el peculio consistiese en una cantidad de dinero o en un pequeño patrimonio, por lo que su administración de enmarcaría dentro de la esfera del *creditum* y de ahí las *actiones adiecticiae qualitatis*.

Lo que es innegable es que el *peculium* sitúa a quien lo recibe en una posición de cierta independiencia económica y social, y si bien la propiedad del mismo correspondía en su totalidad al *paterfamilias*, no es menos cierto que constituía una masa de bienes separada del patrimonio de éste, cuya administración se entregaba a la persona

⁴¹ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 26 y ss; Cfr. Id., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 247 y ss.

⁴² BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 128 y ss.: "Questo piccolo patrimonio assegnato ai *filiifamilias* o da essi formato ed accresciuto dicesi *peculium*. Il nome *peculium* è un diminutivo di *pecunia*, sicché non significa se non appunto piccolo patrimonio, e tale è la derivazione e la definizione che ne danno pure gli antichi: *peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum*, dice Ulpiano nella L 5 § 3 D. *De pec.* 15, 1. A questo riguardo i moderni si sono rivelati nella etimologia e nella induzione storica più varroniani degli antichi per il vezzo di saltare i gradi intermedi della derivazione linguistica. Senza dubbio *pecunia* deriva da *pecu*, e ciò ben significa che la ricchezza o piuttosto la moneta primitiva consisteva in bestiame; ma da *pecu* non può derivare direttamente *peculium*, onde non se può argomentare che il *peculium* fosse nell'età più antica un gregge". Añade este autor a pié de página la aclaración a su interpretación etimológica: "L'equivoco di simili etimologie-sofismi, fondate sul salto di un membro intermedio, è fenomeno purtroppo frequente, e non lieve il danno, per le conclusioni storiche errate che se ne traggono. Tale è la costante derivazione di *mancipare* da *manu capere* (anziché da *mancipium*), di *iudicare* da *ius dicere* (anziché da *iudicium*), di *superficies* da *super facere* (anziché da *super facies*) ecc.". Así pues, podemos resumir que aún cuando *pecunia* deriva de *pecus*, pues la moneda primitiva venía a consistir en ganado, no debemos caer en el sofisma del salto de un miembro etimológico intermedio afirmando que de *pecus* derive directamente *peculium*, lo cual no parece razonable, pues, en palabras de BONFANTE, "no se puede argumentar que el *peculium* fuese en la época más antigua un rebaño".

sometida a potestad paterna⁴³. No obstante, el dogma de que el sujeto *alieni iuris* no puede ser propietario se mantuvo durante toda la República tardía y el Principado, aún habiendo caído en desuso ya a fines de la época republicana por hallarse en conflicto flagrante con las exigencias y realidades del momento. Fue CONSTANTINO, a partir del año 319 d.C., quien permite a los hijos -e hijas- recoger el peculio adventicio y ya en tiempos de JUSTINIANO la propiedad del peculio corresponde a los *filiifamilias*, configurándose el *paterfamilias* como un simple administrador y usufructuario. Hasta este momento no podemos afirmar, *strictu sensu*, que el *peculium* suponga una excepción de que todo lo adquirido por el *filiusfamilias* aumenta el patrimonio del *paterfamilias*, pues hasta entonces los bienes que integraban el peculio seguían constituyendo parte del dominio de este⁴⁴. Fue, por tanto, en época postclásica cuando se produjo un cambio de concepción en la situación jurídica de los *filiifamiliae* en el campo patrimonial, la cual se alcanzó, principalmente, mediante la progresiva extensión de la institución del *peculium*⁴⁵.

En cuanto a lo referente a la *administratio peculii*, podemos afirmar que esta facultad de disponer del peculio, obtenida mediante una *concessio administrationis* o *liberae administrationis*, no permitía, en cambio, “la realización de ningún acto de disposición de las *res peculiares* que no llevase consigo una contraprestación”⁴⁶, así en D. 39.5.7.pr.:

D.39.5.7.pr. (Ulpianus libro 44 ad Sabinum): *Filius familias donare non potest, neque si liberam peculii administrationem habeat: non enim ad hoc ei conceditur, libera peculii administratio, ut perdat.*

Así mismo, podemos mantener con FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁴⁷, que en el contexto de esta *administratio peculii* bien parece razonable pensar que los actos de venta y gravamen de los bienes del peculio requerirían una autorización expresa o tácita del *paterfamilias*. Según la tesis de este mismo autor, no obstante la capacidad del *paterfamilias* de revocar en cualquier momento el peculio, la revocación caprichosa del mismo quedaba impedida por la costumbre y los usos sociales que la desaprobaban. Socialmente era reconocido el *peculium* como perteneciente al *filius* o al *servus* -aún

⁴³ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 247 y ss.; Cfr., Id., *El filiifamilias independiente en Roma*, cit., pág. 27.

