

Grado en: Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2019-2020

Convocatoria: julio de 2020.

La patria potestad. Evolución histórico jurídica comparada.

Realizado por el alumno: Luisa María Ramos Reverón

Tutorizado por el Profesor/a D^a María del Carmen Sevilla González

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Historia del Derecho y de las Instituciones

ABSTRACT

From a legal perspective, parental authority is recognized as a set of rights and obligations that the law attributes to parents over the persons of their non-emancipated children and over their assets. In this assignment I will try to approach the figure of parental authority and its evolution from the first vestiges and knowledge of the exercise of this right that date back to the classical era. The institution of parental authority has undergone a constant evolution that has allowed it to modify its legal regime, being in its beginnings a right of the Romans and exercised absolutely only by the figure of the male, and currently it has been configured as a set of rights and duties of mandatory compliance with the law by both spouses. We must bear in mind that this right will always be exercised for the benefit of the children based on the principle of supremacy of the minor's interest and protection.

In essence, the sources consulted are; articles by legal experts and fragments of books on civil law, mostly on family law.

RESUMEN

Desde una perspectiva jurídica, se reconoce la patria potestad como un conjunto de derechos y obligaciones que la ley atribuye a los padres sobre las personas de sus hijos no emancipados y sobre sus bienes. En la presente investigación tratare de hacer un acercamiento a la figura de la patria potestad y la evolución de la misma desde los primeros vestigios y conocimientos del ejercicio de este derecho que se remontan a la época clásica. La institución de la patria potestad ha sufrido una constante evolución que ha permitido modificar su régimen jurídico, siendo en sus inicios un derecho de los romanos y ejercido de forma absoluta únicamente por la figura del varón y actualmente se ha configurado como un conjunto de derechos y deberes de obligado cumplimiento de la ley por parte de ambos conyuges. Debemos tener presente que este derecho siempre será ejercido en beneficio de los hijos basandonos en el principio de supremacía del interés del menor y su protección.

En lo esencial, las fuentes consultadas son; artículos de juristas conocedores de derecho y fragmentos de libros de derecho civil mayoritariamente de derecho de familia.

INDICE:

Introducción -----	4
Capítulo I.- La patria potestad en los reinos hispánicos.-----	5
Capítulo II.- La patria potestad en los países europeos del “civil law”-----	14
Capítulo III. La patria potestad en los países del “common law”-----	18
Capítulo IV.- El debate sobre la patria potestad en la codificación-----	21
Capítulo V.- El derecho de patria potestad en el mundo actual.-----	26
Capítulo VI.- Conclusiones.-----	29
Bibliografía-----	30
Fuentes legislativas-----	34

Introducción.

La promulgación del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publicó el Código Civil, supuso un éxito sin precedentes de cara a la modernización de la familia española.

Para llegar hasta este punto de ejercicio igualitario de un derecho –por hombres y mujeres-, en este caso de la patria potestad, ha sido necesario que transcurran muchos siglos, en los cuales ha habido un cambio, en los valores sociales, hábitos y creencias sociales hasta llegar hasta este punto. - Tal como indica el profesor Lasarte¹:

“Evidentemente, de los diversos sectores del Derecho Civil, es el derecho que se ha visto sometido en tiempos contemporáneos a reformas más profundas. Cualquier observador, aunque sea lego en Derecho, tiene conocimiento de la gran cantidad de innovaciones legislativas de que el Derecho de Familia ha sido objeto en los últimos años y del sentido básico de tales reformas”.

Antes de empezar, deberíamos determinar que es realmente la familia. Si buscamos la definición en la RAE encontramos:

“ Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas ” o “ Conjunto de ascendientes, descendientes, colaterales y afines de un linaje ”, pero la familia no es solo una definición teórica sino una realidad social, formada por personas como dice la propia descripción, con lo cual personas a las cuales se les reconoce los derechos fundamentales, independientemente de su sexo, raza, religión... incluso aun sin haber nacido como es la figura del *nasciturus*. Todas estas relaciones se subsumen en un mismo grupo de normas que las rigen, formando el *Derecho de Familia*.

La creación del Estado de Derecho que llegó con la democracia y con la promulgación de la constitución española de 1978, supuso un necesario cambio del *Derecho de Familia* puesto que adquirieron rango normativo los llamados derechos fundamentales, incluidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución española. Tales principios constitucionales han sido plasmados conforme a una serie de reformas del Código Civil español.

¹ Lasarte, C., *Derecho de familia*. Madrid, 2012, 11ª ed. Pág. 7.

1-La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

2- La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

3-La Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

4- La Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción.

5-La Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

En la actualidad y tomando en consideración la situación general en España, puede decirse que cualquier persona ajena al mundo del derecho tiene algunas nociones sobre la *patria potestad*. Unos conciben esta expresión como derechos o prerrogativas que se pueden ejercer en relación a los descendientes. Otros hablan de la *patria potestad* como obligaciones, a veces muy gravosas y complicadas. Pero la realidad y el ordenamiento jurídico evidencian que este concepto en la actualidad está integrado por derechos y por obligaciones, y se ejerce en relación a los descendientes menores de dieciocho años.

Pero desde que este principio fuera desarrollado por el *Derecho romano*, han pasado muchos acontecimientos en el mundo, y naturalmente éstos han modificado el concepto de familia, el de autoridad, el de filiación. También se ha modificado la edad en que los seres humanos cortaban ese vínculo jurídico con sus ascendientes o con sus descendientes y también ha cambiado el ejercicio de este derecho-obligación en función del sexo de la descendencia.

Evidentemente este trabajo pretende limitarse al caso europeo por nuestra vinculación histórica con el continente, pero no puede dejar de hacerse alguna referencia, aunque sea rápida a las singularidades que presenta esta categoría conceptual en otros países y en otras culturas, concretamente en los EEUU de América, siendo relevante este caso debido al gran dinamismo social y a la heterogeneidad de dicho país no solo en su época colonial sino después de su independencia.

Por otro lado la perspectiva comparatista en este tema es cada día más importante debido a que la movilidad social es constante, y muy frecuentes los matrimonios o uniones entre personas de distintas nacionalidades, cuyos ordenamientos jurídico-privados difieren entre sí. En este ámbito es de destacar que durante la primera

parte del siglo XX, la distancia conceptual entre la patria potestad en España o Italia y el mismo concepto en otros países laicos era enorme, puesto que el derecho en España o Italia, impregnados por la ideología de la época mostraba una vinculación extrema con la moral pública, con la supremacía del hombre en la familia y en la sociedad, y en general con la tradición histórica que apartaba a las mujeres de cualquier función tutelar en el ámbito familiar y que incluso obligaba a las propias mujeres a depender de la autoridad marital. Hace ya varias décadas, el Prof. Castán Vázquez² alertaba de estas situaciones, invocando una amplísima bibliografía de otros países que trataba precisamente sobre la posibilidad de la unificación del derecho privado:

“Basta recordar algunos de los temas clásicos del Derecho de familia para comprender lo difícil que resulta la unificación supranacional de esta rama. La forma del matrimonio, por ejemplo, se regula según “sistemas matrimoniales” que ofrecen considerables diferencias. El régimen económico matrimonial se organiza actualmente en los estados actuales según esquemas diversos (...) La patria potestad, la tutela y la adopción están igualmente lejos todavía de responder a un patrón común”³.

Pero no es posible referir este concepto a países que estén en otro ámbito cultural, sino a los más próximos y como se ha hecho, a los pertenecientes a las familias jurídicas de occidente, ya que por el momento no puede equipararse el ejercicio de este derecho en Europa y en África, por poner un ejemplo, ya que los intereses a proteger por los legisladores es muy distinta.

² Castán Vázquez, J., “La unificación supranacional del Derecho de Familia” en *Anuario de Derecho Civil* (Estudio de derecho extranjero) , Madrid, 1977

³ *Ibidem*. Pág. 622.

Capítulo I.- La patria potestad en los reinos hispánicos.

La regulación de la patria potestad en sus distintas etapas, ha condicionado la evolución normativa en los distintos reinos peninsulares, teniendo en cuenta que la influencia del Derecho Romano fue dispar al ser la romanización heterogénea. Por otro lado, la recepción del *Ius Commune* determinó el mayor o menor grado de influencia en los derechos medievales. Por ello si bien en el presente capítulo nos proponemos explicar la evolución de este concepto en los distintos reinos hispánicos medievales, resulta imprescindible partir, como antecedentes necesarios, del concepto primigenio, que proviene del derecho romano clásico.

