

TRABAJO FIN DE GRADO

Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2023/2024

Convocatoria: Julio

“DERECHOS DEL *PATERFAMILIAS* SOBRE SUS HIJOS DESDE EL NACIMIENTO”

RIGHTS OF THE *PATERFAMILIAS* OVER HIS CHILDRENS SINCE BIRTH



Realizado por la alumna **Dafne González García** con DNI núm. 43.843.195-C

Tutorizado por la Profesora **Dra. Doña María Etelvina de las Casas León**

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Romano

ABSTRACT

The family was the foundation of Roman society and at the head was the *paterfamilias* as the highest authority, subjecting all the members of the house to his power. The figure of the *pater* was attributed a series of powers due to his status as a free Roman citizen. Among which were the *manus*, the *mancipium*, the *domos* and the *patriapotestas*. The present Final Degree Project pays special attention to the latter as an absolute, original and exclusive Roman right of parents over their sons and daughters from birth. The *patriapotestas* entailed a series of rights, among which are: the *ius vitae necisque* as the power to kill or punish children in any way; the *ius vendendi* as the power to sell them as slaves; the *ius exponendi* as the power to expose newborn children in a public place, and abandon them to their destiny; the *ius noxae dandi* as the power to hand over his child if he has committed a crime to the injured party, thus avoiding consequences for his person. In short, the powers of the *paterfamilias* over his family nucleus, especially over his children, are addressed, making a historical analysis and the influence it has had on the Spanish legal system, as well as its impact on international regulations for the protection of children and their childhood.

Key Words: : *paterfamilias*, *underages*, *patriapotestas*, **legal capacity and capacity to act.**

RESUMEN

La familia era la base de la sociedad romana y al frente se encontraba el *paterfamilias* como máxima autoridad, sometiendo a todos los miembros de la casa bajo su poder. La figura del *pater* tenía atribuida una serie de potestades a razón de su estatus como ciudadano romano libre. Entre las que se encontraban la *manus*, la *mancipium*, la *domos* y la *patriapotestas*, El presente Trabajo Final de Grado presta especial atención a ésta última como derecho romano absoluto, originario y exclusivo de los padres sobre sus hijos e hijas desde su nacimiento. La *patriapotestas* comportaba una serie de

derechos, entre los que cuales son: el *ius vitae necisque* como poder de dar muerte o castigar de cualquier forma a los hijos; el *ius vendendi* como potestad para venderlos como esclavos; el *ius exponendi* como potestad de exponer en un lugar público a los hijos recién nacidos, y abandonarlos a su destino; el *ius noxae dandi* como la potestad de entregar su hijo si hubiese cometido un delito al perjudicado evitando así consecuencias para su persona. En suma, se aborda los poderes del paterfamilias sobre su núcleo familiar, especialmente sobre sus hijos, realizando un análisis histórico y la influencia que ha tenido en el ordenamiento jurídico español, así como, su impacto en las normativas internacionales para la protección de los niños y la infancia.

Palabras claves: *paterfamilias*, *menores*, *patriapotestas*, **capacidad jurídica y de obrar**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	5
2. LOS HIJOS COMO SUJETOS DE DERECHOS	6
2.1 Concepto sobre el término “persona”	6
2.2 Los hijos como personas y sujetos de derecho en Roma.....	7
3. LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO ROMANO	9
3.1 Requisitos del nacimiento de la persona física.....	10
3.1.1 Nacimiento efectivo	10
3.1.2 Nacimiento con vida.....	10
3.1.3 Forma humana del nacido	12
3.1.4 La <i>vitae habilis</i> del recién nacido.....	14
3.2 El <i>nasciturus</i> y su protección	14
3.3 La acreditación de nacimiento.....	16
3.4 Decisiones jurisprudenciales diversas	17
4. EL <i>PATERFAMILIAS</i> Y EL DERECHO.....	18
4.1 La figura del <i>paterfamilias</i> en la sociedad romana	20
4.2 La <i>patriapotestas</i>	21
4.3 Poderes otorgados al <i>paterfamilias</i> sobre sus hijos	23
5. DE LA ANTIGUA ROMA A LA ACTUALIDAD	32
5.1 Influencia en la legislación española.....	32
5.1.1 La nueva redacción del artículo 30 del código civil.....	32
5.1.2 La patria potestad	34
5.1.3 Ley Orgánica 8 /2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia	36
5.2 Normativas internacionales sobre la protección de los menores.....	37
6.CONCLUSIONES	39
BIBLIOGRAFÍA.....	43

1. INTRODUCCIÓN

El derecho romano es considerado como uno de los pilares fundamentales de gran parte de los ordenamientos jurídicos occidentales, pues, través de su estudio podemos comprender como se han desarrollado diversas instituciones jurídicas. En el presente trabajo analizamos la evolución de la patria potestad hasta la regulación actual en la legislación española, razón por la que nos es de interés comparar las diferencias y similitudes que han resultado a lo largo de los años.

Desde tiempos de la Roma clásica, el derecho de familia constituye una de las bases esenciales dentro de la organización social y, como tal, está debidamente reglamentado y en constante cambio. Comenzamos realizando un estudio de la regulación por parte del derecho romano de los requisitos de adquisición de la personalidad para posteriormente poder elaborar un sistema de jerarquía dentro del grupo familiar, en la que por dichos requisitos, tanto naturales como jurídicos, se encontraba en la cúspide el cabeza de familia, denominado como "*paterfamilias*", cuya figura radicaba en el ciudadano romano varón de condición libre. El cual, se instituía como el eje central de la organización familiar y era titular de distintos poderes con los que sometía al resto de miembros de la casa, donde tanto la mujer, como los descendientes y resto de integrantes del hogar dependían de su autoridad.

Dentro de los derechos del *paterfamilias*, se encuentra una serie de potestades en las que se demostraba su supremacía con respecto del resto del núcleo familiar. Concretamente hablamos de la *manus*, la *mancipium*, la *domos* y la *patriapotestas*. Haremos especial atención a las facultades que se le otorgaban de forma absoluta sobre sus hijos desde que se producía su nacimiento y, generalmente durante toda su vida, en las que se incluía la toma de decisiones sobre la vida o muerte de los mismos y su capacidad para disponer plenamente sobre ellos. Seguidamente, llevamos a cabo un análisis de las diferentes limitaciones que fueron recibiendo a lo largo de las legislaciones posteriores hasta la actualidad y, su influencia en el contexto cultural jurídico internacional del que forma parte el Estado Español.

Al fin de lograr este objetivo, dividimos el presente trabajo en núcleos esenciales. En la primera parte analizamos a los hijos como sujetos de derechos por la sociedad romana de la época. En la segunda parte, nos dedicamos al examen de la institución del nacimiento y los requisitos para que se produzca el efectivo reconocimiento de la

personalidad jurídica. En un tercer apartado, se expone el fenómeno de la familia romana y el estudio de la *patriapotestas* y, especialmente, de las facultades que le son propias. Además, se indaga sobre impacto que esta figura e institución ha producido en la legislación actual y jurisprudencia al respecto. Y, por último, se explorarán las implicaciones éticas y morales que han surgido en la contemporaneidad en atención al principio del interés superior del menor, que prioriza el bienestar de los niños y niñas durante su infancia frente a cualquier otro interés.

2. LOS HIJOS COMO SUJETOS DE DERECHOS

Tras la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil¹, por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil², desaparecen los requisitos de tener figura humana y vivir veinticuatro horas fuera del seno materno para que se repute nacido el feto. Actualmente, la personalidad y los derechos inherentes a la misma, se adquieren en el momento del nacimiento con vida una vez producido el entero desprendimiento del cuerpo de la madre.

Esta regulación nos induce a realizar un análisis sobre la evolución de la concepción jurídica del nacimiento de la persona, y para ello partimos de la tradición jurídica del derecho romano.

2.1 Concepto sobre el término “persona”

Abordamos dicha concepción comenzando desde la etimología de la propia palabra. Esta tiene sus raíces en la palabra latina *persona*³ y en su homónimo griego *πρόσωπον*⁴. En un primer momento su significado se refería a la “máscara” usada por actores en sus obras teatrales.

¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. BOE nº 206, de 25 de julio de 1889.

² Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE nº175, de 22 de julio de 2011.

³ Etimológicamente la palabra *persona* proviene del verbo latino *sono, as, are*, (sonar) y del prefijo *per* (resonar). AULO GELIO, Noct. Att., V,7, hace referencia a la máscara o careta que usaban los actores a fin de que su voz resonara más, dado que aquellas tenían una forma cóncava que provocaba ese efecto. FERNÁNDEZ BAQUERO, M. E., “*El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código civil*”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 17, 2013, pág. 579.

⁴ Disponible en: <https://dle.rae.es/persona> (última fecha de consulta 17 de abril de 2024). “*Del lat. persōna 'máscara de actor', 'personaje teatral', 'personalidad', 'persona', este del etrusco phersu, y este del gr. πρόσωπον prósōpon*”.

Sin perjuicio de lo anterior, un mayor análisis se realiza en el estudio: “El concepto de persona: culminación de la antropología jurídica romana” de Ribas Alba, José María⁵. En el cual, se lleva a cabo una investigación del desarrollo histórico-jurídico del término. Partimos, que su origen, proviene del derecho romano pontifical, en donde es usado para las prácticas mortuorias; concretamente, nos habla el profesor Ribas, de la costumbre que tenía la *nobilitas* de realizar una máscara funeraria, *imago, persona*, que era portada por un actor en las ceremonias del entierro para mostrar respeto y culto a los muertos, bajo la creencia de la inmortalidad del alma. Este concepto de persona posteriormente se relacionó con la “máscara de actor”, hasta que se hizo de él la forma técnica de nombrar al “hombre” como individuo y, por último, en el ámbito jurídico, para designar al “sujeto de derecho”.⁶ Actualmente dicho concepto se refiere al ser humano independiente.

De esta concepción, se desprende necesariamente otra figura que es la “personalidad”, relacionada con su “personalidad jurídica”, entendida como: “*cualidad de la que deriva aptitudes para ser titular de derechos y obligaciones y el reconocimiento de la capacidad jurídica y de obrar. Corresponde a toda persona sea física o jurídica*”⁷. Si bien en nuestro Derecho Civil vigente dicha personalidad jurídica se adquiere desde el momento del nacimiento y pleno desprendimiento del seno materno, para el derecho romano clásico no era así, pues no todos los hombres eran personas ni sujetos de derechos.

2.2 Los hijos como personas y sujetos de derecho en Roma

Esto nos lleva a preguntarnos, quiénes eran los sujetos de derecho en la antigua Roma y, desde qué momento adquieren dicha cualidad.

Comenzamos hablando de los requisitos que como bien desarrolla la profesora

⁵ RIBAS ALBA, J.M.: “El concepto de persona: culminación de la antropología jurídica romana”, en AAVV (GUERRERO M.-PERIÑÁN. B, Eds.) *Persona, derecho y poder en perspectiva histórica*, Ed. Comares, 2014, pág. 1-14.

⁶ ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M., “Personalidad y capacidad jurídica”, en AAVV. (CASADO RAIGÓN R., Coord.): *La prestación de alimentos entre parientes*, Ed. Universidad de Córdoba, vol. 1, Córdoba, 2005, pág. 89 y ss.; ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L. E., “Sobre la institución persona”, RESINA SOLA, P., Ed. *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pág. 65 y ss.