⁴⁴ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 78-79.

⁴⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiifamilias independiente en Roma*, cit., pág. 28.; Id., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 247 y ss.

⁴⁶ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiifamilias independiente en Roma*, cit., pág. 29.; Id., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 247 y ss.

⁴⁷ *Derecho Privado Romano*, loc. cit.

cuando no se constituyera jurídicamente como tal, por las razones ya expuestas-, lo cual puede quedar probado con supuestos tales como: el esclavo a veces era vendido con su peculio; en el ámbito de la herencia yacente la actividad del *servus* en la esfera del *peculium* no se queda paralizada con el fallecimiento del *dominus*; en la realización de un acto posesorio por el *filius* o el *servus* con la ignorancia del *paterfamilias*, éste únicamente sería válido en la esfera del peculio respectivo, entendiéndose en estos casos que la concesión del peculio implica la autorización genérica para poseer *voluntate domini*⁴⁸:

D. 41.2.1.5 (*Paulus libro 54 ad edictum*): *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus. Igitur ex causa peculiari et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.*

- **Peculium castrense**

Esta modalidad de peculio, configurada institucionalmente durante época imperial, supone ya una consagración de la ruptura del principio general *filius nihil suum habere potest*.⁴⁹ El origen se le debe a AUGUSTO, el cual otorgó a los soldados que todavía se hallaran *in patria potestate* el derecho de disponer libremente *mortis causa* de los bienes adquiridos *in castris* o en servicio militar:

I. 2, 12 pr.: *Non tamen omnibus licet facere testamentum. statim enim hi qui alieno iuri subiecti sunt testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate*

⁴⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 30-31.

⁴⁹ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., págs. 75 y ss.

patris est, neque ipsum patrem adimere posse neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare neque, patre mortuo, cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod in castris adquisierit, quamquam iure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet his quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non acquiruntur. praeter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiifamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.

Afirmábamos al principio que esta institución suponía una consagración de la ruptura del principio general *filius nihil suum habere potest* y ciertamente se constituye como tal, pues la jurisprudencia imperial lo consideraba como un caudal del hijo sobre el cual el *paterfamilias* no podía pretender ninguna clase de derechos. Sólo en los casos en los que el hijo moría intestado se aplicaba las reglas del antiguo *peculium*, pasando el patrimonio al dominio paterno, no por sucesión, sino *iure peculii*, validándose, con efecto retroactivo, las disposiciones tomadas por el *paterfamilias* sobre aquel peculio, lo cual quedó derogado por JUSTINIANO cuando se suprimió toda diferencia entre la sucesión de personas constituídas o no en potestad⁵⁰.

Novela 118 (**CAPUT IV**): *Nullam vero esse volumus differentiam in quacumque successione aut hereditate inter eos qui ad hereditatem vocantur masculos ac feminas, quos ad hereditatem communiter definivimus vocari, sive per masculi seu per feminae personam defuncto iungebantur, sed in omnibus successioneibus agnatorum cognatorumque differentiam vacare praecipimus, sive per femineam personam sive per emancipationem vel per alium quemlibet modum prioribus legibus tractabatur, et omnes sine qualibet huiusmodi differentia secundum proprium cognationis gradum ad cognatorum successioneem ab intestato venire praecipimus.*

