



FONDO
ABELARDO A. LEAL LEAL

Esta obra es propiedad del autor. Cualquier ejemplar que no lleve su firma manuscrita en este lugar, se considerará como falsificado. Se reservan los derechos de traducción en general.

Quedan hechos los depósitos de ley (arts. 1154, 1201, 1208, 1234, 1235 y 1248 del Código Civil).

Manrufo



BIBLIOTECA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

MEXICO
IMPRESA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO
CALLE DE LA UNIVERSIDAD 2

1880

TITULO OCTAVO DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPÍTULO I.

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE
LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

Art. 363. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes.

Art. 364. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de las ascendientes á quienes corresponde aquella, segun la ley.

Art. 365. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legítimos ó reconocidos.

Art. 366. La patria potestad se ejerce:

I. Por el padre.

II. Por la madre.

III. Por el abuelo paterno.

IV. Por el abuelo materno.

V. Por la abuela paterna.

VI. Por la abuela materna.

Art. 367. Sólo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme á lo dispuesto en el art. 397.

Art. 368. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente.

Art. 369. Al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligacion de educarle convenientemente.

Art. 370. El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente.

Art. 371. Las autoridades auxiliarán á los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Art. 372. En defecto del padre, el ascendiente á quien corresponda la patria potestad ejercerá la facultad á que se refiere el art. 370.

Art. 373. El que está sujeto á patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligacion alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

SECCION 1ª.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

i. En varios lugares de esta obra hemos hecho algunas reminiscencias respecto al carácter y condiciones del poder del padre sobre los hijos y sus bienes, según el Derecho romano. Todo lo que sabemos sobre este poder, que después del Cristianismo significa el deber de protección en favor de los hijos, más que el derecho de autoridad sobre ellos, no sirve sino para justificar aquella terrible frase de Gayo: *fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos ha-*

bent potestatem, qualem nos habemus (1). En la época primitiva, ese poder era tan extenso y cruel, que constituía al padre absoluto soberano respecto de la persona y de los bienes de sus hijos (2); podía exponerlos (3), venderlos (4) y ellos nada adquirían ni poseían sino para él (5). Varios siglos hubieron de transcurrir para que la jurisprudencia romana pudiera exclamar con Marciano: *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (6). Entre tanto, son dignas de recordarse las leyes que prepararon el advenimiento definitivo de la institución del poder doméstico cristiano, á cuya sombra dejó el hijo de ser como una propiedad material del padre, quien podía disponer de ella á su antojo y sobre la cual ejerció más de una vez el derecho terrible de la muerte (7), para convertirse en sagrado depósito de inmensa responsabilidad y de cuya conservación y buen manejo tendría aquél que dar severa cuenta ante Dios y ante la sociedad. Ulpiano nos enseña que no es permitido al padre ejercer crueldad contra los hijos sino por vía de corrección, y debiendo, en caso de reincidencia, recurrir al magistrado para que pronuncie la sentencia que crea justa (8). Una Constitución de Constantino pronunció la pena del parricidio contra el padre, culpable de la muerte de su hijo (9). Otras dos constituciones imperiales prohibieron exponer á los hijos (10), y su venta no fué ya permitida sino en el caso en que el padre viniese á extrema miseria y obrara de tan triste modo en el momento de nacer

(1) Gaius, 1, § 55.

(2) *Cod.*, lib. 8, tit. 48, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 8, tit. 51, l. 2.

(4) *XII Tabulae*, 4ª.

(5) Gaius, 2, § 87.—*Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 9, § 1.

(6) *Dig.*, lib. 48, tit. 9, l. 5.

(7) *Valer. Max.*, lib. 5, cap. 8, núm. 2.—Gravina, sobre las XII Tablas.

(8) *Dig.*, lib. 48, tit. 8, l. 2.—*Cod.*, lib. 8, tit. 27, l. 3.—Giphanius, *Cod.*, ad leg. ult. de patria potest.

(9) *Cod.*, lib. 9, tit. 17.

(10) *Cod.*, lib. 8, tit. 52, ll. 2 y 3.

el hijo (1). Si el abandono de éste fué lícito aún mucho tiempo después, se necesitaba que lo motivase la necesidad de reparar un daño, y jamás podía tener por objeto á las hijas (2). Justiniano conservó esta legislación, suprimiendo sólo el derecho del abandono noxal (3).