La península ibérica fue un territorio conquistado por Roma desde el siglo III a.c. Por tanto es incuestionable que el *Derecho Romano* fue la base esencial de las normas que se aplicaron en la península ibérica, incluso manteniéndose en época visigoda. Después de la superación de la invasión musulmana, comenzaron los países europeos a reestructurar su sustrato jurídico sobre a base del derecho romano recopilado en el imperio oriental por el emperador Justiniano, ya que las invasiones germánicas habían generado un abandono y postergamiento del derecho romano de occidente.

Veamos algunas notas en síntesis de la *patria potestad* en el derecho romano clásico.

La es una institución jurídica originaria del derecho civil de Roma. Se trataba más que de un derecho, de un poder del que disponían aquellas personas que eran ciudadanos romanos. Así lo expresó el gran jurista Gaio en sus Instituciones⁴. Estas raíces de la patria potestad son muy profundas, y perdurarán durante durante muchos siglos. Con todo ello se crea un vínculo jurídico de sujeción que deriva de la *patria potestas*, y del *manus* que ejerce exclusivamente el *pater familiae* sobre los hijos, dentro del ámbito familiar)y la entrega de hijos *in mancipio*. Estas tres instituciones son las que conforman el originario *ius Quiritium arcaico* y otorgan al *paterfamiliae* un poder casi omnímodo en el ámbito doméstico⁵. Muchos historiadores de la antigüedad consideraron este derecho como tiránico, entre ellos destaca Dionisio de Halicarnaso y teniendo en cuenta los

⁴ Gaio (I, 55) *cives romani*. Estas cuestiones se reproducen en las *Instituciones de Justiniano*, Título IX, siendo evidente que conforman un principio básico en el derecho romano clásico y post clásico.

⁵ Bonfante, G., *Corso di Diritto romano, I.- Diritto de Famiglia*. MIlan, 1925. Págs. 69 y ss.

elementos que integraban estos derechos, no es de extrañar que se utilizara este adjetivo pues las funciones más conocidas inherentes al *pater familiae* consistían en el reconocimiento del recién nacido para poder formar parte del núcleo familiar, la venta como esclavos de los hijos, y el derecho a la vida o la muerte de los hijos.

En consecuencia, el papel femenino en Roma, desde la época arcaica era prácticamente nulo, mientras que fuera del ámbito familiar no existía ninguna función reservada a las mujeres ya que ésta estaba siempre bajo la sujeción del poder del *pater familiae*. La capacidad femenina no se modificó en la época imperial, manteniéndose el criterio según el cual la potestad total sobre la mujer la ostentaba el *pater familiae*., siempre de acuerdo con las *mores maiorum* ⁶.

Desde la época arcaica, los argumentos que se invocan permanentemente insisten en la debilidad mental de la mujer, que se mantuvo hasta el siglo XIX y en otras culturas hasta el presente, donde se ha defendido como principio inalterable el de la inferioridad jurídica de la mujer. Pero situándonos aún en el ámbito del *Derecho Romano*, lo cierto es que siempre la mujer está sometida a la potestad y autoridad de otro, que podía ser el *pater familiae* de su grupo familiar, o el de la familia de su cónyuge.

Como todos sabemos, la sociedad romana, distribuida territorialmente a lo largo de las provincias evolucionó claramente hasta la desaparición del Imperio romano de occidente. Básicamente, la influencia del cristianismo generó una evolución en estos conceptos que estamos analizando. En efecto, el cristianismo generó un efecto quizás contradictorio en el concepto de la patria potestad. Por un lado el propio emperador Constantino que oficializó el cristianismo, impulsó algunas reformas en la patria potestad, pero al mismo tiempo siempre se defendió la supremacía del varón en la sociedad y en el matrimonio. En Roma durante la época clásica, no hubo vestigios de ningún debate sobre el ejercicio de la patria potestad siendo esta indudablemente un privilegio de todo varón. Quien tenía el poder para ``dirigir`` a su familia era el *pater familias*. Los hijos estaban sometidos al “*pater*” y la mujer no era concebida como compañera del esposo sino como una hija más. La familia se basaba en un primer momento en la figura del matrimonio siendo las leyes que lo regulan de especial importancia. Posteriormente no solo el

⁶ Esta expresión significa la costumbre o la forma de actuar más antigua. Sobre esta expresión y su significación en el mundo jurídico Cfr. Baquero, M. E. (2001). “La familia en Roma: entre los *mores maiorum* y la norma escrita”, en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española:(1940-2000)*. Págs. 103-124.. Huelva, 2001.

matrimonio era la base que forjaba la familia sino que adquirieron importancia los hijos , creando un orden para regular las relaciones paterno filiales.

Volviendo a los primeros tiempos, la organización de lo que era la familia romana explica la gran extensión del poder paterno. En todos los pueblos primitivos la forma constitutiva de la sociedad era el patriarcado. Conociendo todos estos antecedentes no era de extrañar los derechos que se le otorgaban al pater familiar sobre sus hijos , que eran absolutos . Desde un primer momento la patria potestad era un conjunto de derechos establecidos en favor del padre sin consideración a la individualidad de los hijos que a su vez deberían llegar a ser padres con los mismo derechos , absorbiendo el *pater familiae* a todos los miembros de la familia. La patria potestad no solo integrada por los derechos del *pater* sino también existía el deber moral de los hijos de obedecer a su padre , por ello en las fuentes legales lo único que hace es plasmar lo que moralmente era correcto , es decir , el principio de derecho natural de respetar a nuestros padres. Resulta curioso esta afirmación puesto que la mujer no tenía ninguna opción en la toma de decisiones ni tenía poder sobre sus hijos , pero igualmente la ley prescriba el mismo respeto tanto a la madre como al padre. La razón de ello fue ese sentimiento innato y natural que tenemos hacia nuestros progenitores.

Con la llegada de la religión cristiana a Roma , el poder del pater ya no era absoluto y se pretendió una reconstrucción de lo que era la familia romana. Por lo que se refiere al occidente europeo ocupada por diferentes pueblos germánicos, con sus fuertes costumbres, la realidad es que muchos signos culturales de Roma desaparecieron, si bien como sabemos si hubo una gran influencia en el campo del derecho. Con la llegada a España de los visigodos se borraron casi por completo las costumbres romanas, cobrando importancia las relaciones naturales de parentesco. Aquí el poder paterno era considerado como un beneficio para los hijos y la mujer pasa a ser compañera de vida del esposo , ayudando en las labores de la vida cotidiana.

. La conocida romanización de los pueblos germánicos determinó que la mayor parte de los textos legales tanto visigodos, como francos, burgundios, ostrogodos, etc., reflejaran una clara influencia del Derecho Romano, pero en muchos casos sin perder la influencia germánica. El mundo legal visigodo también estaba claramente impregnado de influencia religiosa, puesto que el rey Recaredo se convirtió al cristianismo. Al respecto el prof. García Gallo escribió al respecto: “ *...fue la propia Iglesia, por boca de sus obispos y sacerdotes, la que impuso a los fieles la acomodación de sus actos a los*

preceptos de la religión”⁷. Todos los textos legales visigodos mantienen esa vinculación conceptual con el Derecho Romano, puesto que el pueblo visigodo experimentó una gran romanización. Finalmente ha de indicarse que el cristianismo influyó en los conceptos jurídicos que inspiraban la patria potestad en Roma, tales como el abandono de los hijos, su maltrato, etc. Por tanto el Cristianismo va configurándose en Roma como un mecanismo de control de los valores y criterios que conforman el ordenamiento jurídico, o mejor dicho el *ius*.

Sin ruptura con el mundo de la época postclásica romana, el mundo visigodo, muy romanizado, también experimentó una gran influencia de la Iglesia, sobre todo después que el rey Recaredo erradicara el arrianismo, considerado una herejía. En ese ámbito visigodo, encontramos que también el *pater familiae* es la única persona que ejerce el derecho de patria potestad y no la esposa y madre de la prole, incluso San Isidoro de Sevilla considera que estos derechos provienen del Derecho Natural⁸.