⁵⁰ Cfr. JÖRS, P., y KUNKEL, W., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 413 y ss.; VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación*, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 75; DE FRANCICI, P., *Síntesis Histórica del Derecho Romano*, cit., pág. 455. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 280: "Por otra parte, en la esfera del *peculium* castrense, se vislumbran rasgos que suponen novedades esenciales respecto al *peculium profecticium*, empezando por la propia equiparación de los *filiifamiliae* militares, en este ámbito, a los titulares de plena capacidad jurídica, así en D. 14.6.2: «... los hijos de familia, respecto al peculio castrense, son como cabezas de familia». De forma progresiva se reconoce al *filiifamilias* militar, en relación con el *peculium* castrense, capacidad de testar, de disponer *inter vivos* y de donar, si bien los bienes no pierden la consideración de peculiares, dado que si el *filius* no dispuso de ellos, ni por actos *inter vivos* ni *mortis causa*, a su fallecimiento, revierten automáticamente al *pater* o a sus herederos, no por derecho de sucesión, *iure successionis*, sino por derecho de peculio, *iure peculii*."

BONFANTE, P.⁵¹, afirma que durante toda la época clásica y verdaderamente romana, la unidad patrimonial de la familia sólo sufre una sola derogación en la época imperial a favor de los militares, aunque con determinados límites para no infringir frontalmente el principio. Con base en los textos de las fuentes jurídicas afirma el autor italiano: “Augusto per il primo (forse anche Cesare) concesse ai figli di famiglia militari di far testamento sui beni che fossero acquistati in occasione del servizio. Nerva e Traiano confermarono il privilegio, Adriano lo estese ai congedati o veterani. Così venne a costituirsi il *peculio castrense*, cioè dei beni acquistati in campo (*in castris*). Non fu soltanto la ragione mera di favore per questa classe che mosse gli imperatori ad una siffatta deroga, non è dessa, vale a dire, la sanzione di uno schietto privilegio, bensì la costituzione di un *ius singulare*: a partire dall'imperatore Augusto il definitivo stabilirsi degli eserciti permanenti accampati alle frontiere, sulla linea dei grandi fiumi, collocava i *filiifamilias* militari in una stabile indipendenza di fronte al *paterfamilias*, con economia separata, e la disciplina militare sostituiva quasi la paterna”. Obsérvese que en opinión de BONFANTE, P., puede decirse que no se sanciona un simple privilegio, sino que se constituía un verdadero *ius singulare* que venía a otorgar a los militares *alieni iuris* una estable independencia al proporcionarles una economía separada a la del *paterfamilias*, lo que conlleva a afirmar que la disciplina militar casi sustituye a la paterna. Esto conduce a poder afirmar una incipiente equiparación de los *filiifamiliae* militares, en este ámbito, a los titulares de plena capacidad jurídica, que puede vislumbrarse en D. 14.6.2: «... los hijos de familia, respecto al *peculio castrense*, son como cabezas de familia».⁵²

Al calcular los bienes que forman parte de este *peculium castrense*, BONFANTE, P.⁵³, afirma que en la jurisprudencia clásica se realizaba con una cierta largueza: “esso comprende non soltanto il soldo ed il bottino di guerra, ma altresì i donativi in qualunque momento fatti. Fin qui forse poteva giungere anche l'interpretazione della giurisprudenza, ma certamente in questo campo l'opera precipua e l'intenso favore deve atribuirsi alle costituzioni imperiali: l'imperatore Adriano, come era passato sopra alla giustificazione

⁵¹ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., págs. 129 y ss; Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 33-34.

⁵² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., pág. 249: “Respecto a las relaciones obligatorias entre un *paterfamilias* y un *filiusfamilias* en orden al *peculium castrense*, las opiniones encontradas pueden reducirse a dos posturas prevalentes. Para un sector doctrinal, mientras el *paterfamilias* podía llamar a juicio al *filiusfamilias* que tuviese un *peculium castrense* éste, por el contrario, no podía en ningún caso llamar a juicio a su padre. Correlativamente, el *filiusfamilias* militar con *peculium castrense*, podía mediante contrato obligarse en sus relaciones con su propio padre, mientras que no estaba admitido que el padre se obligase en las relaciones con su hijo. Por el contrario, para otro sector doctrinal, existe ya desde la época clásica, plena admisibilidad de las relaciones obligatorias entre un *paterfamilias* y su *filiusfamilias*, en orden al *peculium castrense* de éste y, de forma correlativa, posibilidad de que ambos sean partes, siempre por causa de dicho *peculio*, en un procedimiento judicial.”