⁷ Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/personalidad-jur%C3%ADdica> (fecha de la última consulta 10 de abril de 2024).

Fernández Baquero⁸, consisten en tener plena capacidad jurídica, la cual se atribuía tras ciertas condiciones. Estas corresponden tanto a las circunstancias del nacimiento, cuestión que trataremos más adelante, como a cuando se ostente y cumpla una triple situación que consiste en poseer “–status– de privilegio: respecto a la libertad –status libertatis–, hay que ser libre; respecto a la ciudadanía –status civitatis–, hay que ser ciudadano romano, y respecto a la familia –status familiae–, hay que ser sui iuris”.

La condición *sui iuris*, se refiere como bien explica Gayo, 1,48⁹, a quienes son dueños de sí mismos; dividiendo así el derecho de las personas, pues estas son independientes (*sui iuris*) y otras dependientes de alguna (*alieno iuri subiectae*). Asimismo, continua Gayo, 1,52 y 1, 55, en su *Instituta* recopilando a los que están debajo de la potestad de otro (*in potestate*); por ejemplo, encontrándose sometidos a la voluntad de sus señores los esclavos, y los hijos bajo la autoridad del padre (“*In potestate itaque sunt servi dominorum (...) Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus...*”).

Con arreglo a lo anteriormente expuesto, nos aproximamos a la figura del *paterfamilias*, como varón ciudadano independiente que ejercía su poder sobre las personas y cosas en su núcleo familiar y casa¹⁰. Respecto a ello, se entiende que la plena capacidad jurídica y de obrar correspondía al *paterfamilias*, lo que lo convertía en la única persona con la que se puede relacionar el concepto de sujeto de derecho.

Si bien, cabe decir, que dicha condición podía verse afectada y, en su caso, disminuida. Como podía suceder con la *capitis deminutio* que provocaba la incapacidad o según la propia expresión latina indica “*disminución de la capacidad*” y, por consiguiente, de su *status*. Con respecto a ello, Gayo lleva a cabo una clasificación mencionada por Paulo D. 4,5,11, en la que había tres tipos, existiendo la *capitis deminutio* máxima¹¹, media¹² y mínima¹³. Si se diera alguna de ellas su *status* como *paterfamilias* era afectado, llegando incluso a perder su libertad o ciudadanía romana. Esto, ocasionaría un cambio

⁸ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.-E. (2014). Nacimiento de la persona. Pasado y presente. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, Vol.16, núm.2, 2013, pág.144.*

⁹ GAYO.: “*Instituta*”, 1,48. “*sui iuris sunt, quaedam alieno iuri sunt subiectae*”.

¹⁰ ULPIANO D. 50,16,195,1-2, *paterfamilias* es: quien tiene el dominio de su casa “*in domo dominium habet*”.

¹¹ GAYO.: *op. cit.*, 1,160 “*Maxima est capitis deminutio, cum aliquis simul et civitatem et libertatem amittit*”.

¹² GAYO.: *op. cit.*, 1,161 “*Minor sive media est capitis deminutio, cum civitas amittitur: libertas retinetur; quod accedit ei, cui aqua et igni interdictum fuerit*”.

¹³ GAYO.: *op. cit.*, 1,162 “*Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accedit in his qui adoptantur*”.

en la jerarquía familiar, pasando un miembro *alieni iuris* a obtener mayor capacidad¹⁴. Siendo, que la *patriapotestas* a la que se encontraban sometido los hijos de forma perpetua se extinguiera, pues la extinción, junto con la emancipación (*emancipatio*), eran la forma para liberarse de este poder, causando que el hijo varón pudiera adquirir los derechos y *status* de un *paterfamilias*.

3. LOS REQUISITOS DEL NACIMIENTO EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano clásico, se sostenía que el *nasciturus*¹⁵ no es persona; pues, “*la criatura que está en el vientre materno no tiene existencia distinta de la persona que lo mantiene en su seno*” –*partus enim antquam edatur mulieris portio est vel viscerum*–. Esta noción es compartida por Ulpiano D. 25,4,1, que expresaba que “*el parto, antes de que se dé a luz es parte de la mujer o de sus entrañas*”. De la misma manera, Papiniano D. 35,2,9,1 decía que “*el parto que aún no ha sido dado a luz no se dice con razón que sea un hombre*” –*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*–. Esencialmente, estos juristas explican que el *nasciturus* no tenía condición de persona, siendo un ser no diferente a la madre. Por consiguiente, para que el *nasciturus* obtuviera personalidad y con ella capacidad jurídica debía de haber nacido¹⁶.

Remitiéndonos al derecho clásico, respecto al tratamiento jurídico de los concebidos pero no nacidos, se referían a ellos como poseedores de una personalidad anticipada y, por tanto, con la posibilidad de tener derechos como si viviesen, siendo que se le reconoce el derecho de obtener todo aquello que le sea en su beneficio, nunca que le perjudique “*el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables*” –*Conceptus pro iam nato habetur*–¹⁷, con la condición de que nazca con

¹⁴ DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familia: Especial referencia a las personas con discapacidad”, en AAVV. (Calzadilla Medina, M.A., Dir., y Hernández López, C, Coord.): *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021, págs. 27-58.

¹⁵ MEJIDE CALVO, A.: “El *nasciturus* como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista”, *Cuadernos de bioética*, núm. 54, 2004, págs. 283-298. “*El ‘nasciturus’ es el concebido aún no nacido (‘nondum natus’), es el ser humano en el periodo de su vida que va desde el momento de la concepción hasta el momento del nacimiento, y se desarrolla en las diferenciadas etapas de embrión y de feto*”.

¹⁶ DE LAS CASAS DE LEÓN, M. E.: *Las máximas “mater semper certa est” y “conceptus pro iam nato habetur”: su evolución hasta el derecho actual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020, pág. 185.

¹⁷ POLO ARÉVALO, E. M.: “Origen y significado del principio “conceptus pro iam nato habetur” en Derecho Romano y su recepción en Derecho histórico español y en el vigente Código Civil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007, pág. 725. “*El reconocimiento en las*

vida y cumpliendo con una serie de requisitos, los cuales vamos a exponer a continuación.

3.1 Requisitos del nacimiento de la persona física

3.1.1 Nacimiento efectivo

En primer lugar, se debía de constatar que se produjo el válido desprendimiento del feto de lo que comporta el claustro materno, separándose así del cuerpo de la madre e identificándose como individuo diferente y autónomo. Distintos juristas ponen de manifiesto que no era relevante que la separación se realizara mediante un parto natural o por medio de cesárea. En concreto, podemos mencionar a Ulpiano, D. 50,16,141, *l. 8 ad legem Iuliam et Papiam*, cuando aclara que también se considera hijo a aquel que pueda ser dado a luz abriéndole el vientre a la madre aun estando ella muerta¹⁸.

Cabe mencionar que, en materia de derecho civil, para que el nacido aun cumpliendo con los requisitos del nacimiento para obtener la personalidad jurídica propia, debía nacer libre, por lo que, la madre debía ser mujer libre. A razón de esto, tendría la condición de esclavo el hijo de madre esclava, en tanto que, las circunstancias jurídicas aplicables serán las de la madre, así lo expone Gayo, 1, 83 “*Illud quoque his consequens est, quod ex ancilla et libero iure gentium seruus nascitur, et contra ex libera et seruo liber nascitur*”. Aunque posteriormente, ésta condición evolucionaría y se aceptaría que el hijo naciera libre si la madre lo fue en algún momento¹⁹.

3.1.2 Nacimiento con vida

En segundo lugar, el feto debía nacer con vida, puesto que se consideraba que aquellos nacidos muertos nunca nacieron ni fueron procreados, esto es, no tenían la condición de hijos. Así lo explica Paulo, lib. I ad legem Iuliam et Papiam, D. 50,16,129 –*qui mortui nascuntur neque nati, neque procreati videntur*–.

De esta manera, en el caso de que naciera muerto, no generaba ninguna ventaja o

fuentes de la posición jurídica del conceptus ha llevado a parte de la doctrina romanística a entender, incluso, que éste tenía atribuida personalidad jurídica y, por tanto, capacidad en el momento de la concepción”.

¹⁸ FERNÁNDEZ BAQUERO M.E.: *op. cit.*, pág 149.

¹⁹ Ídem, pág 148.

beneficio jurídico a los padres, ni se vería afectado el testamento ni la herencia, ya que eran considerados como que si nunca hubiesen existido.

En cuanto a la acreditación de la vida, se exigían unos signos como medios de prueba para confirmar que el feto efectivamente había nacido vivo. Sobre esto, nos encontramos con diferentes posturas doctrinales y jurisprudenciales de la época, hablamos de las tesis de la escuela de los proculeyanos y las de la escuela de los sabianos. Respectivamente, la primera decía que era necesario que el bebé emitiera algún sonido, grito o llanto; en cambio, la segunda, interpretaban que con cualquier manifestación externa como un movimiento o la propia respiración se probaba la vida²⁰.

En el supuesto que el nacido falleciera poco después del desprendimiento del cuerpo de la madre y habiendo sido reputado vivo, se tomaba como criterio la viabilidad que tenía ese hijo, cuestión que trataremos en profundidad más adelante. Como aclaración, decir que para la resolución de las problemáticas que esto pudiera provocar, se tenía en cuenta el tiempo de gestación del feto, es decir, el tiempo de duración desde la concepción hasta el parto. Interpretamos que el periodo adecuado para alcanzar el correcto estado de gestación debía de ser necesariamente de seis meses de embarazo.

Al respecto, Paulo en lib. XIX Responsorum, D. 1, 5, 12, menciona a Hipócrates y su tesis científica, en la que comprendía que el parto producido tras el sexto mes de embarazo, es decir el séptimo, era perfecto, siendo que, si este se producía en un matrimonio válido, el hijo era indispensable considerado legítimo. Si bien, cuestión más difícil de solventar era cuando los nacidos lo hacían antes del séptimo mes, pues se consideraban como prematuros. Sin embargo, la doctrina lo que sí contemplaba y aceptaba era que el parto se produjera en el décimo mes, al considerarse el final de un ciclo de gestación, entendiendo los diez meses cumplidos no comenzados. Pues, los médicos se preguntaban sobre el tiempo exacto y se determinó que la mujer normalmente da a luz pasados nueve meses, es decir, en el décimo mes²¹.

Al respecto la profesora Fernández Baquero²² alude a un pasaje de Aulo Gelio,

²⁰ FERNÁNDEZ BAQUERO M.E.: *op. cit.*, pág. 150.

²¹ *Ídem*, pág. 151 y ss.

²² FERNÁNDEZ BAQUERO M.E.: *op. cit.*, pág. 150.

Noctes Atticae, III, 16, 1-24, en el que se dice lo siguiente: “*Et medici et philosophi inlustres de tempore humani partus quaesiverunt, πόσος ὁ τῆς τῶν ἀνθρώπων κνήσεως χρόνος: et multa opinio est, eaque iam pro vero recepta, postquam mulieris uterum semen, conceperit, gigni hominem septimo rarerent, numquam octavo, saepe nono, saepiusnumero decimo mense; eumque esse hominem gignendi summum finem, decem menses non inceptos, sed exactos*”.