Se ve, pues, cómo había venido dulcificándose esa tremenda autoridad, que había hecho á Casio condenar á muerte á su hijo ante su tribunal doméstico por haber abrazado el partido de las leyes agrarias, y armado el brazo del Senador Fulvio, quien descargó la misma pena sobre uno de sus hijos, jóven amable é inteligente, cuyo delito no era otro que haberse afiliado al bando de Catilina y de la causa popular (4).

Desde la caída de la República, aquellas crueles tradiciones habían venido cediendo al noble impulso de ideas nuevas y humanitarias que, fundadas en los puros y dulces afectos de la naturaleza, eran además favorecidas por la misma innovación en el sistema de gobierno, que tendía á centralizar todos los poderes en la mano del emperador. Así es como, desde Augusto, podemos señalar una importante revolución que á la larga contribuiría poderosamente á cambiar la situación de los hijos respecto del *paterfamilias* y hacerlos respetables á sus ojos é independientes en la sociedad. Nos referimos á la extensión de los *peculios* (5), que fué causa de que infelices antes, condenados á no ser dueños de ningún bien material sobre la tierra (6), adquiriesen en propiedad el fruto de su personal trabajo y dejasen de ser meras máquinas, sólo destinadas á labrar la felicidad de los déspotas domésticos. Aquel emperador dió á los hijos el derecho de disponer hasta por testamento de las cosas ad-

(1) *Sent.* de Paulus, 1, § 1.—*Cod.*, lib. 4, tít. 43, l. 2.

(2) Gaius, 4, §§ 75 y sigts.—*Sent.* de Paulus, 2, 3r, § 9.

(3) *Inst. de Just.*, de *noxalib. act.*, § 7.

(4) Salust., *Catilin.*, núm. 39.

(5) Varron, y después de él Festus encuentran la etimología de esta palabra en la de *pecus*, ganado, principal riqueza del pueblo romano en los primeros tiempos.

(6) Hegel, *Naturrecht*, § 175.

quiridas en el servicio militar, con tal de que, cuando la muerte, aún durase esa circunstancia (1). Pero si el hijo moría *ab intestato*, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica (2). Adriano concedió la propiedad de los bienes castrenses aún á los soldados veteranos, ó retirados del servicio militar (3). Constantino incorporó en el peculio castrense los bienes adquiridos por el hijo en la corte, ya fuesen fruto de sus economías ó de las mismas donaciones imperiales (4), y sucesivamente vinieron después otros medios de riqueza á aumentar el patrimonio del hijo bajo el nombre de peculio *quasi castrense*, en el cual se comprendían sus honorarios ó sueldos como asesor (5), abogado (6), oficial adjunto al prefecto del pretorio (7), como obispo, diácono ó eclesiástico (8), y en fin, como empleado público (9). Aquel mismo emperador instituyó para el hijo de familia otra especie de peculio, que la doctrina ha señalado con el nombre de *adventicio* y que comprendía, según la definición de Vinnio, todos los bienes ganados por el hijo, fuera de cualquier procedencia paterna, ya por su trabajo, con tal de que no fuese en el servicio militar, ya por la fortuna, ora por sucesión de su madre ó de sus parientes maternos, ó por donación á causa de matrimonio, ó finalmente, por legados que le hubieran dejado sus amigos (10). Hé ahí, pues, al hijo dueño de tres patrimonios fijos y seguros, no expuestos á la eventualidad y caprichos de la voluntad paterna, como sucedía con el peculio *profecticio*, así llamado, por su proce-

(1) Paul., *Sent.* III, 4, § 3.—Juvenal, *Sat.* XVI, v. 5r.—*Inst. de Just.*, *quibus non est permissum*.

(2) *Dig.*, lib. 49, tít. 17, l. 19, § 3.—*Id.*, *id.*, H. 2 y 18, §§ 1 y 2.—*Cod.*, lib. 12, tít. 37, l. 5.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. XII.

(4) *Cod.*, lib. 12, tít. 3r.

(5) *Cod.*, lib. 1, tít. 5r, l. 7.

(6) *Cod.*, lib. 2, tít. 7, l. 4.

(7) *Cod.*, lib. XII, tít. 37, l. 6.

(8) *Cod.*, lib. 1, tít. 3, l. 34.

(9) *Cod.*, lib. 3, tít. 23, l. 37.