⁵³ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 130.

possibile di questa deroga, con l'acordare il peculio ai veterani, così oltrepassò ogni limite logico circa il contenuto di questo peculio, pronunciando con un suo rescritto che vi dovesse rientrare anche l'eredità della moglie.”

Ciertamente, es este punto, el relativo a la determinación de los bienes que forman el peculio castrense, el que constituye un punto importante de controversia doctrinal. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.⁵⁴, afirma que por los testimonios de las fuentes sabemos que éste estaba constituido por dos elementos: los bienes adquiridos *in castris* por una parte y los donativos y herencias por otra, y que el primero de estos elementos es el más antiguo, pero es objeto de controversia doctrinal la determinación del método por el que el segundo de estos elementos entró a formar parte del *peculium castrense* del *filius familias miles*. Este mismo autor, glosando a ALBERTARIO⁵⁵, señala que “a partir de una constitución imperial promulgada en torno al 200 d.C., fue considerado objeto de este peculio, lo que hubiese sido donado al *filius* soldado por sus padres, su mujer o sus parientes en el momento de su ingreso en la milicia. Innovaciones postclásicas y justinianas habrían ampliado el contenido del *peculium castrense* a los siguientes objetos: donativos hechos por terceros en la partida para el campamento, herencias recibidas por el *filius familias miles* por parte de sus compañeros, y la herencia recibida por parte de su esposa”, si bien debemos tener en cuenta lo que se afirma en D. 49.17.19.pr., que la herencia debe haberse recibido con ocasión del servicio:

D. 49.17.19.pr. (*Tryphoninus libro 18 disputationum*): *De hereditate ab adgnato commilitone data Scaevola noster dubitabat, quia potuit et ante notus et amicus dare, potuit et non dare, nisi commilitium caritatem auxisset. Nobis ita videtur, si ante commilitium factum sit testamentum, non esse peculii castrensis eam hereditatem, si postea, contra.*

- Peculium quasi castrense

Todas estas disposiciones establecidas en el Alto Imperio a favor de los militares se extendieron en el Bajo Imperio a los funcionarios y a los clérigos cristianos, y partir de CONSTANTINO, al régimen del peculio castrense se equiparó también lo adquirido por los

⁵⁴ *El filius familias independiente en Roma*, cit., págs. 38-39.

⁵⁵ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 249; Cfr. *Id.*, *El filius familias independiente en Roma*, cit., págs. 39-40: “finalmente Justiniano habría reservado como peculio castrense en beneficio del paterfamilias arrojado lo que éste hubiese adquirido en el periodo de su milicia”.

filiifamilias funcionarios de la Corte Imperial, beneficio que se extendió a los abogados, jueces y asesores por una constitución de HONORIO y TEODOSIO⁵⁶:

C.2.7.4: *Imperatores Honorius, Theodosius. Fori tui culminis et universorum iudiciorum advocati quidquid ex huiuscemodi professione vel ipsius occasione quaesierint vel quaesierunt, id post patris obitum praecipuum veluti peculium castrense ad exemplum militum proprio dominio valeant vindicare.* * HONOR. ET THEODOS. AA. EUSTATHIO PP. * <A 422 D. X. K. APRIL. CONSTANTINOPOLI HONORIO XIII ET THEODOSIO X AA. CONSS.>

Estos distintos supuestos de equiparación al peculio castrense, algunos de ellos incluso llegando a admitir una sucesión abintestato, fueron agrupados por JUSTINIANO bajo la denominación de *peculium quasi castrense*, a los que se les sumó las donaciones del emperador o la emperatriz⁵⁷. El régimen jurídico regulador de esta modalidad de peculio se asemeja bastante al del peculio castrense, aunque no está ausente de controversia doctrinal. Efectivamente, la concesión al hijo de familia de esta facultad de testar respecto al *peculium quasi castrense* fue expresamente reconocida en las constituciones imperiales sólo a favor de los eclesiásticos, disputándose por los juristas de la época romano-helénica, si debía reputarse implícita una concesión similar respecto de los restantes peculios de este tipo previstos en la legislación. Dicha controversia fue resuelta por JUSTINIANO al reconocer de forma explícita la facultad de testar en todos los supuestos de peculio *quasi castrense*, así como la consiguiente inatacabilidad en estos casos, del testamento otorgado por el *filiusfamilias*, mediante la *querella inofficiosi testamenti*.⁵⁸