3.1.3 Forma humana del nacido

También se exigía que el nacido tuviera “forma humana”. Los juristas entendían este requisito necesario, dado que su propósito consistía en asegurar la capacidad de supervivencia del nacido, entendida como la presencia de aptitudes necesarias para que continuara su existencia de forma independiente. Pues, la figura humana era la forma más concreta de atestiguar que efectivamente se había producido el nacimiento de una persona física; sin perjuicio, que el nacido fuese libre y se produjera posteriormente del tiempo de gestación mencionado en el apartado anterior.

Como punto de partida, había características físicas que no impedían que el nacido fuera considerado como persona y, por otra parte, si había algunas que lo impedían. En palabras de la profesora Monterreal Alemán “*la interpretación de las anomalías de los recién nacidos era uno de los medios más populares para determinar el porvenir de la persona, de la familia, e incluso de la ciudad; y en este sentido, el nacimiento de una persona con condiciones físicas anormales: un monstrum, un prodigium, un portentum, o un ostentum era un signo o señal divina que advertía de un acontecimiento catastrófico o de una desgracia, y ante ello, para restablecer la paz de los dioses y evitar el fatal desenlace era necesario suprimir el signo nefasto, por lo que consecuentemente el niño que nacía deforme se le daba muerte tan pronto se produjera el parto*”²³.

Con el paso del tiempo empieza a variar la concepción más religiosa del término y, aparecen otras tendencias que separan ese carácter religioso a uno civil. Pero, aun así, se

²³ MONTERREAL ALEMÁN, A.: “Precisiones terminológicas sobre ostentum D. 50,16,38 (Ulpianus libro 25 ad Edictum)”, en AAVV. (GARCÍA SÁNCHEZ, J., Dir.): *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol.2, 2021, pág. 55.

mantiene en la doctrina ese requisito como condición indiscutible propia de la obtención de la personalidad, independientemente de su contexto legal o razonamiento médico.

Dionisio de Halicarnaso en Ant. rom., II, 15, 2 habla sobre como Rómulo estableció a sus habitantes la obligación criar a todos los hijos y la prohibición de no matar a ningún niño menor de tres años, exceptuando, cuando fuese el menor fuese lisiado o monstruoso desde su nacimiento. Sobre esta materia se pronuncian posteriormente los juristas Ulpiano y Paulo. En un primer lugar, Ulpiano en lib. IV *ad legem Iuliam et Papiam*, D., 50, 16 135,26 teorizaba que debían tenerse por nacidos los hijos que así lo hubiesen hecho efectivamente, justificando que la deformación o la no similitud a la forma humana no debía ser causa que perjudique a los padres. Por otro lado, Paulo en lib. IV *Sententiarum* D. 1, 5, 1427 en una ideología completamente contraria, expresa que un hijo con anomalías y carente de forma humana era considerado un monstruo y no podía tener la condición de persona ni debía ser tenido por nacido²⁴.

Ésta terminología ha derivado en mucho debate jurisprudencial, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿qué se entendía por “figura humana”? Si bien no hubo un consenso sobre qué se entendía por tal, podemos tratar algunas reflexiones y observaciones que se daban en la práctica en la que se trataban a los nacidos con anomalías como si fueran un *monstrum*, un *prodigium*, un *portentim* o un *ostentum*. Para comenzar nos remitimos a Paulo 4, 9, 34, que bajo la signatura del Senadoconsulto afirmaba que no son hijos los nacidos con apariencia de monstruo, señalando a los niños con un número superior de miembros al normal. También Ulpiano en lib. IV *ad legem Iuliam et Papiam*, D., 50, 16 135 decía lo siguiente: “*Quaeret aliquis si portentosum vel monstrosum ve/ debilem mulier ediderit ve/ qualem visu ve/ vagitu novum, non humanae flgurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut haec quoque parentibus prosint: nec enim est quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet*”. Especial atención le ponemos a Este texto, pues desarrollaba que a su entender y creencias no se podían considerar hijos con personalidad a los nacidos con deformaciones, concretamente habla de diferentes tipos de nacimiento anormales, tales como: cuando el nacido era apreciado

²⁴ FERNÁNDEZ BAQUERO M.E.: “El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 2012, pág. 584.

monstruoso, portentoso, defectuoso, de aspecto o llanto insólitos, ausente de forma humana y más parecido a un animal que a un ser humano²⁵.

3.1.4 La *vitae habilis* del recién nacido

Por último, se requería viabilidad al nacido, pues como hemos hablado, se trataba de demostrar que la vida presentaba posibilidades de duración y no era temporal. Siendo así, un concepto ambiguo consistente en la aptitud que podía tener el *nasciturus* para vivir fuera del claustro materno.

En la actualidad, tras la nueva regulación del artículo 30 de nuestro Código Civil, los dos requisitos para obtener personalidad son: el nacimiento con vida y el pleno desprendimiento del seno materno. Sin embargo, cuestión distinta era en el derecho romano. En un primer lugar, se consideraba que el “parto maduro”, se identifica con — *partus perfectus*—, era entendido como parto viable el que tuviera un defecto orgánico, si se producía tras un periodo normal de gestación, También se entendió que el “parto prematuro”, que era aquel cuando el feto nacía antes del séptimo mes de embarazo, no era viable independientemente de su nacimiento con vida, teniendo la consideración de aborto —*aborsus*—²⁶. Por todo ello, la viabilidad fue entendida como la tenencia de las condiciones para subsistir.

3.2 El *nasciturus* y su protección

La protección del *nasciturus* por parte de los juristas romanos proviene de la concepción del mismo como un ser diferente al resto de los seres humanos. Por lo que se le otorgaba un estatus jurídico desde el momento de la concepción y no desde el nacimiento²⁷.

No se consideraba al *nasciturus* como sujeto de derecho, pero sí que se le reservaban

²⁵ MONTERREAL ALEMÁN, A.: *op. cit.*, pág. 56.

²⁶ PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 169. “Literalmente, viable —*de vitae habilis*— significa capaz de vivir”.

²⁷ GAYO.: *op.cit.*, 1.89: “... el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción” —*Quod autem placuit, si ancilla ex cive Romano cauceperit, deinde manumissa peperit, qui nascitur liberum nasci, naturali ratione fit. Nam hi qui illegitime concipiuntur, statum summunt ex eo tempore, quo nascuntur: itaque si ex libera nascuntur, liberi fiunt, nec interest, ex quo mater eos conceperit, cum ancilla fuerit. At hi, qui legitime concipiuntur, ex conceptionis tempore statum summunt*—.

ciertos beneficios como futura persona. Por ello, lo que se protegían eran los intereses del concebido, sin perjuicio que los mismos podrían ser inexistentes en el futuro. Especialmente, consistían en derechos sucesorios y de herencia, que quedaban condicionados al posterior parto y nacimiento del *nasciturus* con los requisitos anteriormente mencionados. Así pues, la doctrina habla de la similitud que tenía el concebido con hijo el ya nacido, esta concepción doctrinal era expresada en la máxima — *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis eius agitur*—²⁸.

Un ejemplo lo encontramos con Ulpiano en lib. IX *ad Sabinum*, D. 28,2,12, en donde explica que cuando el hijo nace después de hecho el testamento, este lo invalida. De igual importancia es lo que dice en D. 50,16,141, l. 8 *ad legem Iuliam et Papiam*, cuando aclara que también se considera hijo a aquel que pueda ser dado a luz abriéndole el vientre a la madre aun estando ella muerta²⁹.

En atención a lo comentado anteriormente, volvemos a recalcar que no todos los concebidos gozaban de dicha protección; pues, estaba directamente relacionada con estatus jurídico en el que se encontraba la madre. pudiendo bien convertirse en ciudadanos romanos libres o ser esclavos si la madre lo fuera. Aunque, esto último cambió y se amplió a los casos en que la madre aun siendo esclava, si en algún momento hubiese sido libre el hijo que naciera de su vientre lo sería.

También, como medida de protección, en el caso que la madre fuera condenada a muerte, la legislación romana impedía que fuera ejecutada hasta que diera a luz ³⁰. Otra forma se recoge en Ulpiano D. 38,16,1,8 al estipular que los concebidos también tienen derecho de suceder al igual que los ya nacidos, si estos hubieren sido concebidos al tiempo de la muerte de causante. Igualmente, sobre la misma materia se pronuncia Celso D. 38,16,7, trayendo a colación que la Ley de las XII Tablas acoge

²⁸ Disponible umed.net/diccionario/jaor/GLOSARIO%20JURIDICO%20LATINO%20LETRA%20N.htm (última fecha de consulta 02/05/2024). “*Nasciturus pro iam nato habetur quotiens, de eius commodis agitur: Al nascituro se le tiene por nacido a todos los efectos que le sean favorables. Principio del Derecho Romano para proteger a los hijos de los malos actos o las desgracias de los padres; también evitaba que alguien naciera endeudado*”.

²⁹ FERNÁNDEZ BAQUERO M.E.: *op. cit.*, pág. 149.

³⁰ MARCELO D. 11,8,2: “*Prohíbe una ley regia que la mujer que haya muerto embarazada sea enterrada antes de que se le extraiga el feto, y el que hiciere lo contrario se considera que mató, con la embarazada, una esperanza de vida –spes animantis–*”; y Ulpiano D. 1,5,18: “*El emperador Adriano dispuso en un rescripto a Publicio Marcelo que la libre que, estando encinta, fue condenada a muerte, pare un hijo libre, y que se suele esperar hasta que se da a luz. Pero si es desterrada la que concibió de justas nupcias, pare un ciudadano romano y bajo la potestad de su padre*”.

como heredero al que existiere al morir el causante y también al que fuere concebido.

Para finalizar, mencionamos la investigación del profesor Marcelo Parma³¹ “*El nasciturus: antecedentes jurídicos y estado actual de la cuestión*”, donde explica algunos pasajes del Digesto Justiniano en los que se protegían al *nasciturus*, tales como: “*protegieron al nasciturus contemplando el momento de la concepción como el de la referencia de su reconocimiento y capacidad jurídica:*

a. Protección extra patrimonial: el derecho romano penalizó el aborto.

b. Protección patrimonial: el nasciturus podía adquirir bienes por herencia, legado o donación.

c. Protección administrativa a través de las leyes de policía: el derecho romano prohibió el entierro de una mujer embarazada hasta tanto no se extrajera el niño engendrado en ella; como también la ejecución penal de una mujer embarazada hasta tanto no diera a luz al ser concebido en ella”.

3.3 La acreditación de nacimiento

En el presente de nuestro derecho civil, la forma de acreditar el nacimiento es a través del registro de la partida de nacimiento, en el Registro Civil. Convirtiéndose dicha inscripción en título válido para dar fe del nacimiento³².