(10) Vinnius, *Inst.*, lib. 2, tít. XII.—*Cod.*, lib. 6, tít. 60, ll. 1 y 2.

dencia de la liberalidad del padre, *quia à patre profectus est*, y el cual era revocable en cualquier tiempo, aún para ser concedido á un extraño: *pater dedit, pater abstulit*. De este origen, bien precario por cierto para el hijo, y su única riqueza posible en el primitivo derecho (1), nacieron los tres peculios que acabamos de enumerar, con los cuales el hijo de familia tuvo una verdadera personalidad jurídica y consiguió la real y positiva capacidad de adquirir para sí mismo.

2. ¿Cuáles eran las condiciones de estos varios peculios y qué participó concedieron las leyes al padre en ellos? En cuanto al peculio profecticio, fácil es comprender que su propiedad pertenecía exclusivamente al padre, siendo el hijo un mero administrador ó representante (2). Respecto del peculio adventicio, la propiedad era del hijo, correspondiendo sólo el usufructo al padre, durante su vida; pero pudiendo administrarlo y gozar de él libremente, sin obligación de caucionar su manejo, ni siquiera de hacer inventario, pues se consideraba, como suficiente garantía de una buena administración, el natural amor del padre hacia los hijos: *paterna reverentia suum excusante* (3). Con todo, siendo como era posible que el padre dañase al hijo considerablemente en sus bienes, fué establecido, aunque tarde, un remedio eficaz para indemnizar al dueño del peculio adventicio de las mermas que éste hubiese sufrido á causa de la mala administración paterna. Justiniano, después de establecer que en principio los hijos no tienen ninguna seguridad contra los padres en el manejo de sus bienes, añade: «Salvo que se aprovechen de la hipoteca que hemos precedentemente acordado, para la conservación de los bienes provenientes de la sucesión materna, ó que formen parte de las donaciones que la madre hubiera podido hacerles (4)».

(1) Gaius, 4, §§ 69 y 73.—*Dig.*, lib. 15, tít. 1, l. 5, § 3.—Tito Livio, lib. 2, núm. 41.

(2) *Cod.*, lib. 4, tít. 26, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 6, tít. 41, l. 8, § 4.

(4) *Cod.*, lib. 6, tít. 61, l. 5.

Una hipoteca tácita fué, pues, otorgada por el emperador á los hijos propietarios del peculio adventicio, y de ella se trata con motivo de las segundas nupcias, estableciéndose que si el padre las contrae, desde el instante existe una hipoteca legal en favor de los hijos del primer lecho. El remedio, en consecuencia, contra los abusos de la administración paterna, estaba sometido á especiales circunstancias, y sólo lo era respecto de los bienes que procedían de la madre (1). Durante la vida del padre, el hijo no podía vender ni hipotecar los bienes adventicios; pero una Constitución imperial reconoció el derecho de suceder en ellos, ó sea, en la nuda propiedad, pues el usufructo debía siempre ser reservado al padre (2), y otra dió el mismo derecho á los hermanos y hermanas, caso de que el hijo muriese sin herederos directos.

Son los peculios castrense y cuasi-castrense el verdadero tipo de la propiedad del hijo, sobre todo en la última época del derecho Romano. Sobre ellos tiene el hijo un completo dominio que lo asimila al *paterfamilias*; es propietario y administrador, no necesita para nada del consentimiento paterno (3), y, como *sui juris*, con capacidad plena y entera para contratar, no puede ser coartado en sus actos ni por las prohibiciones del Senado consulto Macedoniano (4), de cuya aplicación no estaban exentas ni las funciones públicas, ni aún la misma dignidad consular. Por la misma razón, el hijo puede celebrar contratos con su padre sobre los bienes que pertenecen á estos peculios, ser su acreedor y aún entablar contra él un proceso, si bien recabando previamente la autorización del magistrado (5). Una sola excepción se oponía antes de Justiniano y ya vigente el derecho imperial, á la libre y absoluta independencia del pecu-

[1] *Cod.*, lib. 5, tít. 9, l. 6.

[2] *Cod.*, lib. 6, tít. 61, l. 3 y 4.

[3] *Dig.*, lib. 49, tít. 16, l. 4, § 1.

[4] *Dig.*, lib. 14, tít. 6, l. 1 y 2, § 3.—*Cod.*, lib. 4, tít. 28, l. 7, § 1.