- *Peculium adventicium*

Constituye, sin duda, esta modalidad de *peculium* un importante avance hacia la plena adquisición del *filiusfamilias* sobre la titularidad sobre sus bienes. En palabras de BONFANTE, P.⁵⁹, CONSTANTINO instituyó un importante impulso hacia una derogación más profunda de aquel principio *filius nihil suum habere potest*, pues “con una sua costituzione del 319 egli serbò legalmente ai figli l’eredità sia legittima sia testamentaria

⁵⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho Privado Romano*, cit., págs. 250: “León y Antemio extienden el beneficio a los Obispos, presbíteros y diáconos, y Anastasio a los funcionarios de la corte imperial encargados del silencio. Finalmente Justiniano consideró incluidos en este peculio los donativos hechos por el emperador o la emperatriz.”

⁵⁷ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., págs. 75-76.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiusfamilias independiente en Roma*, cit., págs. 42-43.

⁵⁹ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134.

della madre (*bona materna*), togliendo al padre il diritto di alienare a suo piacimento siffatti beni”.

Efectivamente, en esto consistía este *peculium adventicium*, en la capacidad otorgada a los filiifamilias de adquirir la herencia legítima o testamentaria de la madre, prohibiéndosele al paterfamilias los actos de disposición sobre estos *bona materna*, a los que, por equiparación de los emperadores sucesivos y siempre conforme a los usos helénicos, se les sumó los bienes heredados de ascendientes maternos (*bona materni generis*) y, en época de JUSTINIANO, se equipara a estos *bona adventicia* todas las adquisiciones efectuadas por el hijo, salvo las adquiridas con dinero del paterfamilias y las entregadas por un tercero *ex contemplatione patris*.⁶⁰

En opinión de BONFANTE, P., el derecho de administración del paterfamilias sobre estos bienes se concibe como un usufructo legal, “alquanto più ampio e libero dell’usufrutto ordinario, e in quella vece il diritto di aspettativa dei figli si riguardò veramente come proprietà”⁶¹.

Podemos afirmar, por tanto, que ya en esta época justiniana queda prácticamente extinguida la incapacidad patrimonial de los filiifamilias pues se declara como propiedad del hijo, con facultades paternas meramente de administración y disfrute, todos los bienes que el filiifamilias hubiese adquirido por cualquier modo y de cualquier procedencia, con las dos excepciones antes mencionadas, los bienes adquiridos *ex re patris* (con dinero paterno o mediante un equivalente a costa del padre) y los entregados por un tercero *ex contemplatione patris* (por consideración o gratitud a la figura del padre)⁶².

III. LA DIMENSIÓN PÚBLICA Y EL *STATUS CIVITATIS* DE LOS FILIIFAMILIAS:

<<FILIUSFAMILIAS IN PUBLICIS CAUSIS LOCO PATRISFAMILIAS HABETUR>>

No quisiéramos terminar este punto sin hacer una referencia al *status civitatis* de los filiifamilias, así como de su dimensión en el Derecho público. Lo primero que debemos hacer constar en este apartado es el principio jurídico según el cual el hijo legítimo sigue la condición del padre, así como el hijo ilegítimo sigue la de la madre. Esto, según

⁶⁰ VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 76; Cfr. BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134: “La precisa e diretta influenza dell’ellenismo qui si può costatare. I beni materni (μητρῶια) avevano nei diritti e negli usi ellenici un’entità distinta. Estesero questa riserva a tutti i beni ottenuti per eredità o lagato o donazione dagli ascendenti materni (*bona materni generis*), sempre conforme agli usi ellenici, Graziano, Valentiniano II e Teodosio I nel 379, e di nuovo Arcadio ed Onorio nel 395, ai lucri nuziali Teodosio II e Valentiniano III negli anni 426, 428 e 439, e di nuovo ai lucri nuziali e ai lucri sponsalizi Leone I ed Antemio negli anni 472 e 473.”

⁶¹ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 134.

⁶² FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *El filiifamilias independiente en Roma*, cit., págs. 43-44.