En el *Breviario de Alarico* y en diversas leyes del Rey Chindasvinto aparecen ya limitaciones al ejercicio de la patria potestad, que sigue siendo una potestad masculina, pero controlada por el derecho en casos que se consideraba que atentaban contra la religión, como el caso del abandono de los hijos, o su venta, o su muerte. Las normas de Chindasvinto se recogieron en el *Liber Iudiciorum* que como sabemos es un texto recopilatorio del siglo VII, que tuvo una amplísima vigencia en el tiempo. En las normas del *Liber Iudiciorum* se contiene una regulación de las limitaciones que se imponen a quien ejerce la patria potestad, estableciendo graves penas para las arbitrariedades del *pater familiae* que atentaba contra sus hijos.

Tal como es de sobra conocido, en los siglos altomedievales la aplicación del *Liber Iudiciorum* se mantuvo en muchos territorios peninsulares, pero debido a los cambios sociales operados como consecuencia de la reconquista, el *Liber* se transformó en una obra mucho más sencilla, que en lugar de estar escrita en latín, estaba escrita en lengua romance, evidencia de los cambios lingüísticos operados en la época.

En el libro III del *Fuero Juzgo* está regulada la patria potestad., encontrando en el texto un criterio más pragmático, por ejemplo, en lo concerniente al consentimiento para contraer matrimonio, estableciéndose la obligatoriedad del que emitiera el

⁷ García Gallo, A., *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español*, 3ª edición revisada, Madrid, 1967. Pág. 61.

⁸ Rolán, T. G. (1981).” San Isidoro de Sevilla como fuente de Alfonso X El Sabio: un nuevo texto de las Etimologías (L. XIV) en la General Estoria (4.ª parte)”. *Revista de filología española*, n. 61. Pág. 225-233.

progenitor, lo cual lleva a considerar nuevamente la amplitud de este derecho de patria potestad y comprobar cómo se extendía a todos los actos jurídicos realizados en el ámbito familiar. También se advierte en el *Fuero Juzgo* una clara influencia del cristianismo, al establecerse limitaciones al ejercicio de la patria potestad, siendo ejemplo de ellos, entre otros supuesto, la prohibición de la venta de los hijos, que era una práctica frecuente y que ahora se castiga muy severamente, incluso con la pena de muerte.

En relación a los textos jurídicos medievales, en la medida en que se trata de documentos muy primarios y elementales, la realidad es que en ellos predominan los preceptos de derecho público, ya que se trataba de ordenaciones simples de la nueva vida colectiva que se establece en territorios ganados a los musulmanes. Pero aunque no abundan los preceptos de derecho privado, sí existen algunos concernientes precisamente a la organización de la familia, existiendo como punto común, los que establecen que la mujer sigue viviendo bajo la tutela del varón que ejerce la jefatura de la familia, y que en algunos casos es el padre, en otros el esposo, y en otros el hermano mayor varón. El ejercicio de este derecho siempre corresponde al varón que ejerce la jefatura de la familia, pero tratándose la Reconquista de una etapa excepcional y bélica, también en algunos fueros se establecía la posibilidad de las mujeres viudas de ejercer la patria potestad sobre los hijos, como se establece en los *Furs* de Valencia⁹. Por otro lado, dentro de la consideración social medieval, no existía la idea de la autonomía femenina, sino al contrario sólo era valorada la mujer en cuanto ésta forma parte de un entorno familiar. Los fueros recogen diversidad de normas del momento y con respecto a la situación de la figura femenina, no se concebía a la mujer sola y autónoma. Incluso ser viuda era un motivo de compasión o de conmiseración ante una mujer desvalida. Como indicó Segura Graiño¹⁰, dentro de los valores jurídicos medievales, heredados del *Ius Commune* se consideraba que la mujer debía vivir bajo la potestad del varón que ejerciera la jefatura de la familia.-

Los textos normativos que provienen del reinado de Alfonso X El Sabio, contienen muchas referencias al asunto que estamos tratando. Si tomamos como referencia el llamado *Fuero Real*, es decir un texto de carácter municipal que se aplicaba en la zona norte de Castilla con la idea de que tuviera vigencia en muchas localidades y concejos. A efectos de ejemplificar lo concerniente al tratamiento de la patria potestad en

⁹ Colón i Domenech, G. y Garcia Sanz. A., . *Furs de València*. Vol. 101. Editorial Barcino, 1970..

¹⁰ Segura Graiño, Cristina. "Las mujeres en las ciudades medievales", en *Actas de las terceras jornadas de investigación interdisciplinaria*, Madrid, (1984).

el *Fuero Real*, cabe citar el libro III, título 10, ley 8¹¹, referida precisamente a este asunto, bajo la rúbrica:

“Que cosas no se pueden vender”, establece lo siguiente:

“...é maguer que el padre haya gran poder sobre los fijos, no queremos que los pueda vender, ni empeñar, ni dar; e quien contra esto los comprare, ó los rescibiere en peños, pierda el precio, é los fijos no hayan ningún daño; é si fuere dado, el donadío no vala”.

Se trata del mismo criterio que se defendía en el *Fuero Juzgo* (siendo textos sincrónicos pero aplicados en distintas zonas peninsulares), en los que como se ha visto se concibe el derecho de patria potestad como sometido a límites éticos, morales y legales.

Por lo que concierne a *Las Partidas*, también contiene regulación de cuestiones de derecho privado. Como es sabido, se trata de un cuerpo normativo redactado en la corte de Alfonso X y que se atribuye a éste. Parece que su objetivo era la creación de una uniformidad jurídica del reino consideradas no como un libro de leyes sino como un cuerpo de doctrina jurídica. Las Partidas recogen en su plenitud la *patria potestad* proveniente de las normas justinianas en la Partida IV. Esta partida está formada por 27 títulos y 256 leyes y está destinada al derecho de familia, al matrimonio y a los vínculos permanentes entre los individuos.

Las Partidas constituyen el código legal de mayor transcendencia y amplitud de toda la historia jurídica de España. De hecho, estuvo en vigor hasta el siglo XIX, ya que desde el siglo XIV fue derecho subsidiario del derecho regio. Se supone que se redactó cuando Alfonso X aspiró a ser el titular del Sacro Imperio romano germánico, lo cual no consiguió por cuanto el Papa no secundó su candidatura¹².

En *Las Partidas* se encuentra regulada en la *Partida IV*, título 17, leyes 1 y 2¹³, siendo de procedencia del derecho justiniano su concreción, puesto que se limitó el ejercicio de esta potestad al varón que ostenta la jefatura de la familia, excluyendo tajantemente a la mujer en el ejercicio de estos derechos.

Como es sabido, la vigencia de *Las Partidas* hasta el siglo XIX es consecuencia de que tanto las Leyes de Toro, como las dos recopilaciones oficiales tanto

¹¹ Se ha utilizado en este trabajo el texto publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1815.

¹² Valdeón Barunque, J., “Alfonso X y el Imperio” en *Revista de Estudios alfonsíes*. Valladolid, 2004., págs. 243 y ss.

¹³ *Las siete partidas del sabio rey Don Alonso el Nono: glosadas por el licenciado Gregorio Lopez...* Vol. 4. Madrid, 1789.

de Castilla (Nueva Recopilación¹⁴) como de España (Novísima Recopilación¹⁵) no dudaron en atribuir a dicho cuerpo normativo carácter subsidiario en defecto de otra disposición de derecho regio aplicable. Por lo que se refiere al caso propiamente español, la realidad es que toda la jurisprudencia hasta la promulgación del Código Civil aplicó las normas de Las Partidas en todos sus aspectos – es decir, civil, penal, etc.-, hasta que fueron sustituidos por los respectivos códigos que se fueron promulgando a lo largo del siglo XIX.

Tampoco puede dejarse de mencionar que la vigencia de las normas de *Las Partidas*, por supuesto, también en su vertiente del derecho privado, tuvo la misma vigencia en los territorios de la península ibérica que en los restantes territorios españoles, de forma que estas normas, en este caso referidas a la patria potestad fueron comunes a España y a todos los territorios de América del Sur, y posteriormente cuando estos territorios afronten la independencia, incluirán en sus respectivos textos los preceptos provenientes del indicado cuerpo legal de Las Partidas. Por ello se considera que en el sistema jurídico del *Civil Law*, también llamado *Derecho continental*, se engloban no solo los ordenamientos de Europa occidental, sino también los de los territorios americanos, que por las razones indicadas tienen el mismo origen jurídico, es decir, las normas provenientes del *Ius Commune*.

¹⁴ Texto jurídico en el que se recogía solamente derecho regio, que promulgó en 1567 el rey Felipe II.