[5] *Dig.*, lib. 18, tít. 1, l. 2.—*Dig.*, lib. 5, tít. 1, l. 4.—*Dig.*, lib. 2, tít. 4, l. 8.

lio castrense y cuasi castrense, los cuales, en caso de intestado del hijo, caían irremisiblemente en poder del padre, *jure peculio et non hereditatis* (1). Pero este emperador suprimió el último vestigio del antiguo poder quirritario sobre los hijos; estableciendo que á falta de testamento, el peculio castrense sería atribuido: 1º á los hijos; 2º á los hermanos y hermanas; y 3º al padre, quien de esta manera quedaba convertido en mero heredero posible del hijo (2).

3. Nos resta investigar cómo se adquiría la patria potestad y por quiénes podía ser ejercida. Tres orígenes se señalan á la autoridad doméstica, según el Derecho romano: las justas nupcias (3), la legitimación (4) y la adopción (5). El concubinato, pues, no hacía nacer la patria potestad. Algunos autores muestran un cuarto origen de este poder: la ingratitud del hijo emancipado, que recaía bajo la autoridad paterna, de la cual se consideraba que había salido inmerecidamente; *leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritæ multari voluerunt* (6). El poder doméstico estaba vinculado en el jefe de la familia, quien lo ejercía hasta su muerte sobre los hijos y sobre los descendientes de estos, sin que el matrimonio de los primeros produjera la emancipación (7); pero los hijos de las hijas estaban sometidos, ó al padre si era *sui juris*, ó al abuelo paterno, pues el materno era sólo *cognado* de aquellos (8).

Cargo eminentemente unido al poder quirritario, la magistratura doméstica jamás podía ser desempeñada por la madre, aún cuando fuese *sui juris*, limitándose su papel en el hogar á influir con su cariño y ternura en la educación de los

(1) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 2.

(2) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 17.—Vinnius, *Inst.*, *quibus non est permissum*, núm. 4.—Van-Wetter, *Droit Rom.*, tom. 2, §§ 591 y 592.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9.—Ortolan, tom. 1, *ad id.*—Van-Wetter, tom. 2, § 584, sect. 1.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 10, § 13.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11.

(6) *Cod.*, lib. 8, tit. 50.

(7) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9, § 3.

(8) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9, § 3, *in fine*.

hijos (1). Sometida al poder de la *manus* durante la vida de su marido, era provista, después de la muerte de éste, de un tutor testamentario ó legítimo. El hijo no debía ni aún impetrar el consentimiento de la madre para contraer matrimonio, y no fué sino obra muy lenta del tiempo, consumada al fin y perfeccionada por el progreso de las ideas cristianas, la participación clara y directa del afecto maternal en la dirección de los hijos y en el gobierno de los intereses domésticos (2). ¿Qué importa que la historia nos revele la grande significación de los oficios y actos más comunes de la matrona romana, su influencia hasta en el cambio y giro de los negocios públicos desde los primeros tiempos de la ciudad, y la casi religiosa veneración de que era objeto aún por parte de los guerreros más esforzados (3), si tan considerable papel, reducido meramente á las costumbres, era contrastado por la perpetuidad de la tutela á que vivía sometida, y por la unidad rigurosa y severísima de la patria potestad en favor del padre (4)? Veámos, con todo, por qué serie de reformas, aunque tímidas y no muy definidas al principio, vino preparándose la gran revolución legal que hizo intervenir á la madre en la guarda de los hijos y le devolvió sobre ellos la autoridad que incontestablemente le pertenece por la naturaleza. Un día Antonino Pio tuvo que fallar sobre un interdicto *de liberis exhibendis*, á causa de que un padre reclamaba de su mujer al hijo que ella retenía, y decidió en favor de la madre, por equidad y excepción, según dice Ulpiano que nos ha conservado este rescripto, también repetido por Marco Aurelio y Alejandro Severo (5). Otra constitución de los mismos emperadores daba á la madre el derecho de intervenir en concurrencia con los agnados en la elección de un marido para la hija (6). Ciceron en-

[1] *Dig.*, lib. 50, tit. 16, l. 195, § 5.

[2] Tito-Livio, lib. 39, núms. 10 y 11.

[3] Tito-Livio, lib. 1, núms. 50 y 60.—Ortolan, *Hist. de la leg. romain.*, núms. 17 y 25.

[4] Cuius I, 190.—Tito-Livio, lib. 39, núm. 9.

[5] *Dig.*, lib. 43, tit. 30, l. 3.