BONFANTE, P., cobra importancia sobre todo en torno a cuestiones como la libertad, la ciudadanía, el status familiar en sentido romano, la sujeción a una determinada potestad familiar, que puede ser la del mismo padre, si es sujeto *sui iuris*, o a la del *paterfamilias* a la que el padre esté sujeto⁶³. Continúa el jurista italiano afirmando que “in secondo luogo importa per la successione a quegli statu ereditarii, a cui si riconnettono privilegi e norme giuridiche speciali, come era nell’epoca del principato lo stato senatorio, nell’epoca romano-ellenica lo stato di decurione, di colono, l’appartenenza ad una data corporazione, conforme ad un processo di stratificazione sociale, che è caratteristico della nuova epoca”.

Esto queda reflejado de forma esclarecedora en un texto del libro XVI de los *Comentarios a Quinto Mucio* de POMPONIO:

D.1.6.9 (Pomponius libro 16 ad Quintum Mucium): *Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

LOBRANO, G.⁶⁴, interpreta este texto señalando que puede reconocerse una perspectiva de homogeneidad y continuidad de los poderes en la esfera pública y familiar, poder sostenido sobre las nociones de *potestas* y de *manus*, según la afirmación citada de POMPONIO: “*El hijo de familia es tenido en lugar de padre de familia en las cosas públicas, como para que desempeñe la magistratura, y sea nombrado tutor*”.

No hace falta aclarar que para alcanzar el status de la afirmación anterior hubo de seguirse una evolución histórico-social de hondo calado jurídico. Efectivamente, en la sociedad primitiva no encontramos vestigios de un poder soberano supremo de carácter público que mantenga el orden interno y provea la defensa externa, sino que la autoridad pública, lejos de ejercerse sobre los individuos, se ejerce sobre los grupos sociales-familiares subordinados. Ello lleva a VALENTÍ ABREU, J.⁶⁵, a afirmar que “el poder del órgano público supremo no halla su límite en el valladar de la libertad individual, sino en

⁶³ BONFANTE, P., *Corso de diritto romano*, vol. I (Diritto di famiglia), cit., pág. 377.

⁶⁴ Vid. Lobrano, G., *Pater et filius eadem persona. Per lo Studio della patria potestas*, Giuffrè Editore, Milano, 1984, págs. 63 y ss., en el que se establece una atractiva comparación entre este texto y el fragmento virgiliano Aen. 9, 448 s., “*dum domus Aeneae Capitolii immobile saxum / accolet imperiumque pater Romanus habebit*”. Señala este autor al respecto lo siguiente: “È ben vero che, in questo *pater Romanus* detentore dell’*imperium*, si intende lo stesso Juppiter, il Giove padre, *pater omnipotens*, *pater ipse*, appunto: non si tratterebbe, quindi, della secca affermazione che ad avere l’*imperium* debba essere un *civis romanus pater familias*, secondo la nota distinzione ulpiana (D.1,6,4) tra i *cives Romani*. Per altro, la trasfigurazione divina degli umani status e ruolo paterni non indebolisce la nozione giuridica che di questi ultimi risulta e che, in definitiva, è la stessa che troviamo ancora nei Digesta giustiniane (…), almeno nella interpretazione che a me appare corretta: che, cioè, in *publicis causis* (<<per gerire la magistratura>>) occorre essere o <<fungere da>> *pater familias*.”

⁶⁵ VALENTÍ ABREU, J., *Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno*, cit., pág. 98.

la autonomía de grupo y la autoridad de su jefe". Es decir, no podemos hablar de otro sujeto privado en la actividad de derecho público fuera de la persona del *paterfamilias* mientras dura la supremacía social de la *gens* y de las comunidades gentilicias. Será a raíz de la decadencia de la sociedad gentilicia, con la desaparición de las *gens* en tiempos de la República, cuando la acción estatal venga a menoscabar la autonomía del consorcio familiar, llegando la *Civitas* a regular directamente los derechos y obligaciones de los miembros de la familia considerando su dimensión individual (participación en los cargos públicos, servicio en la milicia, derecho de voto) y marginando, por ende, la autonomía jurídico-familiar sobre los *alieni iuris*, estableciéndose, a grandes rasgos, un cierto régimen jurídico de igualdad ciudadana de los *paterfamilias* y los *filiifamilias* en la vida pública⁶⁶.