En cuanto a cómo se acreditaba y cuál era la regulación que había en el derecho romano al respecto, nos debemos remitir a la creación por parte del emperador Augusto de un registro de nacimientos, con la finalidad de regular el cumplimiento de las leyes en las que eran importantes tener en cuenta la edad y los miembros de una familia. Con el paso de los años, dicho registro terminó convirtiéndose en el medio de prueba de los nacimientos y, por tanto, medio para conceder la ciudadanía romana a los hijos legítimos (posteriormente, Marco Aurelio lo extendió a los ilegítimos). Sobre esta materia nos habla el profesor Ricardo Panero, explicando que la inscripción en el registro debía hacerse en el plazo de 30 días a contar desde la fecha de nacimiento y

³¹ PARMA M. “*El nasciturus: antecedentes jurídicos y estado actual de la cuestión*”, disponible en <https://www.ucalp.edu.ar/wp-content/uploads/2020/05/Parma-El-nasciturus-antecedentes-jur%C3%ADdicos-y-estado-actual-de-la-cuesti%C3%B3n.pdf> (última fecha de consulta 29/06/2024).

³² Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/tramites/certificadocertificacion> (última fecha de consultada 02/05/2024).

podían obtenerse copias *–testationes–* como formas de manifestar los nombres del hijo y de sus padres, la fecha de nacimiento y la ciudadanía de aquél³³.

3.4 Decisiones jurisprudenciales diversas

Estas cuestiones sobre el *nasciturus* se han ido desarrollando a lo largo de la historia hasta llegar a nuestro ordenamiento jurídico, lo que ha originado muchas sentencias y jurisprudencia al respecto.

En cuanto al *nasciturus*, partimos de la doctrina romana en la que no consideraban al feto como persona, sino como una anticipación de persona. El profesor Pablo Fuenteseca considera que “*al que se encontraba en el vientre materno se le consideraba como mulieris portio vel viscerum*”³⁴. De igual manera, Gayo (2,203), establecía que el no nacido se encuentra en un estado que no existe en la naturaleza³⁵.

Respecto a la jurisprudencia de la época que hemos analizado es correcto compararla con la actualidad, en concreto con la STC 44/2023, de 9 de mayo de 2023³⁶, en la que se establece que no existe una confusión del concebido con la madre, pues son distintos entes, otorgándole así identidad propia al *nasciturus*.

Cabe hablar también sobre el derecho a la igualdad del concebido y, sobre la no discriminación por discapacidad del nacido, dejando al legislador que opte por atribuir esos derechos de protección sobre ello. Esto nos lleva a reflexionar acerca de la creencia del derecho clásico sobre la “figura humana” que debían tener los nacidos para que cumplieran con los requisitos de obtención de la personalidad. Con relación a ello citamos las Sentencias de Paulo 4,9,3-4 bajo la rúbrica del Senadoconsulto Tertuliano, en las que se establecía que no son hijos los nacidos sin forma humana, considerándolos como monstruosos³⁷.

³³ PANERO GUTIÉRREZ, R., *op. cit.*, pág. 170

³⁴ FUENTESECA DIAZ, P.: *derecho privado romano*, Ed. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1978, pág. 15.

³⁵ GAYO.: *op. cit.*, 2,203 –*Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, per damnationem legari potest, uelut fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit*–.

³⁶ Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-13955 (última fecha de consulta 02/05/2024).

³⁷ PAULO. “*Sententiae*” 4,9,3-4, –*Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur. Partum, qui membrorum humanorum officia duplicavit, quia hoc ratione aliquatenus videtur effectum, matri prodesse*

Para finalizar indicamos como jurisprudencia de interés la STC 53/1985, de 11 de abril³⁸, en la cual el Tribunal considera que el *nasciturus* no es titular de derechos; pues, sólo lo es quien es persona y el *nasciturus* no es persona, pero, este se constituye como un bien jurídico protegido constitucionalmente. Con arreglo a ello se pronuncian la STC 212/1996³⁹, en cuanto expresa que el concebido tiene un valor fundamental por tratarse de una vida humana en etapa de proceso, con el fin de constituirse como ser humano independiente. Y, también se manifiesta al respecto la STC 116/1999⁴⁰ que recoge lo siguiente: *“los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que, sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional (...), nos recuerda el citado fundamento jurídico 3º de la STC 212/1996, cuya protección implica, con carácter general, para el Estado el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales”*.

4. EL PATERFAMILIAS Y EL DERECHO

La familia como institución universal no siempre ha contemplado los mismos caracteres. En ese sentido, la organización romana contaba con una estructura jurídica específica para las relaciones de familia, cuya regulación estaba constituida en base a una jerarquía patriarcal.

Para un mayor acercamiento, sobre esa estructura social romana, partimos del significado del término “familia”⁴¹, desde un punto de vista etimológico proviene de

placuit–.

³⁸ Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/433> (última fecha de consulta 02/05/2024).

³⁹ Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3264> (última fecha de consulta 02/05/2024)

⁴⁰ Disponible en <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/3858> (última fecha de consulta 02/05/2024).

⁴¹ Disponible en: <https://etimologias.dechile.net/?familia> (última fecha de consulta 03/06/2024). La palabra “familia” viene del latín. Es una palabra derivada de “famulus” que significa sirviente o esclavo. La palabra familia era equivalente a patrimonio e incluía también a los sirvientes de la casa del amo.

“*famulus*”, que significa criado doméstico, y alude a una idea de servicio. En cuanto al sentido jurídico, sin apartarse de la idea de servicio, el término según Ulpiano se atribuye a personas libres, esclavos y cosas⁴², así pues, en D. 50, 16, 195, 2, lib. 46, *ad Edictum*, expresa que la palabra familia se refiere también a un grupo de personas unidas por parentesco o relación especial, es decir, que se encuentran bajo una misma potestad, siendo el padre de familia quien tiene el dominio de la casa, dado que se encuentra en una posición de derecho otorgada por la legislación romana.

Por consiguiente, nos planteamos cómo era el régimen al que estaban sometidos dichos miembros de la familia y de la casa. Y, la característica principal es que se encontraban todos bajo el poder del *paterfamilias*, quién era la persona con el estatus óptimo para ejercer dicha autoridad. Cabe mencionar que el estatus⁴³, equivale a la situación, por lo que, si la situación la referimos a la familia⁴⁴, hablamos del estatus familiar, lo que el derecho romano llamaba *status familiae*, refiriéndose a la situación de alguien dentro del grupo familiar. Respecto a ello, Gayo (1,48) decía que algunas personas son *sui iuris*, es decir, se encontraban en una situación de independencia, mientras que otras eran *alieni*

⁴² ULPIANO D. 50, 16, 195, 1-5, lib. 46, *ad Edictum*, define jurídicamente el significado del término familia. 1. “Cabe preguntarse cómo se entiende la palabra familia; y se entiende en distintos sentidos, pues puede referirse a cosas y a personas. (...) 2. La palabra familia se refiere también a un grupo de personas unidas por un derecho de relación especial o por el derecho común del parentesco. Por el derecho de una relación especial llamamos familia al conjunto de personas que están bajo una misma potestad, sujetas a ella por nacimiento o por un acto de derecho, como el cabeza de familia, la madre de familia, el hijo y la hija de familia y los sucesivos como nietos, nietas y biznietos. Se llama padre de familia (*paterfamilias*) al que tiene dominio en la casa, y se le llama así propiamente, aunque no tenga hijos, pues el término o es sólo de relación personal, sino de posición de derecho; también podemos llamar cabeza de familia al que es pupilo. Cuando muere el cabeza de familia, los que le estaban sometidos empiezan a constituir distintas familias, y todos empiezan a ser cabezas de familia. Lo mismo ocurre con el que es emancipado, pues también éste, al hacerse independiente tiene su propia familia. Por el derecho común (de parentesco) llamamos familia a la de todos los agnados, porque, aunque, al morir el cabeza de familia, todos tienen sus propias familias, sin embargo, todos los que estaban sometidos a la misma potestad se pueden llamar propiamente de familia, pues proceden de la misma casa y estirpe. 4. Asimismo llamamos familia a la de varias personas que proceden de la estirpe de un primer progenitor. 5. La mujer independiente es cabeza y fin de su familia, pues no puede tener a nadie bajo potestad”. Al respecto véase también AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., “El origen de los poderes del Paterfamilias I: El paterfamilias y la patria potestas”, en *Revista de Estudios Histórico Jurídicos*, 2006, XXVIII, núm. 37, pág 6: “De esta manera, sería una familia *proprio iure* aquella en que todos están actualmente sometidos a un mismo paterfamilias, mientras que sería *comune iure* aquella en que por la muerte del pater sus miembros se han constituido en familias independientes (...) Del análisis realizado se observa una interesante evolución del término, que comienza como un concepto netamente económico referido al patrimonio, pasando luego a señalar específicamente el lugar donde el grupo tiene su asiento, como también los habitantes mismos de esa casa. De esta manera, la familia termina siendo el grupo de personas que viven juntos en torno a un hogar común, los que estarán, además, sometidos a un único jefe, el paterfamilias”.

⁴³ Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/estatus> (última fecha de consulta 02/06/2024). “Estado de una cosa dentro de un marco de referencia’ y ‘posición social”.

iuris, es decir, eran dependientes de otra. Por tanto, hablamos de la existencia de una jerarquía familiar y, en la cúspide de la misma, se encontraba el varón independiente que a su vez era ciudadano romano libre, quien ejercía la jefatura de la casa y se le identificaba como el *paterfamilias*.

4.1 La figura del *paterfamilias* en la sociedad romana

Su persona se asociaba al centro de la organización romana y era todo aquel varón ciudadano, indistintamente de si tenía descendencia o no y sin importar la edad que tuviese. De este modo, expresaba el jurista Ulpiano que “*será considerado como paterfamilias toda persona de sexo masculino que no se encuentre sometido a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos o de la edad que posea, y usualmente será el miembro más anciano de la familia*” —*Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus.*—⁴⁵. En consecuencia, cabe identificar al *paterfamilias*⁴⁶ como el ciudadano *sui iuris*, sujeto de derecho, que ejercía su autoridad sobre el núcleo familiar. Así en palabras del profesor Rodolfo Argüello, era quien tenía el goce de todos los derechos públicos y privados de la época. De gran importancia es mencionar que el romanista italiano Bonfante, identificó que, en la verdadera época romana, el derecho privado versaba sobre el derecho de los *paterfamilias*⁴⁷.

En su condición de jefe del grupo familiar ostentaba un poder absoluto sobre sus miembros, que tenían la condición de *alieni iuris*. En cuanto al parentesco, que tenían entre ellos y con respecto al *pater*, podía ser de dos tipos: *agnatio* o *cognatio*. La familia entendida como agnata estaba formada por parientes con vínculos jurídicos y no de sangre, por ejemplo, tras la adopción o arrogación. Por otra parte, se entendía como familia cognaticia aquella en la que los parientes sí compartían vínculos de sangre⁴⁸.

⁴⁵ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, pág. 52.

⁴⁶ Disponible en: <https://www.rae.es/dpd/paterfamilias> (última fecha de consulta 04/06/2024). “*En la antigua Roma y, por extensión, en la actualidad, 'jefe o cabeza de familia'*”.

⁴⁷ RODOLFO ARGÜELLO, L.: *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000, pág. 161.

⁴⁸ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *op. cit.*, pág. 208.

Si bien, en un primer momento, el poder que se ejercía sobre los *alieni iuris* se denominó como *manus* y se ejercía sobre personas libres, esclavos y cosas puestas a su servicio. Posteriormente, dicho poder se desglosa según sobre quienes o sobre qué recaía. Derivando que: si era sobre la mujer, se continuaría llamando *manus* (refiriéndose al poder marital); cuando recaía sobre los *alieni iuris* de otra familia se denominaba *mancipium*; si recaía sobre la casa (*domos*), *dominium*⁴⁹, pues se trataba de la propiedad o derecho real por excelencia también sobre los esclavos y las cosas; y finalmente, cuando recaía sobre los hijos es cuando hablamos en sentido estricto de *patriapotestas*.