[6] *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 1.

contraba lo más natural y debido que la madre velara durante la infancia de los hijos contra la improbidad de los magistrados (1), y el Pretor, si bien hablando del matrimonio del derecho de gentes, el cual era accesible á todos los hombres, imponía á los hijos el respeto hácia ambos padres y les rehusaba el derecho de querellarse contra ellos por injuria, á no ser que ésta fuese atroz (2). Cuando, más tarde haya cesado por una ley de Caracalla la diferencia entre ciudadanos romanos y los demás súbditos del imperio, esa declaración pretoriana será considerada como el origen del derecho concedido á los padres de castigar y corregir á los hijos. Una constitucion de Alejandro Severo ordenaba al magistrado nombrar á la madre guardiana de sus hijos menores, á no ser que hubiera contraído segundas nupcias ó se resistieran á tal nombramiento los parientes inmediatos ó el tutor del hijo (3). Segun el senado-consulta Tertuliano, cuando el padre moría, la madre debía hacer nombrar tutor á los hijos, so pena de perder los derechos sucesorales que le estaban acordados á falta de otros herederos (4). Antiguamente, la madre no podía nombrar tutor testamentario al hijo: una ingeniosa reforma hizo que tal cosa fuese posible, mediante la institucion de heredero y la aprobacion del magistrado, si bien la tutela sólo se refería á la guarda de los bienes de procedencia materna (5).

4 Hasta este mediano grado habían alcanzado apénas los esfuerzos del Derecho pagano en favor del tierno sér, cuyo cariño é inagotables sacrificios en bien de los hijos no fueron bastante prueba en la antigüedad clásica, de sus merecimientos para ser asociada al hombre en sus derechos como jefe de la familia. Tal aislamiento é inutilidad de la mujer romana en el seno del hogar y su carencia casi abso-

(1) Cic, *in Ver.*, I, 37.

(2) *Dig.*, lib. 1, tít. 16, l. 9, § 3.

(3) *Cod.*, lib. 5, tít. 49, l. 1.

(4) *Cod.*, lib. 6, tít. 46, ll. 2 y 3.

(5) *Cod.*, lib. 5, tít. 28, l. 4.

luta de derechos sobre los hijos, que á la muerte del padre, caían, si eran menores, bajo el poder quizá de un extraño, no dejaron de ser causas que deben explicarnos en mucha parte el afán con que ella, como si tratara de vengarse del desconocimiento de los fueros naturales en su persona, se lanzó á buscar el alimento para su actividad y el goce negado á sus sentimientos de madre, en el lujo y en los vanos placeres, en conjuraciones impúdicas, en indecentes divorcios y en escandalosos adulterios (1).

Se necesitaba, pues, urgentemente que una nueva legislación viniera á levantar la dignidad de la madre ultrajada, concediéndole en cambio de su acendrado amor por los hijos el grado de autoridad necesario para suplir en el hogar con su fé y desinterés la parte de dedicacion de que privaban al padre las atenciones de la vida pública. Para tan magno resultado, había no sólo que desarrollar los débiles gérmenes depositados aquí y allá por la civilizacion antigua, sino crear nuevos y desarraigar todos los elementos secularmente opuestos á la natural igualdad de los dos sexos en el matrimonio, sin perjuicio de trazar con toda claridad los verdaderos límites de la subordinacion doméstica. Tal fué la obra grandiosa del Cristianismo, de sus sublimes doctrinas y de sus maravillosos ejemplos, que, haciéndose sentir desde Constantino hasta Justiniano, dieron al mundo las *Pulcherias* y las *Eudoxias*, las *Placidias* y las *Vigilancias*, poseedoras unas hasta de los talentos del gobierno, adornadas todas con las virtudes de la mujer cristiana (2), y asociaron en un mismo amor y respeto, en iguales derechos y obligaciones, á los dos séres de quienes procede la familia, cuyos sacrificios pesan aún más sobre la débil madre, autora siempre de la primera educacion del hijo y víctima

(1) Plinio, *Hist. nat.*, 14, núm. 14.—Valer. Max., lib. 6, cap. 3, núm. 8.—Tito-Livio, lib. 1 núm. 57.—Heinec., *ad leg. Pappiam.*, lib. 1, cap. 11, num. 12.—Tacit., *Anal.*, lib. 3, núm. 34.