Esta situación de igualdad entre la vida pública, por un lado, y el sometimiento a la *potestas* del *paterfamilias*, por otro, no dejó, como podemos imaginar, de ser causa de conflicto cuando un *filiifamilias* que alcanzaba la magistratura ostentaba la denominada *maiestas populi Romani*. Quisiéramos traer a colación un texto de AULO GELIO, recogido en sus *Noctes atticae* (2,2,):

AULUS GELLIUS, *Noctes Atticae*, 2, 2, 13: *Posuimus igitur verba ipsa Quadrigarii ex annali eius sexto transscripta: "Deinde facti consules Sempronius Gracchus iterum Q. Fabius Maximus, filius eius, qui priore anno erat consul. Ei consuli pater proconsul obviam in equo vehens venit neque descendere voluit, quod pater erat, et, quod inter eos sciebant maxima concordia convenire, lictores non ausi sunt descendere iubere. Ubi iuxta venit, tum consul ait: "quid postea?"; lictor ille, qui apparebat, cito intellexit, Maximum proconsulem descendere iussit. Fabius imperio parem et filium collaudavit, cum imperium, quod populi esset, retineret."*

Como podemos observar, el relato nos muestra el conflicto creado entre FABIO MÁXIMO y su padre, FABIO, cuando el primero fue nombrado cónsul junto a SEMPRONIO GRACO, cargo que el padre desempeñó en el año anterior. Ahora, el padre no era más que un procónsul y presentándose un día a caballo ante su hijo creyó que, por ostentar sobre él la *patria potestas*, no debía echar pie a tierra como mandaba el derecho. Pero al acercarse, el cónsul ordena al lictor que cumpliera con su deber y éste mandó al procónsul que se apease enseguida. El *paterfamilias* obedeció y felicitó a su hijo por haber sostenido la dignidad de una magistratura que había recibido del *Populus*.⁶⁷

⁶⁶ *Ibid.*, pág. 99.

⁶⁷ Igualmente, podemos observar intromisiones de la *patria potestas* en las actividades públicas del *filiifamilias* en los casos de G. SERVILIUS, que ostentaba el cargo de *tribunus militum consulari potestate*, que por sometimiento a la voluntad paterna tuvo que renunciar al combate en la

Esta primacía que otorga el Derecho romano a la dimensión pública sobre la privada tiene su reflejo a este respecto en el reconocimiento legal de la subordinación de la *patria potestas* del cabeza de familia al *imperium* del *filiusfamilias*, el cual se desprende del estudio de las fuentes jurídicas, lo cual hace que se produzca un decrecimiento de la conflictividad en este sentido:

D.5.1.77 (*Africanus libro tertio quaestionum*): *In privatis negotiis pater filium vel filius patrem iudicem habere potest:*

D.5.1.78 (*Paulus libro 16 ad Plautium*): *Quippe iudicare munus publicum est.*

D. 36.1.13.5 (*Ulpianus libro quarto fideicommissorum*): *Si quis filius familias sit et magistratum gerat, patrem suum, in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem adire et restituere:*

D. 36.1.14. pr. (*Hermogenianus libro quarto iuris epitomarum*): *Nam quod ad ius publicum attinet, non sequitur ius potestatis.*

Así pues, podemos afirmar que esta consideración jurídica individual del ciudadano romano como destinatario directo de las normas de carácter público viene a suponer un importante avance en el paulatino reconocimiento jurídico individual de los *filiifamilias*, que culminará, ya en época justiniana, con el reconocimiento, en la práctica, de una cierta capacidad jurídica en el ámbito del *ius privatum*.

campaña contra Lebicum; T. MANLIO TORCUATO, que en un *iudicium privatum* pronunció una sentencia tan rigurosa contra su propio hijo que le empujó al suicidio; o C. FLAMINO, tribuno de la plebe, que fue sacado a la fuerza por su padre del *concilium plebis* cuando exponía su proyecto de ley agraria. Cfr. VALENTÍ ABREU, J., Paternidad y filiación, su régimen jurídico en el Derecho Romano y en el Derecho Español moderno, cit., pág. 103.