¹⁵ Texto jurídico en el que se recogió el contenido de la Nueva Recopilación, y además las normas regias desde Felipe II hasta Carlos IV. Este texto estuvo en vigor hasta que se promulgaron los códigos españoles.

Capítulo II. La patria potestad en el sistema jurídico del Civil Law.

Continuando con la misma línea expositiva anterior, ha de indicarse que estos dos sistemas jurídicos muchas veces se mezclan en la vida práctica de las comunidades o estructuras estatales, ya que el ordenamiento jurídico no es inmutable sino vivo y se nutre también de la experiencia de la población. Este cruce de tendencias se produjo en el caso del derecho de California, que históricamente perteneció al *Virreinato de Nueva España*, es decir, un territorio perteneciente a la monarquía española. Aunque California sea actualmente un estado dentro de EEUU, en materia civil y familiar se ha comprobado que los tribunales han aplicado en muchas ocasiones las normas provenientes de *Las Partidas*, si bien en materia de patria potestad, se denomina *paternity law*.

En este apartado del trabajo estamos analizando cómo se articuló el derecho de patria potestad en Europa occidental, y dado que no es posible explicar las peculiaridades en este ámbito de todos los países que integran la Unión Europea actualmente, ha sido preciso centrarse en algunos ejemplos. Se han elegido dos, un modelo jurídicamente laico como es el francés y un modelo históricamente impregnado de connotaciones ideológicas y religiosas, muy similar al español, como es el italiano. Del análisis de ambos casos se revelan las diferencias y las similitudes, y también el esfuerzo que ha tenido que hacer la UE (Unión europea) para establecer unos criterios uniformes que puedan ser el patrón de las normas de cada estado miembro.

Pues bien, comenzando por el caso italiano, que es un estado miembro de la *Union Europea*, también en dicho país se ha vivido la tensión entre una sociedad en permanente cambio y un país conservador y amante de las tradiciones, entre ellas las de las potestades familiares, el respeto a los ascendientes, la dependencia de la mujer, etc. En Italia como en cualquier otro país del occidente europeo las normas jurídicas han estado en permanente cambio y concretamente las referidas al derecho de familia. Desde 2012 se ha venido producido un cambio muy significativo en el derecho de familia, afectando a la filiación, parentesco y relaciones paterno filiales sino también a otras materias del derecho civil como son las sucesiones.

Italia fue un país que codificó su derecho, y como otros muchos, se basó en el Código de Napoleón, manteniendo en consecuencia la diferencia entre los hijos legítimos e ilegítimos, aquellos cuya generación tuviera lugar por progenitores no unidos en matrimonio, pudiendo dividirse además en hijos naturales que eran reconocidos por

sus padres biológicos e hijos ilegítimos estrictamente hablando que no podían ser reconocidos, caso de los incestuosos o los nacidos de personas casadas. Como se puede advertir, esta distinción tenía repercusión no solo en las relaciones paterno filiales sino también en el derecho de sucesión, ya que únicamente tenía protección por el ordenamiento jurídico aquel que era considerado hijo legítimo nacido de un matrimonio. El fundamento de esta dispar regulación para la figura del hijo, venía dada por la consideración del matrimonio como único modelo familiar, provocando que solo los hijos cuya filiación derivada de esta encontraran una plena protección por el ordenamiento jurídico. Las causas por las que Italia seguía conservando esta regulación discriminatoria puede justificarse porque aparte de los prejuicios sociales, por la particularidad de cómo se concebía la familia cuyo concepto se fija de manera explícita en el artículo 29 de la constitución italiana, el cual decía que el parentesco presupone un vínculo matrimonial entre los progenitores. La interpretación conforme a la regulación vigente provocó la modificación de la primacía de la filiación legítima o matrimonial, rechazándose la literalidad del artículo 30 que negaba la igualdad de los hijos naturales extramatrimoniales con los matrimoniales. Por tanto esta reforma se fundamenta por la doctrina italiana sobre la base de que el matrimonio no es el único modelo familiar, existiendo otros modelos dignos de la misma tutela.

El punto de partida por el que comenzó la reforma de la designación de los hijos, fue el cambio en su terminología, dejando de diferenciar la generación de los mismos y considerándolos a todos como hijos. Se trata de una evolución similar a la que experimentó el derecho civil español.

Toda esta reforma para la equiparación de los descendientes ha de traer consigo una reforma trascendente para determinar la filiación no derivada del matrimonio y el reconocimiento de los hijos. Estas modificaciones son de directa aplicación desde el 1 de enero de 2013. Otro gran avance en la tutela de los derechos de los hijos es el reconocimiento de los hijos anteriormente considerados de mala manera como incestuosos. Los cuales en su momento eran castigados por el "mal" comportamiento de sus progenitores, ya que no tenían ningún tipo de protección en el ordenamiento jurídico y estaba prohibido que fueran reconocidos por los padres biológicos. Los cambios en el régimen jurídico de la filiación han dado lugar también a una serie de reformas en cuanto las acciones que pueden ejercitarse en una filiación, pero en este caso por un impulso del gobierno más que por parte del legislador italiano. En este sentido existe una clara

equiparación o similitud con el caso español, ya que ambos países estaban lastrados por los mismos problemas ideológicos y religiosos.

Ahora se va a proceder a analizar el caso francés que dado su laicismo proveniente de la *Revolución Francesa*, ha podido evolucionar más rápidamente en estos conceptos jurídico-privados que afectan al derecho de familia. La realidad es que en la historia de Francia existen muchos indicadores de la preeminencia del varón en la sociedad. El mero hecho de que se mantuviera durante tantos siglos la *Loi Salique*¹⁶ que impedía a las mujeres acceder al trono, es ya una prueba evidente de la preeminencia masculina que se ha plasmado tradicionalmente en la función rectora del varón en la política y en la vida doméstica. El marido y esposo era quien gestionaba toda la vida familiar, siendo quien ostentaba las responsabilidades en relación a los hijos y en relación a la esposa. Es cierto que el espíritu de la Revolución conllevó algunos cambios sociales, pero la realidad es que el Código Civil de 1804 no contiene unos preceptos avanzados sino muy tradicionales, ratificando el papel masculino.

Unos años antes que en España, concretamente en 1970, se produjo el reconocimiento de la autoridad parental por ambos progenitores, dejando una gran cantidad de lagunas que son resueltas con la promulgación de leyes referidas a la coparentalidad (co-parentalité). Esta situación es muy interesante, porque como ocurriría luego en España, dicha coparentalidad no requería que los progenitores estuvieran casados. Podemos nombrar como punto de partida de esta revolución familiar francesa la disposición normativa N° 70-459 de 4 de junio de 1970¹⁷ relativa a la *autoridad parental*, que quedaba distribuida entre el padre y la madre. Desapareció lo que se conocía por *patria potestad* y se convirtió en *Autorité parentelle*. Este cambio de nomenclatura era necesario para poder afirmar que hay una nueva visión en las relaciones jurídicas entre progenitores y sus hijos. Como sabemos con la promulgación del código napoleónico, la mujer se encontraba en una situación de inferioridad en el seno familiar y dependía del jefe de familia para cualquier acto. Existía la *puissance parentelle* con la que se le atribuía la completa autoridad de la mujer a su marido. En efecto, esta ley, se trataba de un reconocimiento jurídico de la mujer en su función maternal, que hasta entonces no existía. Sin embargo esta igualdad se daba en la teoría ya que en la práctica la autoridad parental seguía siendo predominante. En resumen a partir de la promulgación de esta ley

¹⁶ Viennot, E. *La France, les femmes et le pouvoir: l'invention de la loi salique, Ve-XVIe siècle*. Perrin, 2006.

¹⁷ Ley n. N° 70-459 de 4 de junio de 1970.

, la autoridad parental paso a ser considerada , por un lado como un derecho que debía de ser ejercido por ambos progenitores y por otro lado , como un conjunto de poderes que perseguían el fin de la protección de los menores.

Haciendo referencia a la disolución del matrimonio y a raíz de esta figura las soluciones pertinentes para la titularidad de este derecho debemos centrarnos en la penúltima década del siglo XX , cuando se dicto la ley que consagraría los pilares de la *co-parentalidad*. Esta consistía en toda hipótesis de separación de padres unidos previamente en matrimonio , se ejercería de forma común por ambos progenitores , pero siempre debía de primar el interés del menor.