(2) Gibbon, tom. 6, págs. 186, 192, 212, 295.

obligada de la naturaleza (1). En el sistema de la Religión Cristiana, la mujer debe esforzarse á la par que el hombre en el servicio del Señor (2); es tan digna como el hombre (3), á quien, aunque inferior en fuerza, sobrepuja en fé y en amor (4), y la Iglesia le ofrece dignidades y aún participio muy principal en el apostolado, para que derrame la instrucción entre las multitudes (5).

Principios tan fecundos no produjeron, como lo nota un autor, inmediatamente todos sus frutos. El Cristianismo encontró en Bizancio soberanos de un celo ardentísimo por la causa de la fé y en contra de los paganos y de los herejes; pero muy rehacios para romper por completo con las antiguas tradiciones del derecho privado y hacer pasar á las leyes las nuevas ideas con todas sus consecuencias. Empero las constituciones imperiales que en seguida vamos á recordar, si no destruyeron por completo aquella especie de exclusiva magestad del marido (6), ni borraron la nota de imbecilidad y debilidad de espíritu con que el primitivo derecho marcaba á la mujer (7), continuaron, á no dudarlo, el progreso iniciado y prepararon para las nuevas razas que habrían de invadir el Imperio romano, la absoluta desaparición de los viejos principios (8). Theodocio *el Grande* consagró los derechos de la madre, declarando que si el padre no había designado tutor testamentario, ni había tutor legítimo, y la madre juraba no contraer segundas nupcias, la tutela del hijo le sería confiada, en razón á que nadie podría defenderle y amarle mejor que ella (9), con lo cual caía

(1) S. Pablo., *Epist. ad Corinth.*, I, 7 y 36; *ad Eph.* VI, 21, 22 y 31; *ad Gal.*, III, 18, 19, 20 y 21.

(2) S. Pablo., *ad Rom.*, XVI, 6 y 12.—*Id.* *ad Galat.*, III, 28.

(3) S. Pablo., *ad Corinth.*, VII, 4 y 14.—S. Mateo, XIX, 5 y 6.—S. Gerónimo, *carta* 84.

(4) S. Mateo, IX, 22; XV, 28; XXVI, 7 á 12.

(5) 4.^o Concil., *Cartag sobre la instrucción de las mujeres.*—*Novelas*, 3, cap. 1; 6, cap. 6; 123, cap. 3.—*Cod. Theod. de episcop. coment.* por Godofredo.

(6) Valer. Max., lib. 2, cap. 1, núm. 6.—Tito-Livio, lib. 34, núm. 2.

(7) Gaius, I, 144.—Ulp., xI, 1.

(8) Digard, *de la puissance paternelle*.

(9) *Cod. Theod.* 1, 4, *de tut. el curat. ercandis*.

para siempre el antiguo principio de que la tutela era sólo un oficio viril, *virile munus*. Los emperadores Honorio y Theodosio establecieron que sería necesario el consentimiento de la madre para el matrimonio de la hija menor de veinticinco años, siempre que fuera tal acto rehusado por el padre (1). Justiniano se preocupó de la suerte de los hijos en caso de divorcio, ordenando que ellos quedasen en poder del cónyuge inocente, aún cuando fuese la madre, con tal de que ésta no contrajese segundo matrimonio (2).

Hé ahí las principales reformas implantadas por los emperadores cristianos en orden á la patria potestad y en favor de la mujer. Si comparadas con el moderno derecho parecen tímidas y poco decididas, no hay que culpar de esto á la Iglesia, porque ni la legislación del Bajo Imperio es en su totalidad una legislación francamente cristiana, ni era posible, sin grandes trastornos en el orden social, derribar por entero la secular jurisprudencia romana, en la cual persistían vinculados grandes intereses y no poco respetables tradiciones. Pero en esas reformas que esencialmente contienen ya el principio cardinal de la igualdad de la madre y del padre en los derechos y obligaciones del matrimonio, el observador atento é imparcial no podrá ménos de ver la fecunda premisa cuyas consecuencias tendrán que ser el triunfo del derecho natural, tan desconocido á través de los siglos precedentes, la solicitud de los débiles, la protección de los humildes y el seguro cumplimiento de los deberes hácia los hijos, por la garantía del verdadero é inagotable amor de la madre hácia ellos.

5. *Legislación española.*—El más antiguo de los Códigos de nuestra madre Patria, el Fuero Juzgo, contiene muy escasas disposiciones acerca de la patria potestad, la cual, en opinión común de los intérpretes, pertenecía, muerto el padre, á la madre, hasta que los hijos hubieran cumplido

(1) *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 20.