4.2 La *patriapotestas*

Se la define como el grupo de poderes que el *paterfamilias* ejercía sobre las personas libres que constituían la comunidad familiar. Como bien mencionábamos, la palabra *manus* había recogido el significado de este poder sobre el conjunto de la familia, hasta que se la reservó para designar la potestad ejercida sobre la mujer, quedando el término *patriapotestas* para referirse a aquella autoridad del *pater* sobre sus descendientes o sobre los extraños que admitiera en el núcleo familiar⁵⁰.

Al respecto Gayo (1,55) se pronuncia sobre la *patriapotestas* diciendo que: “*Se encuentran sometidos a nuestra autoridad los hijos nacidos de legítimas nupcias; derecho que es propio de los ciudadanos romanos, pues casi no existe ningún pueblo que tenga sobre sus hijos la misma autoridad que nosotros*” —*Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreauimus, quod ius proprium ciuium Romanorum est. fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus*—. En este extracto, hace alusión al poder exclusivo que tenían los ciudadanos romanos sobre sus hijos— *ius proprium civium romanorum est*—. Hablamos de principalmente un control del patrimonio que tenían los padres, así como, además, de una serie de poderes sobre la esfera más personal de sus descendientes. Por otra parte, Paulo D. 50,16,215, define la potestad, exponiendo que la palabra poder (*potestas*) tiene muchas acepciones, por ejemplo, en la persona de un magistrado hablamos de “*imperium*”, en una persona libre “*patriapotestas*” y en un esclavo “*dominium*” —*Potestatis verbo plura significantur; in persona magistratum*

⁴⁹ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *op. cit.*, pág. 204.

⁵⁰ RODOLFO ARGÜELLO, L.: *op. cit.*, pág. 405.

imperium, in persona liberorum patria potestas, in persona servi dominium—.

Con un carácter general, la *patria potestas* se constituyó como un poder perpetuo, al que se encontraban sometidos no sólo los propios hijos del *pater*, sino también los hijos de estos, por lo que se proyectaba sobre todos sus descendientes. Esta relación de poderes se genera desde el nacimiento hasta la muerte del *pater*⁵¹, o si fuera el caso, cuando ocurriera una *capitis deminutio máxima*. Si bien el nacimiento era la forma normal y común de estar sometidos, pues recaía sobre los hijos procreados en justas nupcias —*quos iustis nuptiis procreauimus*—, también, había otras formas. Así pues, la legislación romana aceptó, a causa de los numerosos casos, que en aquellos matrimonios en los que los cónyuges no tuvieran la aptitud legal suficiente (*ius connubii*), el padre estableciera la *patriapotestas* sobre los hijos nacidos de tales uniones, con la condición que se probase la existencia de dicho matrimonio y nacimiento. Por tanto, se admitió que pudieran adherirse al poder paterno los hijos nacidos del concubinato, a través de una forma civil, la legitimación⁵². Además, otra manera en la que se podían adherir personas extrañas a la familia, era por medio de un acto jurídico, la adopción⁵³. Se distinguían dos formas, la *adoptio*, entendida como la adopción propiamente dicha (*adoptio o datio in adoptionem*), que se refería a la de una persona *alieni iuris* y, la adrogación (*adrogatio*)⁵⁴, que recaía sobre persona con la condición *sui iuris* o *paterfamilias*, por lo que traía consigo a la nueva familia con su hijos y patrimonio⁵⁵.

Sin embargo, dicha concepción de *patriapotestas*, no queda inalterada con el tiempo, pues las restricciones a los distintos poderes y la imposición legal de obligaciones

⁵¹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, pág. 52.

⁵² PANERO, R.: *op. cit.*, pág. 219.

⁵³ GAYO.: *op.cit.*, 1,97 “No solamente están sujetos a nuestra potestad los hijos naturales, según hemos dicho antes, sino también los adoptivos” —*Non solum autem naturales liberi, secundum ea, quae diximus; in potestate nostra sunt, uerum etiam hi, quos adoptamus—.*

⁵⁴ GAYO.: *op. cit.*, 1,99 “adoptamos por la autoridad del pueblo a los que dependen de sí mismo y esta especie de adopción recibe el nombre de adrogación, porque se pregunta al adoptante si quiere que aquel que va a ser adoptado sea su hijo legítimo, a este si consiente en ello, y al pueblo si presta su autorización. Adoptamos por la potestad de un magistrado a aquellos que dependen de sus ascendientes, ya sea que ocupen el lugar de hijos o hijas, ya el de nietos o nietas, biznietos o biznietas” —*Populi auctoritate adoptamus eos, qui sui iuris sunt: quae species adoptionis dicitur adrogatio, quia et is, qui adoptat, rogatur, id est, interrogatur, an uelit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse; et is, qui adoptatur, rogatur, an id fieri patiat; et populus rogatur, an id fieri iubeat. Imperio magistratus adoptamus eos, qui in potestate parentum sunt, siue primum gradum liberorum optineant, quaealis est filius et filia, siue inferiorem, quaealis est nepos, neptis, pronepos, proneptis—.*

⁵⁵ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *op.cit.*, págs. 216 y 217, véase también RODOLFO ARGÜELLO, L.: *op. cit.*, pág. 409.

provocaron que se convirtiera de un poder a un deber de los padres sobre los hijos con la finalidad de protegerlos⁵⁶. En relación con ello, referenciamos a Marciano D. 48,9,5 que decía lo siguiente: “*La patria potestad debe consistir en la piedad, no en la atrocidad*”. Pues, era común que, por medio del uso de dichas facultades, se actuara con crueldad y desprecio a personas que se encontraban sometidas a las mismas. Acerca de esto, podemos en una primera aproximación, hacer alusión a aquellos poderes que conferían al *paterfamilias* plena decisión sobre la muerte del hijo, así como sobre castigos corporales y, también sobre el abandono de aquellos que tuvieran esa apariencia “monstruosa” que comentábamos anteriormente como requisitos del nacimiento. Esta institución termina evolucionando con la promulgación de la Ley de las XII Tablas, que permitiría al *paterfamilias* renunciar a su poder y derechos, *sui iure eas, personas dimittere* y, disolver voluntariamente la patria potestad a través de la *emancipatio*, liberando a los sometidos a ella⁵⁷.

Por otro lado, el catedrático Fernández de Buján sostiene que “*en la práctica, su ejercicio se venía limitando por las costumbres de los antepasados (...) y por la ritual consulta al tribunal denominado ‘iudicium domesticum’, así como por otros elementos disuasorios del ejercicio de la patria potestad como fueron la nota censoria y la legislación imperial*”⁵⁸.

A fin de desarrollar las implicaciones que tuvo la *patriapotestas* en la familia romana, continuamos con una exposición de los distintos los poderes que le eran conferidos a su titular, hablamos en un primer lugar del *ius vitae necisque*, el *ius vendendi*, el *ius exponendi* y el *ius noxae dandi*.

4.3 Poderes otorgados al *paterfamilias* sobre sus hijos

El poder del *paterfamilias* se manifestaba con el dominio absoluto de las cosas. En cuanto a la *patriapotestas*, esta comprendía ciertos derechos y facultades, siendo,

⁵⁶ DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familiaie: Especial referencia a las personas con discapacidad”: *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁷ SUÁREZ BLÁZQUEZ G. “Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad desde Roma hasta el Derecho altomedieval visigodo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 17, 2013, pág. 612.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano, Derecho Privado Romano*, Ed. Iustel, 4ª ed., Madrid, 2011, pág. 269.

principalmente, los siguientes:

A) *Ius vitae necisque*

Se considera la mayor expresión de poder de corrección y disciplinario del padre⁵⁹. Consistía en el derecho de la vida y la muerte sobre los hijos, pudiendo matarlos si así lo consideraba propio cuando cometieran delitos graves. A pesar de su existencia y uso, también comprende, la posibilidad de imponerle toda clase de castigos, si bien se trataban de otras sanciones menos gravosas que la muerte, como la *modica castigatio* (corrección leve del *pater* a los hijos), *la abdicatio* (abandono) o la *relegatio ruri* (confinamiento en el campo). Se resume en la capacidad que tiene el *pater* para dictaminar sobre la vida o muerte, perdón o suplico, situándolo en una posición de supremacía⁶⁰.

Originalmente, no estaban determinados los casos en los que se utilizaba el *ius vitae necisque*, pues no se concretaban en qué circunstancias o situaciones eran, ya que se practicaba de forma general. Su aparición se estima que ocurre con la Ley de las XII Tablas T. IV, 2, siendo su uso excepcional y arbitrario. Sin embargo, la religión y la moral termina disuadiendo su empleo, así como, para evitar arbitrariedades se constituyó un consejo de parientes llamado “*iudicium domesticum*”, en el que a través de juicios regulaban dicho derecho, con el fin de proteger a los hijos de los abusos de los padres, este derivaba su forma de actuar de los *mores maiorum* (de la costumbre de sus antepasados). Además del *iudicium domesticum*, surge la nota censoria e, incluso, la legislación imperial comienza a incidir en dicho derecho desalentando su aplicación⁶¹.

Asimismo, éste derecho de disposición sobre la vida o muerte, debía estar amparado por una causa justa. Esta causa debía acreditarse ante un *consilium* que asesore al titular a fin de justificarla frente al pueblo. Si no se estimase conveniente o apropiada y aun así el *pater*, no tuviera en cuenta esa decisión, podía recibir sanciones al llevar a cabo el castigo igualmente. También Ulpiano D. 48,8,2 recoge que el padre no puede provocar la muerte de su hijo, sin que haya sido oído, sino que debe acusarlo ante el prefecto o

⁵⁹ KASER, M., *Derecho romano privado*, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022, pág. 276. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-DR-2022-262.

⁶⁰ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, pág. 55.

⁶¹ DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familiae: Especial referencia a las personas con discapacidad”: *op. cit.*, pág. 8.

gobernador de la provincia —*Nauditium filium pater occidere non potest, sed accusare eum apud praefectum praesidemue prouinciae debet*—. En esta misma línea, la legislación del principado empezó a castigar los abusos producidos en el ejercicio de la *patriapotestas*; sobre ello, hacemos referencia a algunos textos del Digesto de Justiniano. En un primer lugar, un ejemplo lo encontramos con Papiano D. 37, 12, 5: “Trajano obligó a emancipar a un hijo, a quien el padre maltrataba contra los deberes de piedad, y falleció después aquél, el padre, como manumisor, decía que le competía la posesión de los bienes; pero por consejo de Neracio Prisco y de Aristón le fue denegada porque por necesidad rescindió de los deberes de piedad”, nos expone que cuando los emperadores no consideraban justa la causa, llegaron a imponer la deportación con embargo patrimonial (*deportatio in insulam*). También hablamos de Marciano D. 48,9,5 que nos expone una disposición de Adriano en la que castigaba con la *deportatio in insulam* al padre que matase al hijo, ya consideraba que la *patriapotestas* no debía tener un carácter atroz — “*Divus Hadrianus, fertur, quum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis, quam patris iure eum interfecit; nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*”—. Finalmente, es en una constitución del año 323 en la época de Constantino, que se recoge en el Código Teodosiano 4,8,6 que el *ius vitae necisque* se trata de un derecho de otro tiempo, siendo que el mismo emperador castigaba con la misma pena de parricidio al que mataba a su padre, así como que el que matara a su hijo⁶². Sería en la constitución de Valentiniano recogida en el Código Teodosiano 9,13,1 en la que se abole la *ius vitae necisque* y se les otorga a los tribunales y jueces imponer las penas a los hijos por delitos en vez de a los padres⁶³.