La década de los 90 en el país francés comienza con la entrada en aplicación del *Convenio de Nueva York* o Convención de derechos del niño¹⁸ , exigiendo una nueva redacción del código civil en vigor. Es en este momento cuando el núcleo principal de lo que conocemos como *autoridad parental* se centra únicamente en la noción del interés del niño y en su beneficio y coloca a la figura de la autoridad parental conjunta como un principio rector del derecho francés.

¹⁸Balsera, P. y Garmendia, L. (2003).” La infancia en Europa: una aproximación a partir de la Convención de los Derechos del Niño”. *Revista española de educación comparada*, (9), 83-134. Madrid, 2003

Capítulo III. La patria potestad en el sistema jurídico del Common Law (derecho anglosajón).

Mientras el derecho medieval del continente europeo se formó en base a la experiencia proveniente del derecho romano oriental junto con otros elementos jurídicos, en Inglaterra, la escasa romanización jugó un papel importante de cara a la estructuración del derecho medieval, que se forma con otros elementos muy distintos.

En la formación del derecho anglosajón intervino básicamente un sustrato anglo sajón (proveniente de los pueblos germánicos que se instalaron en Inglaterra), y luego mediante el desarrollo de un sistema eminentemente práctico, que es el de aplicar en cada momento el criterio de los tribunales locales o tribunales del propio rey. Desde el medievo hasta la actualidad el sistema se ha enriquecido cada día, hasta convertirse en el sistema jurídico que se aplica a más territorios y a más personas en el mundo.

El hecho de que Inglaterra se convirtiera en un imperio colonial de primer orden determinó que sus normas, a veces incluso mezcladas con las de los propios territorios tuvieran una enorme difusión. Este sistema jurídico rige en EEUU, en Inglaterra, en Australia y en muchos otros territorios diseminados por todo el mundo.

Veremos ahora como se regula el concepto que en el ámbito europeo se denomina “patria potestad”, en el mundo jurídico anglosajón, entendiendo por éste el conjunto de territorios diseminados en todos los continentes.

En el ámbito jurídico anglosajón, el conjunto de deberes y derechos que ostentan los progenitores en relación a su descendencia se denomina *paternity law*, pero realmente no coincide exactamente con la patria potestad del sistema europeo. Esta expresión a veces hace referencia en la actualidad a los permisos de paternidad por ejemplo, razón por la que no podemos utilizar ampliamente esta expresión, siendo más adecuada la de Por lo que se refiere a Inglaterra, que es el punto de partida, la expresión, *The father's rights*, que tampoco se ajusta al criterio continental, porque parece que en el mundo anglosajón prima la faceta de los derechos.

En modo alguno puede afirmarse que los derechos de custodia (*paternity law*) en Inglaterra se trasvasaron sin más a las posesiones inglesas en América, puesto que la sociedad americana y las estructuras familiares se desarrollaron partiendo de la existencia de un territorio singular y de una sociedad muy singular igualmente, que se va

organizando paulatinamente. Además, teniendo en cuenta la estructura política de los EEUU, las normas en materia de derechos de los padres y de obligaciones de éstos en relación a sus hijos, no pertenecen al derecho federal, es decir a los derechos estadounidenses que son iguales para todos los estados, sino que al revés históricamente se han advertido algunas diferencias entre la regulación de la vida de las familias en los derechos de los diferentes estados.

Nos vamos a centrar en los que se conoce actualmente en EEUU como *Paternity Law*, introducido como una herencia anglosajona, ya que en un primer momento las colonias se regían por el derecho inglés. Sin embargo, el dinamismo de la vida estadounidense ha determinado una rápida evolución social, de forma que se aprecia en el siglo XIX un aumento de la relevancia de la mujer precisamente cuando el varón o jefe de la familia debe realizar un trabajo de envergadura en las fábricas y talleres que dinamizaron la economía en este siglo. Incluso, la incidencia de la II Guerra mundial relevó a la mujer de su postración social y la condujo a tener un papel más activo. Todos estos factores han determinado cambios sociales que a su vez han generado una gran transformación en la vida familiar y en los derechos y deberes de los progenitores.

Desde un punto de vista legal “the Family Laws” constituye una regulación legal para regir las relaciones entre padres e hijos. lo que intento es crear un cuerpo normativo para regir las relaciones entre padres e hijos ya sean hijos biológicos o adoptados. Este cuerpo normativo regula los derechos y obligaciones que deben de tener los progenitores sobre los mismos. “*The paternity law*” tiene una gran relevancia puesto que regula las cuestiones de legitimidad, de herencia y derechos sobre títulos o apellidos, al igual que los derechos y obligaciones que tendrían los progenitores a la hora de llevar a cabo una separación o divorcio. El planteamiento del derecho anglosajón resulta ser mucho más práctico que el del derecho continental, porque no se limita a la teoría sobre los derechos y las responsabilidades, sino se concreta en un plano práctico, adaptado a la sociedad del momento y muy permeable a los condicionamientos fácticos de cada territorio.”The paternity laws” se manifiestan de forma muy diferente en cada uno de los estados, de forma que no existen unas normas generales que regulen esta materia, sino procedimientos concretos, ratificados y confirmados jurisprudencialmente.

En el caso del derecho continental, se presume legítimo el hijo nacido dentro del matrimonio, y la misma presunción existe en el *Common law*, se presume que un hijo nacido de una mujer casada es hijo de su esposo en virtud de una “presunción de paternidad” pero estas presunciones pueden ser refutadas por evidencias. En algunos

estados del país están regulados procedimientos diferentes que legitiman al progenitor para rechazar la paternidad sobre su hijo. Todos estos mecanismos se han desarrollado principalmente en el siglo XX, teniendo en cuenta que hasta el siglo XVIII el territorio en su conjunto fue una colonia inglesa, completamente dependiente del derecho inglés. También se ha desarrollado en EEUU los derechos de paternidad con contenido económico, que son reivindicaciones de los progenitores en el orden económico para conseguir ayudas dinerarias con ocasión del nacimiento de los hijos. Por último debe indicarse que en todos los estados existe una acción legal llamada de “desautorización” para destruir la presunción de paternidad, lo que supone que ese procedimiento judicial, caso de ser estimado, libera al no-progenitor de sus responsabilidades en relación a sus hijos.

Capítulo IV. El debate sobre la patria potestad en la Codificación.

Bajo la necesidad de facilitar el conocimiento del derecho , el deseo de unificar las legislaciones y la conveniencia de la creación de principios generales , entra en juego el concepto de “codificación” , es decir la sistematización de las normas y de los conceptos jurídicos bajo unos mismos criterios. El movimiento codificador moderno surgió en el siglo XIX. Podemos considerar que las” Recopilaciones” son un antecedente de la misma.

El *Código napoleónico* es considerado el primer código moderno y representa el modelo de codificación del derecho privado en base romanista. Tiene su origen en la asamblea constituyente francesa de 1790 (en plena Revolución francesa) donde se acordó la promulgación de un código de leyes comunes, obedeciendo a la necesidad de unificar los dos sistemas jurídicos franceses. El código civil francés que entro en vigor en el año 1804 surgió para que la sociedad burguesa de Francia se amoldara al esquema realizado por los autores del código. Este texto normativo ha sido esencial para la historia jurídica de occidente.

El código civil alemán nació un siglo mas tarde que el francés, en 1900, respondiendo al hecho de que durante este siglo la evolución económica , política y social fueron muy importantes. El BGB (siglas en alemán de dicho código civil) fue admitido por la doctrina francesa por sus cualidades técnicas , considerándolo una obra mas cualificada que la propia obra francesa.

Por lo que se refiere al caso español, la realidad es que las leyes civiles se mantenían inalterables, de forma que hasta la promulgación del Código Civil de 1889, los conceptos jurídicos civiles eran los que estaban incorporados a la *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, que a su vez era una mera actualización de las leyes contenidas en la *Nueva Recopilación de las Leyes de Castilla*, texto que reconocía como derecho supletorio a *Las Partidas* y a los que se ha aludido en los capítulos precedentes.

La *codificación* como proceso jurídico, solo se llevó a cabo en el siglo XIX, en los países occidentales de Europa, y en medio de un gran debate académico puesto que no todos los juristas de la época eran partidarios de la redacción de estos textos normativos. No han codificado su derecho los países que siguen el modelo del *Common law*, en el que la base del derecho es la decisión judicial, el derecho inglés, el de los EEUU

y el de todos los territorios que son o han sido de soberanía inglesa aplican el mismo criterio.