(2) *Nov.* 89, 4.

quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. Si tal hermano no existía, ó no tenía el requisito expresado, la tutela era encomendada al tío ó á su hijo, debiendo el juez otorgarla, si estos parientes no pudieran ejercerla, á cualquier otro que él designase. Ni el padre, ni la madre, ni los otros parientes en su caso, podían vender ni gastar los bienes del menor, de los cuales les pertenecía solamente la décima parte de los frutos, á cuyo efecto debía formarse previo inventario ante testigos, y estaban obligados á restitucion, en caso de pérdida por negligencia (1). La legislacion, pues, de la raza conquistadora de España y verdadera fundadora de su nacionalidad, reformó radicalmente el derecho romano en un punto tan importante como era la intervencion de la madre en el ejercicio de la patria potestad, lo cual no es de extrañar si se atiende á que en todos los pueblos de raza germánica eran muy estimadas las mujeres, practicándose la monogamia, de donde tuvo origen, al decir de un renombrado jurisconsulto español, el culto de la mujer europea, desarrollado por el Cristianismo y extremado entre nuestros padres, los españoles, por las costumbres de los árabes (2).

Las leyes de Partida operaron una verdadera reaccion en esta materia, copiando las leyes romanas, si no en el estado que guardaban bajo la República y los primeros tiempos del Imperio, si con las reformas hechas por los emperadores cristianos hasta Justiniano (3), por lo cual, aunque el poder doméstico ha dejado de ser la austera representacion de los crueles derechos concedidos al *paterfamilias*, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bie-

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tít. 2 y 3, l. 13.—Marina, *Ensayo*, num. 201, nota 3.—F. Elias *Dev. civ. esp.*, lec. XVI.—J. Francisco Pacheco, *Introduc. de la ley Wisigoda*.—Gutiérrez Fernandez, *Cod. esp.*, lib. 1, cap. 4.

(2) Pedro José Pidal, *Lecciones sobre la hist. del gobierno y leg. de España*, 15.^a

(3) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 8.

nes, para convertirse en *ligamiento de reverencia, e de subiección e de castigamiento* (1), vuelve otra vez á extenderse aun á los más remotos descendientes con tal de que sean legítimos, sin consideración alguna á la independencia que da el matrimonio (2), y á pertenecer exclusivamente al padre, con absoluto alejamiento hasta de los parientes por la madre (3). «El castigamiento, dice una ley del Código que examinamos, debe ser con mesura y con piedad (4)» y otra expresa que el padre tiene derecho de demandar en juicio y tornar á su poder al hijo que anduviese por su voluntad *vagando por la tierra, non queriendo obedecerle* (5). La patria potestad se adquiere por matrimonio legítimo ó legitimación y por adopción (6), perdiéndose por muerte natural, por destierro perpetuo, por dignidad del hijo, por emancipación, por castigos crueles impuestos al hijo por el padre, por prostitución de las hijas, por posesión de lo que le fué entregado bajo condicion de emancipar al hijo, y finalmente por mala veracion de los caudales pertenecientes á éste (7). Una de las leyes de Toro declaraba que acabaría también la patria potestad para el hijo ó hija que fuese casado y velado (8).

En cuanto á los bienes, el antiguo derecho español siguió fielmente al Romano tanto en la clasificación y definicion de los peculios como en los derechos y obligaciones respectivos del padre y del hijo, con excepcion del usufructo del peculio adventicio, que el padre conservaba solamente hasta que el hijo se casaba y *velaba*, y cuya mitad continuaba perteneciéndole aun despues de ser eman-

(1) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 3.

(2) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 1.

(3) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 2.—P. Gómez de la Serna, *Introd. hist. 4.^a Part.*

(4) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 18 y 7.^a, tít. VIII, l. 9.

(5) Part. 4.^a, tít. XVII, l. 10.

(6) Part. 4.^a, tít. XVII, ll. 2 y 4.—Id. tít. 15, l. 4.—Id. tít. 18, l. 19.—Id. tít. 16, l. 1.

(7) Part. 4.^a, tít. 18, l. 1.^a á 4.^a.—Id. Id. l. 17 á 25.

(8) *Recop.* lib. 5, tít. 1, l. 8.—L. 47 de Toro.