⁶² MARLASCA MARTÍNEZ, O., “Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho moderno”, en Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, vol. 48, nº2, Bilbao, 2000, págs. 128 y 129.

⁶³ CTh. 9,13,1 “*Impp. valent. et valens aa. ad senatum. in corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui iuvenis erratum et privata animadversione compescat. quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet, enormis delicti reos dedi iudicum notioni. dat. prid. kal. dec. valentin. et valente aa. coss. interpretatio. propinquis senioribus lege permittitur errorem vel culpas adolescentium propinquorum patria distractione corrigere, id est ut si verbis vel verecundia emendari non possint, privata distractione verberibus corrigantur. quod si gravior culpa fuerit adolescentis, quae privatim emendari non possit, in notitiam iudicis deferatur*”.

B) *Ius vendendi*

Otro derecho del paterfamilias era el de vender a sus descendientes, según el profesor Amunátegui no se sabe correctamente la explicación detrás de ese poder, pero hay varias teorías, entre ellas: una teoría política, donde sería una manifestación más de los poderes del *pater* como soberano de su familia, otros juristas consideran que tiene un carácter económico pues se trataría de una consecuencia de la propiedad que tenía el *pater* sobre sus hijos⁶⁴.

Los orígenes de esta facultad se remontan a la Ley de las XII Tablas IV,2. En ella también se establecía que si el padre vendía tres veces al hijo, este sería libre de la patria potestad —*Si pater filium ter venum duuit filius a patre liber esto*—. De ese texto se comprende que el padre podía vender a sus hijos, los cuales una vez se producía la venta se encontraban en una situación llamada *in mancipio*⁶⁵, la cual era similar a tener la condición de esclavo, ya que la fórmula de la *mancipatio* utilizada para llevar a cabo la venta, la doctrina ha asumido que se trataría de la misma utilizada para realizar la venta de un esclavo⁶⁶. Al respecto Gayo (1,117) exponía que “*todos los hijos, sean varones o hembras, sometidos a la potestad de un ascendiente, pueden ser mancipados por él, del mismo modo que lo son los esclavos*” —*Omnes iheritur liberorum personae, siue masculini, siue feminini sexus, si in potestate parentis sunt, mancipari ab hoc eodem modo possunt, quo Eliam servi mancipari possunt*—. Según el mismo jurista en 1,119 explicaba la forma para la mancipación de un esclavo pues decía que “*La mancipación, es cierta especie de venta ficticia, y uno de los derechos propios y excluyentes de los ciudadanos romanos. Se practica ante cinco testigos por lo menos, ciudadanos romanos púberes, y además ante otra persona de la misma condición llamada libripende (libripens), que tenga el peso de metal. La persona que recibe en mancipio, teniendo y mostrando la cosa que va a ser mancipada, dice: “afirmo que este hombre me pertenece por derecho quiritorio, y que lo he comprado con esta moneda y esta balanza de meta”. Toca en seguida la balanza con la moneda y entrega esta al vendedor como si fuera el precio del objeto comprado*” y, en 1, 120 expresa

⁶⁴ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, págs. 112 y 113.

⁶⁵ Disponible en <https://dle.rae.es/mancipaci%C3%B3n> (última fecha de consulta 15/06/2024) “*En el antiguo derecho romano, enajenación de una propiedad con ciertas solemnidades y en presencia de cinco testigos*”. Véase también AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., “Origen y función de la mancipatio”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 33, 2011, pág. 49. “*La mancipatio es una institución (...) que consistió en la apropiación de una cosa declarando la relación de pertenencia (...) posteriormente asume la forma de compraventa y acto liberal*”.

⁶⁶ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, pág. 115 y ss.

que así se mancipaban “los esclavos y las personas libres”⁶⁷.

Por su parte, Bonfante en sus investigaciones sobre la materia, entendía que la venta de los hijos no los convertía necesariamente en esclavos, distinguiéndose la condición que adquirirían respecto a ellos⁶⁸. Si bien se asimilaba pues no podían heredar ni ser legatarios, excepto que fuesen manumitidos en el mismo testamento o que pudiesen ser vindicados, no se permitía que fuesen víctimas de maltrato, ya que tenían la potestad de la *actio iniuriarum* pudiendo obligar a su adquirente a ser manumitido⁶⁹.

De la misma manera la venta comportaba diferentes efectos si esta se llevaba a cabo en Roma o fuera de ella. Véase que cuando se realizaba fuera, *Trans Tiberin*, expresión que hace referencia a la época en la que los romanos no tenían poder sobre las tierras más allá de ese río lo que sería su límite con la Etruria⁷⁰, se convertía en esclavo efectivo, provocando, tal y como dice, Amunátegui que “*la comunidad etrusca en la otra parte del Tiber donde las alianzas y la latinidad no se pueden hacer valer de la misma manera: la persona vendida como esclava será tratada como tal*”. Por otro lado, si la venta se producía en Roma, el hijo se encontraría en un estado de “cuasiesclavitud”, donde permanece intacta su libertad y ciudadanía, pues siguiendo con las palabras del profesor “*Roma cuenta con distintas alianzas como para exigir que se respete la libertad de sus ciudadanos, de ahí que el hijo no caiga en una esclavitud en sentido estricto*”⁷¹. De hecho, el hijo mancipado sólo sufría una *capitis deminutio mínima*, según decía Gayo 1, 162 “*Se dice que es mínima la capitis disminución, cuando sufre el hombre mudanza en su estado, reteniendo el derecho de ciudadanía y la libertad, como acontece a los que son adoptados y a los que verifican la esempcion, del mismo modo que a los entregados en mancipio y a los que después de dados son manumitidos; pero de tal manera, que cuantas veces una persona sea mancipada o manumitida, otras tantas sufre la capitis disminución*”. Además, el poder del *pater* no se extinguía, aunque se encontrara en ese estado de cuasiesclavitud, quedaba

⁶⁷ GAYO.: *op. cit.*, 1,120 “*Eo modo et serviles et liberae personae mancipatur, animalia quoque, quae mancipi sunt, quo in numero habentur boues, equi, muli, asini; ítem praedia tam urbana, uam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari*”

⁶⁸ BONFANTE, P.: *corso di diritto romano. Vol. I - Diritto di famiglia*, Ed.Roma, Attilio Sampaolesi, Roma, 1925 pág. 183 y ss.

⁶⁹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F.: *op. cit.*, pág. 113.

⁷⁰ *Idem*, pág. 116.

⁷¹ DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familia: Especial referencia a las personas con discapacidad”: *op. cit.*, pág.15.

suspendido hasta que el adquirente lo emancipaba de su potestad. Si bien el límite a este poder, se crea a partir de una norma contenida en la Ley de las XII Tablas 4, 242, en la que recoge que cuando un hijo hubiese sido vendido tres veces se extingue dicha potestad del padre sobre el mismo, causando que cuando el último adquirente le concedía la libertad, el hijo quedaba libre. Así recoge también Gayo 1, 132 “*la emancipación es otro de los modos por los cuales pueden los descendientes librarse de la potestad de sus ascendientes, pero con una diferencia, que el hijo necesita ser mancipad tres veces para hacerse independiente (...) pues la ley de las Doce Tablas solo hace mención de tres mancipaciones respecto de la persona del hijo. He aquí sus palabras, si el padre vende tres veces al hijo, este se hace independiente — si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto—*”.

Con el paso del tiempo, se termina de limitar este derecho, pues se aplica una constitución del emperador Caralla recogida en el Código Justiniano en CJ 7, 16, 145 donde se establece que la venta de hijos era ilícita e inhonesta. Además, se termina por prohibir la venta, la donación, dar en prenda o cualquier otro acto jurídico a los hijos y, según la ley de Diocleciano y Maximiano, contenida en CJ 4,43,146⁷² se entendía que era lo correcto. Sin embargo, este derecho de *ius vendendi* vuelve a aparecer tras la crisis del siglo III, ya que los emperadores debido a la extrema pobreza del pueblo lo consintieron⁷³. Por ejemplo, es el emperador Constantino quien justifica nuevamente su ejercicio cuando éste se hiciera por cuestiones económicas, debido a que era una cuestión de supervivencia, sin perjuicio que el padre legítimo pudiera rescatarlo, se establecía así en una constitución del año 329, contenida en el Código teodosiano (CTh 5,10,1), donde limita ese rescate a la condición de pagar ciertas compensaciones. Sobre esto D’Ors menciona con relación una ley del año 391, recogida también en el Código Teodosiano (CTh 3,3,1) en la que la recuperación del hijo se puede producir sin compensación, siempre de que aquél hubiese prestado al comprador servicios por un mínimo de tiempo⁷⁴. Asimismo, hace referencia a la novela 33, en el año 451 del emperador Valentiniano que llevaba la rúbrica de: *Parentibus qui filios distraxerunt et ne ingenui barbaris venundentur neque ad transmarina ducantur*, que tenía lugar tras una crisis que sufrió el Imperio, en la que se establecía que si se querían recuperar los

⁷² MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *op. cit.*, pág. 132 y ss.

⁷³ PANERO GUTIÉRREZ, R.: *op. cit.*, pág. 214.

⁷⁴ D’ORS, A.: “El Código de Eurico”, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), 2014, pág. 222. Disponible en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/publicacion.php?id=PUB-LH-2014-1.

hijos vendidos, como condición se imponía a los padres la devolución del precio más una cantidad en concepto de indemnización.

Es finalmente Justiniano quien ordena que el *ius vendendi* sólo se pudiera ejercer sobre los recién nacidos y exige para ello, la demostración por parte de los padres de encontrarse en una situación de necesidad, siempre permitiendo que recuperaran la libertad de sus hijos por medio de un rescate⁷⁵.

C) *Ius exponendi*

Otra de las facultades que eran propias de la *patripotestas* era el *ius exponendi* (derecho de exposición), se trataba del derecho que se le atribuía al padre para exponer en un lugar público a los hijos recién nacidos, y abandonarlos a su destino⁷⁶.

Según el profesor Amunátegui, la partera siguiendo las costumbres colocaba al recién nacido ante el *pater* en el suelo quien, al levantarlo, lo admitía como suyo, y si lo dejaba expuesto, “... *le será pues lícito negar que el parto haya nacido de él...* (Ulpiano, *Dig.*, XXV, III, I, 11, p. 214)”, pues no lo consideraba hijo suyo, abandonándolo⁷⁷. Dicha facultad se encontraba regulada en la Ley de las XII Tablas (tab. IV,1) y, también, a su vez, provenía de *las mores maiorum*, que establecían que se debían de exponer a todos los hijos que fuesen “deformes”, dándoles muerte nada más nacer, la forma era tirándolos al mar. Cabe decir, que no existe una descripción exacta sobre qué se consideraba por los juristas que eran niños deformes, sin embargo, como expusimos anteriormente se relacionaban con aquellos nacidos que tuviera más miembros de los normales o aquellos que mostraran una evidente malformación física⁷⁸.