Ya se ha analizado en las páginas precedentes los casos de Italia y Francia, que sí codificaron su derecho, y ahora procede explicar algunos datos referentes a la codificación en España, pero sí ha de indicarse que en la propia Constitución de 1812 ya se indica que se han de formar los códigos, lo cual era imprescindible debido a la insuficiencia de las Recopilaciones para resolver la vida jurídica del país.

Durante el siglo XIX fue muy intensa la labor codificadora en todos los ámbitos penal, civil, procesal y mercantil. Curiosamente el código más necesario, se promulgó ya en los albores del siglo XX y aún en la actualidad continua vigente, si bien se han modificado muchos de sus preceptos.

Como estamos hablando de la patria potestad, es necesario concretar esta exposición a la codificación civil, una labor muy complicada y lastrada por los constantes cambios políticos operados a lo largo del siglo, que determinaban el cambio de los componentes de las comisiones codificadoras y en consecuencia el cambio de criterio. Durante todo el siglo XIX, la codificación civil se mantiene como un proceso que no avanzaba, optándose finalmente por copiar la estructura del Código Civil francés de 1804 que como se ha visto en las páginas anteriores era muy conservador en sus planteamientos, y entre ellos en los relativo a los poderes y potestades del padre en relación a su familia¹⁹.

Ha de indicarse que en el propio *Estatuto de Bayona*²⁰, el primer texto constitucional que se promulgó para España desde Francia, dirigido por Napoleón, ya se hizo notar la necesidad de promulgar códigos para todas las materias jurídicas, pero la corta o nula vigencia del texto lo impidió. Naturalmente durante el reinado de Fernando VII, que falleció en 1833, no pudo progresar la codificación que era incompatible con la soberanía absoluta, de forma que los trabajos de la comisión de codificación se iniciaron después de la muerte del monarca, pero no finalizaron hasta los años finales del siglo. Curiosamente en todos los proyectos de código civil, los preceptos referidos al derecho de familia estaban prácticamente inalterados y no se diferenciaban de los de Las Partidas, y consistían en mantenimiento de la patria potestad en su formulación histórica. Realmente no existía en las comisiones de codificación ni mujeres, ni miembros de las

¹⁹ Sanchez Román, F., *La codificación civil en España*. Madrid, 1890.

²⁰ Sarasola, I. (2006). "La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona" en *Revista de derecho*, (26), 89-109. Madrid, 2006.

mismas que reivindicaran una relajación en los principios tradicionales de la patria potestad, ni mucho menos se podía pensar en la idea de que las esposas compartieran con sus maridos estas responsabilidades. Con la codificación del derecho civil se buscaba la fundamentación de un orden social , sobre una concepción individualista sobre la propiedad; regular la concepción del matrimonio y de la familia que fuera acorde con lo que predicaba la iglesia; y era el intento de encontrar un equilibrio entre las influencias extranjeras y las instituciones jurídicas castellanas.

El articulado básico del Código Civil en lo referente a las relaciones familiares ratificó el sistema patriarcal al concederle al padre la suprema autoridad al que debían someterse tanto la madre como los hijos. Las principales críticas a este código versaban sobre la creación de medidas para proteger a los menores de las negligencias de sus padres. Además , la patria potestad había dejado de considerarse en la esfera del derecho privado por ello se reclamaba la intervención del estado cuando el padre no cumpliera sus obligaciones.

En los artículos 169 y ss del cuerpo legislativo en cuestión se exponían los casos en los que los padres podían perder el derecho a la patria potestad.

En lo relativo a la figura femenina , pocos fueron los avances pues la discriminación hacia la mujer era palpable en su articulado. La mujer seguía cumpliendo un papel entorno a la esfera familiar. En pocas palabras la mujer solo era considerada hija, esposa , madre y señora de su hogar.

En este código civil el ejercicio de la patria potestad seguía limitado para las mujeres. Analizando el artículo 154 del código civil , observamos que la patria potestad pertenecía al varón y solo en el supuesto de que la mujer enviudase podría la mujer ejercer la patria potestad de manera subsidiaria. No obstante , este derecho podía ser perdido si la mujer contrajera segundas nupcias , es decir, se intentaba que la titularidad del derecho a ejercer la patria potestad fuera del varón en la mayoría de los casos. La única excepción que podemos encontrar en este artículo , es la posibilidad de que el esposo pudiera dejar escrito en testamento la autorización de que la titularidad del derecho a la patria potestad la conservara la viuda independientemente de contraer segundas nupcias.

En la sección IV, título IV del libro I del Código civil en cuestión se encuentra todo lo relativo al matrimonio, en los artículos 56 al 66 se establecen una serie de derechos y deberes de los cónyuges. En la redacción de dichos artículos no se deja atrás la percepción de la mujer como un ser inferior, ya que serán varios los artículos que nos muestren la discriminación y las restricciones que sufría la mujer .

Hay que hacer referencia que los preceptos siguientes solo son de aplicación a aquellas mujeres que concebían matrimonio, las mujeres solteras se regían por otras normas que nombrare posteriormente.

El artículo 57 nos dice *“ el marido debe de proteger a la mujer y esta obedecer al marido ”* este es el principal deber por el que se regia el matrimonio y claramente encontramos la posición de la mujer por debajo del hombre, como si fuera un ser indefenso y sin voluntad propia. El artículo 58 no se aleja de esta percepción diciendo que *“ la mujer deberá de residir allá donde resida su esposo ”*.

Como podemos observar el sexo fue siempre considerado una causa modificativa de la capacidad de obrar , con ello las personas gozaban de diferentes derechos dependiendo de si eran hombres o mujeres. Se consideraba erróneamente a la mujer como débil e inferior y por ello había que protegerla. Esa necesidad de protección de la mujer de la que hablamos unida al desarrollo y reconocimientos de ciertos derechos exigió la creación de una correspondiente licencia o autorización marital que le permitiera realizar válidamente ciertos actos. Por consiguiente la licencia marital podría ser de cuatro clases : 1º licencia del marido para que la mujer obre , 2º representación de la mujer por el marido , 3º poder otorgado por el marido a la mujer o 4º ratificación del marido de lo realizado por la mujer.

Analizando el artículo 59 del código civil , en el se atribuye al marido la cualidad de administrador de bienes de la sociedad conyugal. Se podía llegar a encontrar una conexión con el artículo 61 del mismo donde se desarrollaba la autorización marital.

Consecuencia de estas ideas encontramos autores que hacen referencia a dicha autorización como es De la Cruz que define la autorización marital como *“ la expresión de la voluntad del marido de permitir a su mujer la realización de actos determinados o de todos o parte de los que precisan autorización ”*

El artículo 60 del código civil otorga al esposo la representación legal de la mujer , nos puede resultar muy familiar puesto que en la actualidad se realiza dicha representación sobre los menores no emancipados , este precepto dice : *“ El marido es el representante de su mujer. Esta no puede, sin su licencia, comparecer en juicio por sí o por medio de Procurador ”*. En pocas palabras la mujer queda incapacitada legalmente para la defensa de sus intereses legales siempre que no cuente con dicha autorización. Seguidamente el artículo 61 del mismo texto legal establece la prohibición de realizar determinados actos sin poseer dicha licencia. Lo que sucedía si se actuaba sin dicha autorización nos lo redacta el siguiente artículo del texto legal , declarando nulos de pleno

derechos todos los actos realizados por la mujer sin la autorización del esposo , exceptuando la actuación de la mujer para la gestión de su hogar.

Como he dicho al principio de este epígrafe estas disposiciones anteriormente nombrada solo son aplicables a la mujer casada; las mujeres solteras, sin embargo disfrutaban de una mayor libertad en este ámbito. Aquella mujer soltera mayor de edad gozaba de una plena capacidad de obrar. No obstante esta capacidad tenía una serie de limitaciones que podemos encontrar en el artículo 321 del mismo texto legal. Quedando resumido a que la mujer no podía ser independiente hasta alcanzar los 25 años de edad, con lo cual la patria potestad sobre los varones y sobre las mujeres, todos miembros de la misma familia se extinguía en distintos momentos, en función del sexo, considerándose de nuevo a la mujer, como un ser inferior que requería mayor tiempo para poder adquirir la plena capacidad de obrar.