Sobre este derecho, menciona Dionisio de Halicarnaso en Ant. Rom. II,15,2, que el emperador Rómulo obligó a todos los habitantes que criasen a sus hijos, tanto a su hijo varón como a su hija primogénita, y les prohibía matar a los niños menores de tres

⁷⁵ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *op. cit.*, pág. 134.

⁷⁶ MENTXAKA ELEXPE, R.M., “Nota mínima sobre algunos modelos familiares en los tres primeros siglos del Imperio Romano”, *Iura vasconiae revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 10, 2013, pág. 524.

⁷⁷ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., “*El origen de los poderes del Paterfamilias I: El paterfamilias y la patria potestas*”, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pág.159.

⁷⁸ DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familiaee: Especial referencia a las personas con discapacidad”: *op. cit.*, pág. 10.

años, a no ser que fuesen monstruosos desde su nacimiento. No impidió la exposición de estos últimos, sin embargo, la condición para la exposición era que tenían que ser mostrados al menos a cinco vecinos que debían dar fe de la deformidad. Quienes incumplieran esta ley, se les imponía un castigo que consistía en confiscarles la mitad de sus bienes⁷⁹.

En la época postclásica, el *ius exponendi* siguió siendo tolerado, así lo encontramos reglado el Código Teodosiano (Cth 5,9), en el que bajo la rúbrica “*De expositis*” se compilan una serie de constituciones al respecto. En primer lugar, nos encontramos con una constitución de Constantino (Cth 5,9,134), en la que establece que quien asume la crianza de un hijo expuesto, asume la patria potestad sobre el mismo y, a causa de ello, se termina el poder paterno que tenía quien lo expuso. En segundo lugar, otra constitución de los emperadores Honorio y Teodorio (Cth 5,9,235), establecía que, si se recogía a un niño o niña expósito, a sabiendas de su dueño, permanecería en el dominio de quien lo hubiera recogido, si se prueba que éstos fueron expuestos para que murieran. Posteriormente, Valentiano castiga con pena la exposición (C. VIII, 52,2) y Justiniano en su código, concretamente en CJ 1,4,2436, declaró ilícita la exposición, y que al hijo que fuera recogido tuviera la condición de libre, *sui iuris* e ingenuo. Sobre esto último, Gayo 1,11 decía que tenían la condición de hombres ingenuos “*los que han nacido libres*” respecto de quien lo hubiera recogido⁸⁰.

D) *Ius noxae dandi*

Se trata de la facultad que tenía el *paterfamilias* de entregar “el mismo cuerpo” que el que cometió el delito al perjudicado (derecho de entregar en noxalidad), en concepto de evitar su responsabilidad delictual o cuasidelictual de los actos cometidos por las personas sometidas a su *patripotestas*, consiste en un sistema de acciones desencadenadas del delito, en donde el padre puede optar entre aceptar la legitimación del litigio y las consecuencias que de él se derivan o entregar al responsable a la víctima⁸¹. La entrega en noxalidad tenía un efecto extintivo al igual que el pago de la condena, por tanto, generaba el cumplimiento de esta. Además, su efecto era absoluto,

⁷⁹ NÓTARÍ T., “Some Remarks on *ius vitae ac necis* and *ius exponendi*”, *The Journal on European History of Law*, núm.2, 2011.

⁸⁰ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *op. cit.*, págs. 130 y 131.

⁸¹ AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., *El origen de los poderes del Paterfamilias I: El paterfamilias y la patria potestas.*: *op.cit.* pág 159.

dado que no solo abarcaba del pago del litigio que se demandase, sino que lo hacía de todos aquellos otros daños a futuro que se pudiesen producir a causa de ese mismo delito⁸².

Sobre ello, dice Gayo (4, 75) “*Los delitos de los hijos de familia y de los esclavos, tales como el hurto o injuria, dieron origen a las acciones noxales, cuyo objeto es permitir que el padre o el señor escojan entre pagar el valor de lo reclamado, o entregar los hijos y esclavos delincuentes a los agraviados para su castigo o el resarcimiento del daño hecho (noxae dedere); porque era injustísimo que la perversidad de los culpables causase males y perjuicios no solo a ellos mismos, sino también a sus padres y señores*”. El jurista sobre las acciones noxales dice que fueron establecidas por las leyes o por el edicto del pretor, y expone una serie de delitos por los que se podía entregar en noxalidad, principalmente eran: la acción de hurto (*furti*) recogida en la Ley de las XII Tablas; la de daño causado injustamente (*damni injuria*) por la ley de Aquilia; la acción de injurias (*injuriarum*) y la de robo (*ui bonorum raptorum*)⁸³. La forma de entregar por causa noxal a terceros era a través de la *mancipatio*, adquiriéndose el *mancipium* sobre él.⁸⁴, habla Gayo (4, 79)⁸⁵ que para que el *pater* perdiera la *patriapotestas* sobre el *filius* era necesario tres *mancipaciones*.

Este poder del *paterfamilias* fue encontrando limitaciones y no hasta la época de Justiniano que el *ius noxae dandi* termina siendo, pues se lo consideraba anticuado y que no adaptaba a los nuevos tiempos —*nova hominum conversatio*—⁸⁶.

⁸² ROSSO ELORRIAGA, G.F., *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017, pág. 33.

⁸³ GAYO.: *op. cit.*, 4,76, “*Constitutae sunt autem nox.ales actiones aut legibus, aut edicto. legibus : uelut furti lege XII tabularaan ; damni iniuriae lege Aquilia . edicto Praetoris : uelut iniuriarum et ni bonorum raptorum*”.

⁸⁴ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *op. cit.*, pág. 131.

⁸⁵ GAYO.: *op. cit.*, 4,79 “*cuando un hijo de familia es entregado en mancipio por causa noxal, juzgan nuestros adversarios que debe mancipado tres veces, estando como está prevenido en la ley de las XII Tablas que sean necesarias tres mancipaciones para que el hijo salga de la patria potestad; pero Sabino, Casio y los demás autores de nuestra escuela creyeron bastante en este caso una sola mancipación , porque las tres mancipaciones de que habla la ley de las XII Tablas, se refieren a los casos de mancipación voluntaria*”.

⁸⁶ PANERO, R.: *op.cit.*, pág. 140.

5. DE LA ANTIGUA ROMA A LA ACTUALIDAD

Cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico nacional. Pues, cada país tiene su sistema jurídico y única forma de interpretar el derecho, así como sus fuentes y medios para su creación y aplicación. Por lo que podemos decir, que en la actualidad cada Estado tiene un derecho interno diferente al resto⁸⁷. Sin embargo, la mayoría de los distintos ordenamientos jurídicos comparten sus raíces, pues tienen como precedente al derecho romano. Por ello, a fin de profundizar en la influencia que ha tenido este derecho en nuestro ordenamiento jurídico español, vamos a analizarlo, concretamente, desde la perspectiva del contexto familiar y sobre el control por parte de los padres en la esfera más personal de sus hijos.

5.1 Influencia en la legislación española

5.1.1 La nueva redacción del artículo 30 del código civil

El vigente artículo 30 del Código Civil, ha sido modificado por la disposición final tercera de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil⁸⁸ e indica que: *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.

En cuanto a esta redacción cabe destacar que se entiende por desprendimiento, al corte del cordón umbilical⁸⁹, que comprende la entera rotura del mismo, produciendo que si el nacido se encuentra vivo en dicho momento obtiene de inmediato la personalidad jurídica, sin tener en consideración los requisitos de la anterior redacción, que estipulaba lo siguiente: *“Para los efectos civiles, solo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”*.

⁸⁷ MURILLO VILLAR, A.: “Actualidad del derecho romano y su valor en la formación del jurista moderno”, en AA.VV. (ÁLVAREZ MALLONA, M.B., Coord.): *Estudio sobre principio generales y derecho romano*, Ed. Universidad de Flores-UFLO universidad, Argentina, 2022, pág. 103.

⁸⁸ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-12628> (última vez consultado en fecha de 27/06/2024).

⁸⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en AAVV: (PABLO CONTRERAS P., Coord.): *Curso de Derecho Civil I. Volumen II. Derecho de la persona*, 7ª ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011, pág. 333.

La actual reforma tiene su fundamentación principalmente en dos cuestiones. La primera es que debido a las concepciones jurídico-sociales históricas del derecho romano en las que se basaba la antigua redacción, actualmente no son conformes a las nuevas exigencias del orden jurídico constitucional, entendiéndose dichos requisitos como contrarios al artículo 10 de la Constitución Española de 1978, en la que se estipula el derecho a la dignidad de la persona⁹⁰. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico español se ha debido adaptar a los tratados internacionales ratificados⁹¹ como son:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1996⁹², en el que su artículo 24.2 dice “*Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre*”. Por lo que, no es necesario el paso de las veinticuatro horas para registrar el nacimiento y entender como nacido al niño.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989⁹³, cuyo artículo 7.1 estipula: “*el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos*”.

En conclusión, en la reforma, se eliminan dos requisitos para la adquisición de la personalidad civil que son: que el feto tenga figura humana y que tuviera que vivir veinticuatro horas desprendido del seno materno. Según indica la profesora Fernández Baquero, la generalidad de la doctrina considera que estas exigencias se tratan de requisitos actualmente desfasados. Sin embargo, en palabras de la profesora, la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, sigue “*manteniendo viva la tradición del derecho romano*”⁹⁴. Las condiciones para la adquisición de la personalidad en la

⁹⁰ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> (última vez consultado 28/06/2024). “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

⁹¹ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.-E., Nacimiento de la persona. Pasado y presente.: *op. cit.*, pág. 141.

⁹² Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-10733> (última vez consultado 28/06/2024). Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

⁹³ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-31312> (última vez consultado 28/06/2024). Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

⁹⁴ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.-E. Nacimiento de la persona. Pasado y presente.: *op. cit.*, págs. 165 y

actualidad son el nacimiento con vida y el entero desprendimiento del seno materno, si bien se ha de tener en cuenta cuales son los signos de vida o viabilidad del nacido para ello. Al respecto, el derecho romano consideraba como vivo al nacido que se realizara movimientos independientes y tuviera figura humana, una vez hubieran transcurrido como mínimo seis meses de gestación y tras veinticuatro horas fuera del cuerpo de la madre. En este sentido, aunque la nueva redacción no recoja los términos de “feto” o “figura humana”, sigue subsistiendo la necesidad de certificar por parte de un médico si ha nacido, dentro de los estudios biomédicos, en una etapa de vida lo suficientemente evolucionada que demuestre la aptitud para sobrevivir. Podemos citar la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica⁹⁵, en la que en su artículo 3, apartados *l* y *n*, define el concepto de “embrión” y “feto”, concretamente define al feto como: “*embrión con apariencia humana y con sus órganos formados*”, semejante parecido con los requisitos de nacimiento del derecho romano y con la antigua redacción del artículo 30⁹⁶. Asimismo, se mantiene que el periodo de gestación necesario para adquirir la personalidad sea de seis meses, pues según la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su disposición adicional cuarta aquellos que fallezcan figurarán en el archivo del Registro Civil “*Figurarán en un archivo del Registro Civil, sin efectos jurídicos, los fallecimientos que se produzcan con posterioridad a los seis meses de gestación y no cumplieran las condiciones previstas en el art. 30 del Código Civil*”. Tras lo anteriormente mencionado, la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil establece que todo ser humano nacido con vida tiene plena personalidad jurídica, independientemente de su viabilidad, y obtiene protección plena de acuerdo con el ordenamiento jurídico español.