Capítulo V: El derecho de patria potestad en el mundo actual.

Este epígrafe hace alusión “al mundo”, lo que posibilita que se haga mención a las relaciones familiares en otros sistemas jurídicos actuales, además de los dos ya citados del *Common Law* y del *Civil Law*, que aunque tienen su origen en Europa se han expandido por otros muchos países.

Además de esto, en la medida en que la patria potestad deja de ser un monopolio del varón, y la mujer al mismo tiempo deja de estar bajo el control del varón de su entorno familiar, van avanzando las reivindicaciones femeninas en todos los ámbitos jurídicos.

Tal como se ha indicado en los capítulos precedentes, en el mundo occidental se ha partido históricamente de que la patria potestad es un derecho que ejerce el varón que dirige el grupo familiar, y en determinados casos también queda sometida la mujer a este derecho. Pero en el mismo mundo occidental este derecho que parecía ser inmutable fue evolucionando lentamente, de forma que después de la Revolución Francesa, fueron apareciendo algunos cambios hasta que a lo largo del siglo XX se desarrolló el principio contrario, es decir, el que proclamaba que la patria potestad se ejercería por ambos progenitores y no solo por el padre o esposo, como anteriormente acontecía.

El ejercicio de las competencias exclusivas del varón sobre los restantes miembros del grupo familiar presenta interesantes connotaciones en los países musulmanes, es decir, aquellos en los que la sociedad, el derecho, los valores, etc., giran en torno al derecho musulmán, que desde sus orígenes mantiene una clara supremacía en todos los órdenes de los individuos de sexo masculino.

Dadas las transformaciones que se van dando en esta sociedad cambiante, la normativa sobre el derecho de familia, tema capital en los países cuya normativa se encuentra recogida en un “Código”, ha estado sujeta a un permanente cambio. Por lo que se refiere a España, los dos textos jurídicos fundamentales han sido el Código Civil (que pese a haberse promulgado en 1889 ha estado sometido a una total revisión casi permanente) y en la propia Constitución de 1978, donde ya se han recogido muchos de los cambios sociales operados en España.

El *Derecho de Familia* tal y como es conocido actualmente en España se basa en tres aspectos fundamentales que son: 1) las normas relativas a las relaciones de pareja

especialmente las matrimoniales 2) la filiación y 3) las instituciones de guarda legal que son la patria potestad , la tutela y curatela.

Los principios constitucionales plasmados en el texto español de 1978, por otro lado, se han trasvasado al Código Civil, modificándose sus aspectos estructurales y quedando definido el concepto de *patria potestad* como una función dual o compartida por ambos progenitores y sobre todo se establece el principio del respeto a los derechos de los hijos, sin que exista diferencia alguna entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales. Estos primeros cambios, que se consideraron muy novedosos en nuestro país se introdujeron por la Ley 30/1981, que modificó muchos artículos del Código Civil, incluyendo el reconocimiento de este ejercicio compartido del derecho de patria potestad, que se plasmaba ahora como un pronunciamiento obligatorio en los procedimientos judiciales seguidos en materia de separación, nulidad o divorcio. Al mismo tiempo, es decir, en ese mismo año, entraron en vigor los *Acuerdos entre la Iglesia Católica y el Estado español*,²¹ en virtud de los cuales desapareció la competencia exclusiva de los tribunales eclesiásticos de la Iglesia Católica en materia de separación temporal o perpetua, recuperando la jurisdicción civil las competencias que había perdido después de la Guerra Civil, en 1939.

En 2015, y por Ley de 28 de julio de dicho año, se modificó el artículo 154 del Código Civil, que concierne justamente a la patria potestad. Esta ley es de suma importancia debido a que su redacción provino de la iniciativa de la ONU, que había proclamado, como uno de sus principios rectores, el del respeto a los derechos de los menores. Esa normativa internacional ha inspirado todas las modificaciones legales de los países occidentales. De hecho, quedaron suprimidas normas, que siendo actualmente obsoletas, no obstante habían estado en vigor durante siglos. Por ejemplo lo concerniente a la “corrección moderada” de los hijos, que amparaba en muchísimos casos los golpes y malos tratos a los menores, quedaron totalmente prohibidas, y han sido recogidas en todos los textos legales occidentales.

También en los países occidentales, y paralelamente al incremento cuantitativo en materia de rupturas de parejas convivientes no casadas o en ruptura de parejas unidas en matrimonio, ha quedado establecida la disociación entre el concepto de “custodia” como cuidado físico y En cuanto a la ruptura de la pareja o del matrimonio viene acompañado de que el derecho y deber de velar por los hijos tenerlos en su compañía

²¹Iglesias de Ussel, J.,. "La familia y el cambio político en España." *Revista de estudios políticos* n. 67. Madrid, 1970. Pág. 235-260.

tiene dos figuras jurídicas :la guarda y custodia y el derecho de visitas , que se distribuirán entre el padre y la madre conservando ambos el derecho a la patria potestad. Tras la separación, el correspondiente procedimiento familiar otorgara de forma general el ejercicio conjunto de la patria potestad , sin perjuicio de otorgar la guarda y custodia a uno de los progenitores. Esto implica que las decisiones de la vida cotidiana del menor las lleva a cabo quien ejerce sobre el la guarda y custodia; pero para ciertas decisiones importantes , deberán de toarse conjuntamente por ambos conyugues. Además ambos tendrán la obligación de estar informados sobre los aspectos relevantes que afecten a su hijo o hija. Desde hace pocos años encontramos resoluciones judiciales que versan sobre esta materia , así la Sentencia número 759/2011, del Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 2 de noviembre de 2011, recoge el fallo del Juzgado de Primera Instancia número 10 de Bilbao recoge aquellas decisiones que deberán realizarse conjuntamente.

En cuanto a la extinción de la patria potestad las causas vienen recogidas por el art 169 del CC y establece los siguientes , por la muerte o declaración de fallecimiento; la emancipación; extinción por adopción del hijo ; y la privación de la patria potestad. En cuanto a esta privación de la patria potestad viene recogida en el articulo 111 del CC y recoge como primera causa la sentencia penal firme que condena a uno de los padres o progenitores. La segunda causa consiste en la filiacion judicialmente determinada contra su oposición.

Tiene gran importancia el hecho de que el concepto de *patria potestad*, o el correlativo en el *Common Law* llamado de *responsabilidad parental*, hayan tenido desde el pasado siglo, un tratamiento legal en unos casos desde la perspectiva internacional (ONU) y en otros casos como cuestión de competencia de la Unión Europea (UE), de forma que las cuestiones más trascendentes en relación a los hijos constituyen materias que exceden de los derechos nacionales, teniendo éstos que someterse a los criterios de los indicados organismos ya citados.

Constituye una clara evidencia de lo anteriormente expuesto, los Tratados internacionales suscritos en relación a los hijos menores de edad, así como de los organismos de la UE (*europaean e-justice*) por conseguir una homogeneización en la normativa jurídica que afecta a los menores de todos los países.

En el caso español, al ser miembro de pleno derecho de la UE, ha asumido todos los postulados jurídicos provenientes de los órganos comunitarios con competencia en esta materia, lo cual ha redundado en el respeto y beneficio de los menores de edad que viven en los países comunitarios.

Capítulo VI. Conclusiones:

Primera.

Desde una perspectiva histórica y evolutiva, ha sido siempre (hasta el siglo XX) el varón que ostentaba la jefatura del núcleo familiar, el que ha ejercido la patria potestad sobre los hijos menores y también sobre las hijas hasta el momento en que alcanzaban la autonomía o mayoría de edad.

Segundo.-

En relación al “estado de la cuestión” sobre este tema, ha de indicarse que existe una amplísima historiografía tanto española como proveniente de países del *civil law* y del *common law*, habida cuenta de que cada sociedad ha tenido necesariamente que regular el ejercicio de los derechos que ostentan los distintos miembros de la estructura familiar sobre los hijos e hijas.

Tercero.-

Con anterioridad al siglo XVIII, el derecho de patria potestad y su ejercicio se concebía de forma diferente en los países que se inspiraban en el derecho romano (*civil law*) y los países que se inspiraban en el derecho anglosajon (*common law*).

Cuarto.-

En el conjunto de las reivindicaciones femeninas que comienzan después de la Revolución Francesa, los países de occidente inician la reivindicación de un nuevo papel de la mujer, pero en cuanto a la patria potestad, se mantendrá el criterio tradicional hasta el siglo XX.

Quinto.-

La patria potestad es un concepto evolutivo, ha experimentado cambios en su concepción a medida que los valores sociales de una comunidad evolucionan, si bien hasta el siglo XX, se ha considerado que constituye un derecho, integrador de varias facetas que se ejerce por parte del varón que ejerce la jefatura de la familia en relación a los hijos e hijas. Fue en el siglo XX cuando se concibió por primera vez como una potestad que se ejerce por ambos progenitores conjuntamente sobre los hijos e hijas menores de edad,

siendo por tanto en el pasado siglo cuando por primera vez se consideró a las mujeres como titulares de este derecho en relación a los hijos e hijas menores.

Sexto.-

El ejercicio del derecho de patria potestad ha estado condicionado históricamente al concepto de la minoría de edad, el cual también ha experimentado una evolución y cambio legislativo hasta llegar a la situación actual en España que todos los hijos, con independencia de su sexo, alcanzan la mayoría de edad al cumplir los dieciocho años de edad, existiendo diversos criterios de para la extinción de la patria potestad, o las responsabilidades parentales.

Septimo.-

Los países de tradición jurídica anglosajona (en este trabajo se ha analizado únicamente el caso de los EEUU) han orientado las tendencia en materia de responsabilidad parental, en función de las relaciones paterno filiales. En los países de Europa occidental la patria potestad se ha orientado en relación a la autoridad paterna.

Septimo.

Los países occidentales europeos seguidores del Civil Law y los países seguidores del Common Law, siguiendo distintos modelos normativos y legales han llegado al mismo punto de establecer la co-parentalidad entre los progenitores en relación a sus hijos.

Octavo.-

La co-parentalidad (que en España se denomina patria potestad compartida) no requiere que los progenitores hayan contraído matrimonio, primando el vínculo biológico sobre el legal.

Noveno.

La ONU y la UE han defendido estos criterios impulsando la firma de Tratados y Acuerdos entre distintos países para mantener estos criterios superadores de la situación histórica de la supremacía masculina como elemento rector de la familia y de la sociedad.

Bibliografía

Balsera, P. y Garmendia, L. (2003).” La infancia en Europa: una aproximación a partir de la Convención de los Derechos del Niño”. *Revista española de educación comparada*, (9), 83-134. Madrid, 2003

Baquero, M. E. (2001). “La familia en Roma: entre los mores maiorum y la norma escrita”, en *El derecho de familia y los derechos reales en la romanística española:(1940-2000)*. Huelva, 2001.

Baró Pazos, J., – *la codificación del derecho civil en España (1808-1889)*. Santander., 1992.

Bonfante, G., *Corso di Diritto romano, I.- Diritto de Famiglia*. Millan, 1925.

Castán Vázquez, J. M^a., “ La reforma de la patria potestad en el derecho francés (la ley

del 4 de junio de 1970)”, en *Anuario de Derecho Civil*, (Estudio de derecho extranjero) Madrid, 1971, Págs. 971-992. .

-----“La unificación supranacional del Derecho de Familia” en *Anuario de Derecho Civil* (Estudio de derecho extranjero) , Madrid, 1977. Págs. 619 a 630.

Colón i Domenech, G. y Garcia Sanz. A., . *Furs de València*. Vol. 101. Editorial Barcino, 1970..

De Benito Fraile, Emilio ,. “*Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822*”, en Foro. Nueva época. n. 8. Madrid, 2008. Págs. 41-68.

Diez-Picasso, L.- “-Codificación , Descodificación y Recodificación”. En *Anuario de derecho civil*, n. 45 . Madrid, 1992. Págs. 473-484.

Eizaguirre , J M^a ,. “Civil Law: la vigencia de una categoría convencional” en *Anuario de Derecho Civil* n. 65(2). Madrid, 2012. Págs. 533-546.

Fábrega Ruiz, C. “Mediación familiar y ejercicio de la patria potestad” en *Diario La Ley*, Nº 7443, Sección Doctrina, año XXXI. Madrid, 2010.

Garay Montañez, N.,. “ Igualdad y perspectiva de género: a propósito del bicentenario de la Constitución de 1812”, en *Pensamiento Constitucional* n. 17. Alicante, 2012. Págs. 199-224.

García de Cortázar, J.A.,. *Organización social del espacio en la España medieval: la Corona de Castilla en los siglos VIII a XV*. Madrid, 1985.

García Gallo, A., *El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho español*, 3ª edición revisada, Madrid, 1967.

García Presas, I., *El derecho de familia en España desde las últimas reformas del código civil*. La Coruña, 2011.

Gómez La Plaza, M. C., "Supresión de la licencia marital", en *Anuario de Derecho Civil* n. 30(2). Madrid, 1977. Págs. 337-395.

Iglesias de Ussel, J., "La familia y el cambio político en España" en *Revista de estudios políticos* n. 67. Madrid, 1970. Pág. 235-260.

Lasarte, C., *Derecho de familia*. Madrid, 2012, 11ª ed.

Otero Varela, A. "La patria potestad en el Derecho histórico español". *Anuario de Historia del Derecho español*, n. 26. Madrid, 1956. Págs. 209-242.

Pérez Díaz, V., "La dimensión personalista-comunitaria en materia de relaciones entre padres e hijos en el sistema jurídico latinoamericano", en *Revista jurídica*, n. 35 Madrid, 1998. Págs. 249-256.

Rolán, Torres, G. "San Isidoro de Sevilla como fuente de Alfonso X El Sabio: un nuevo texto de las Etimologías (L. XIV) en la General Estoria (4.ª parte)". *Revista de filología española*, n. 61. Pág. 225-233. Madrid, 2007.

Sanchez Román, F., *La codificación civil en España*. Madrid, 1890.

Sarasola, I. "La primera Constitución española: el Estatuto de Bayona" en *Revista de derecho*, (26), 89-109. Madrid, 2006.

Segura Graiño, C. "Las mujeres en las ciudades medievales", en *Actas de las terceras jornadas de investigación interdisciplinaria*, Madrid, (1984).

Skaine, R., *Paternity and american Law*. N. York, 2003.

Suárez Blázquez, G., "La patria potestad en el derecho romano y en el derecho altomedieval visigodo" en *Revista de estudios histórico-jurídicos* n. 36. Madrid, 2014. Pág. 159-187.

Tomás y Valiente, F. *Códigos y constituciones (1808-1978)*. Madrid, 1989.

Torres Pérez, J.M. de, “Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán”, en *Anuario de derecho civil* n. 59(2). Madrid, 2006 Págs. 675-742..

Valdeón Baruque, J., “Alfonso X y el Imperio” en *Revista de Estudios alfonsíes*. Valladolid, 2004. , págs. 243 y ss.

Viennot, E. *La France, les femmes et le pouvoir: l'invention de la loi salique, Ve-XVIe siècle*. Perrin, Paris, 2006.

Fuentes legislativas:

Código Civil de España: (Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en Gaceta de Madrid, n. 206, de 25 de julio de 1889).

Código Civil italiano (Regio Decreto 262, 16 de marzo de 1942).

Code civil français (Code civil des français. édition originale et seule officielle. Paris, Imprimerie de la République, an, 1804.)

Fuentes legales visigodas: (Textos publicados por R. Ureña y Smenjaud. La legislación gótico-hispana:(Leges antiquiores, Liber iudiciorum, Madrid, 2003.

Fuero Juzgo. (Se ha utilizado en este trabajo el texto publicado por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en 1815).

Furs de Valencia (Texto publicado por Colón i Domenech, G. y Garcia Sanz. A., Vol. 101. Editorial Barcino, 1970).

Las Partidas. (*Las siete partidas del sabio rey Don Alonso el Nono: glosadas por el licenciado Gregorio Lopez...* Vol. 4. Madrid, 1789).

Nueva Recopilación (Texto editado por Bermejo Cabrero, J.L. “Nueva Recopilación y Autos Acordados (1618-1745)”. *Anuario de historia del derecho español*, 2000, no 70, Págs. 3y ss).

Novísima Recopilación. (Carlos IV (Rey de España, *Novísima Recopilación de las leyes de España: dividida en XII libros: en que se reforma la Recopilación publicada por el señor don Felipe II en el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1775, y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones reales, y otras providencias no recopiladas, y expedidas hasta el de 1804.* en la imprenta de Sancha.)