5.1.2 La patria potestad

Se la puede definir como aquel conjunto de deberes y obligaciones que tienen los padres sobre los hijos menores no emancipados⁹⁷. Según el artículo 156 del Código Civil, dicho derecho se ejercerá por ambos progenitores de forma conjunta, o en su caso, con el consentimiento expreso o tácito del otro. De igual manera, el artículo 154

166.

⁹⁵ Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-12945> (última vez consultado 28/06/2024).

⁹⁶ FERNÁNDEZ BAQUERO, M.-E. Nacimiento de la persona. Pasado y presente.: *op. cit.*, págs. 167 y ss.

⁹⁷ Disponible en <https://dle.rae.es/potestad> (última vez consultado 28/06/2024).

de la misma ley establece que la patria potestad se llevará a cabo siempre en el interés de los hijos y con respeto a sus derechos inherentes como personas, su integridad física y mental, se recogen los sucesivos deberes:

“1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

3.º Decidir el lugar de residencia habitual de la persona menor de edad, que solo podrá ser modificado con el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, por autorización judicial”.

En relación a ello, los hijos también tienen obligaciones con respecto a la relación con sus progenitores, que estas se encuentran reguladas en el artículo 155 del Código Civil y se basan en generalmente en obedecer las órdenes de los padres mientras se encuentran bajo la patria potestad y respetarles, así como contribuir, cuando fuera posible, al levantamiento de las cargas familiares.

En cuanto, a la concepción de esta institución, en la actualidad la doctrina la asimila como una función que se le atribuye a los progenitores para la protección de los hijos e hijas menores desde su nacimiento hasta que obtengan plena capacidad de obrar⁹⁸.

Siguiendo el estudio de Marlasca Martínez, es de interés destacar las limitaciones a las que se encuentra sometida la patria potestad y su ejercicio por parte de los padres. En una primera aproximación a esas restricciones nos encontramos con la redacción original del artículo 155 apartado 2 del Código Civil, en donde se estipuló que los padres tenían respecto de los hijos “la facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente”. Y, en la reforma del Código Civil en mayo de 1981 que se recoge un derecho al castigo, donde los progenitores podrán solicitar auxilio a las autoridades y, a su vez, si lo viesen necesario corregir a los hijos. La doctrina habla que no se debe llevar a cabo con la intención de sancionar actos ilegales, sino que es una consecuencia del deber de educación con finalidad pedagógica. Por lo que, todos aquellos actos que fuesen más allá de esa finalidad se consideran como extralimitaciones de las facultades de los progenitores y provocan las consecuencias correspondientes, tanto en el orden

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, vol. IV, 2.a ed., Madrid, 1982, pág. 366.

civil como en el orden penal. Respecto al primero, el maltrato de los padres pueden provocar el depósito de los hijos y ser causa de desheredación y, en cuanto al segundo, el castigo excesivo puede llegar a constituir un delito⁹⁹.

Por esto, la patria potestad consiste en el deber inherente a los padres respecto a sus hijos, en el cual están obligados desde el nacimiento de los mismos a ejercerlo conforme al interés y bienestar de ellos. En la legislación española existen diferentes garantías de protección a los menores y a los hijos para evitar la violencia familiar, respecto al tema que nos ocupa, consideramos que es conveniente comentar y analizar la Ley Orgánica 8 /2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

5.1.3 Ley Orgánica 8 /2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia

El 5 de junio de 2021 fue publicada la Ley Orgánica 8/2021, con la finalidad de adecuarse el ordenamiento jurídico español a las ratificaciones internacionales asumidas en esta materia¹⁰⁰. Tiene como finalidad la protección de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes, así como su integridad física y psíquica frente a cualquier tipo de violencia, que es definida como toda acción u omisión que prive a los menores de sus derechos y bienestar, siendo indiferente los medios utilizados para realizarla. Se incluye como medidas de defensa la sensibilización, la prevención y detección precoz, así como la reparación de los derechos vulnerados¹⁰¹.

Si bien ha habido otros textos legislativos como son la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, o la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que han regulado la protección

⁹⁹ MARLASCA MARTÍNEZ, O.: *op. cit.*, págs. 150 y 151.

¹⁰⁰ ILELLA LLOP P. “Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia”. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, núm. 22, 2022, pág. 84.

¹⁰¹ Disponible en <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/> (última vez consultado en fecha de 28/06/2024).

a los menores, esta ley aborda la materia desde una perspectiva mucho más amplia¹⁰².

Cabe mencionar que produce modificaciones en distintos textos legales vigentes en el ordenamiento jurídico, concretamente en: la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el Código Civil, la Ley General Penitenciaria, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley General de Publicidad, el Código Penal, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género, la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores, la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, la Ley reguladora de la autonomía del paciente, la Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, la Ley de la jurisdicción voluntaria y la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (modificadora de la LOPJ)¹⁰³.

En cuanto al contenido, el texto hace especial referencia a la importancia de la responsabilidad parental y, en rasgos generales, alude a los derechos de los menores a ser oídos y escuchados en los procesos judiciales y, trata el deber de comunicación a las autoridades de las situaciones de violencias, así como que se respete su mejor interés por encima de cualquier otro y a no sufrir ningún tipo de violencia. En su regulación destaca la trascendencia de las legislaciones internacionales de las que forma parte el Estado Español en materia de protección de los derechos de los niños. A fin de construir un contexto social jurídico al respecto, ampliamos el espectro a un análisis internacional.

5.2 Normativas internacionales sobre la protección de los menores

La comunidad internacional ha entendido la familia como elemento fundamental de la sociedad y medio natural para el desarrollo y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños, por lo que en aras de la protección de los derechos humanos, que en palabras de Truyol y Serra¹⁰⁴, los “derechos humanos” se refieren a la existencia de derechos que posee el hombre por el hecho de ser hombre, debido a su

¹⁰² GARCÍA BERNALT I. Y. “Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia”, *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, núm.2, 2022, pág. 412.

¹⁰³ ILELLA LLOP P.: *op. cit.*, pág. 85.

¹⁰⁴ TRUYOL Y SERA, A., *Los Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984, pág. 11.

naturaleza y dignidad, se han creado distintas normativas y tratados de carácter internacional. Sobre ello, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su preámbulo señala que “*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tiene por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”, entendiéndose que la persona humana tanto individualmente como en un grupo familiar es objeto de protección por parte de la sociedad y del Estado¹⁰⁵.

Por lo anteriormente expuesto, nos es de interés mencionar algunos de los Convenios y Tratados internacionales ratificados por España, en el ámbito familiar, concretamente en materia de protección los menores, entre ellos:

- La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada como tratado internacional de derechos humanos por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. En ella se crean unas normativas de defensa a los niños y se les reconoce como individuos con plenos derechos de desarrollo físicos y psíquicos¹⁰⁶. Tiene 3 protocolos que la complementan: El protocolo relativo a la venta de niños y la prostitución infantil; el protocolo relativo a la participación de los niños en conflictos armados; y el protocolo relativo a un procedimiento de comunicaciones para presentar denuncias ante el Comité de los Derechos del Niño¹⁰⁷. Los principios en los que se basa esta convención, son: la no discriminación; el interés superior del niño; el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y, la participación de los menores en las situaciones que les afecten procurando que sus opiniones sean tenidas en cuenta¹⁰⁸.

- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de

¹⁰⁵ CRISTINA ERRÁZURIZ T. “Sobre la protección internacional de la familia”, *Revista Chilena De Derecho*, núm.2, 2024.

¹⁰⁶ UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, Convención sobre los Derechos del Niño, Madrid, junio de 2006. Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derchos.pdf.

¹⁰⁷ Disponible en <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino> (última fecha de consulta 28/06/2024).

¹⁰⁸ Disponible en <https://www.unicef.es/causas/derechos-ninos/convencion-derechos-ninos> (última fecha de consulta 28/06/2024).

diciembre de 2007. En el artículo 3 establece la protección a los menores: *“La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”*¹⁰⁹.

- Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Se trata de un tratado multilateral que tiene como fundamento regular las medidas de protección a los menores en situaciones de conflicto transfronterizos¹¹⁰.
- Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como sobre sustracción internacional de menores¹¹¹.

Por último, comentar que, a causa de estas diversas normativas, España se ha adaptado a las exigencias emanadas de los organismos internacionales con el fin de respetar y completar los derechos inherentes de todos los niños y niñas en nuestro ordenamiento jurídico.

6.CONCLUSIONES

Tomando en consideración lo expuesto, hemos podido analizar a partir de la nueva redacción del artículo 30 del Código Civil, la evolución que ha habido para la adquisición de la personalidad desde la tradición romana hasta la contemporaneidad. Partiendo del concepto de persona como titular de derechos y obligaciones hasta el estudio de los requisitos que computan para considerar nacidos a los hijos y, sobre los poderes que tienen los progenitores sobre ellos. Con el fin de poner en manifiesto la importancia al respeto de los derechos humanos que son intrínsecos a todas las

¹⁰⁹ Disponible en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/5/el-tratado-de-lisboa> (última fecha de consulta 28/06/2024).

¹¹⁰ Disponible en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/child-protection> (última fecha de consulta 28/07/2024).

¹¹¹ Disponible en https://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/647947-regl-2019-1111-ue-de-25-jun-competencia-el-reconocimiento-y-la-ejecucion.html (última vez consultado 28/06/2024).

personas, así como a los niños y niñas, debiéndose proteger a los menores durante su infancia y adolescencia de toda clase de violencia.

I.- Comenzamos planteándonos qué se entiende por persona y, por tanto, quien es titular de la personalidad jurídica. Hoy en día todo ser humano por el hecho de serlo tiene atribuida la condición de persona, por lo que es sujeto de derecho y tiene capacidad jurídica y de obrar. Sin embargo, esta concepción no siempre fue así, partimos que, en la legislación del derecho romano clásico, no todas las personas tenían la cualidad de ser sujetos de derecho e incluso, algunos seres humanos, no tenían siquiera condición de persona sino de cosas, como pasaba con los esclavos.

II.- En el derecho romano, quien poseía capacidad jurídica, debía de cumplir con una serie de requisitos, tanto relativos al nacimiento como al estatus social. Por lo que, únicamente lo sería el varón ciudadano romano que hubiese nacido libre, pues tenía un triple estatus de privilegio, de ciudadanía y de libertad, se le denominó como “*paterfamilias*”. El resto de personas comportaban una condición llamada “*alieni iuris*” en la que estaban sometidos a la potestad de ese *paterfamilias*. Era el caso de la mujer que se encontraba en un segundo plano dentro de la estructura social de la época, y de los hijos e hijas quienes debían obediencia plena a la voluntad del padre. En suma, el único sujeto de derecho en la antigua Roma era el *paterfamilias*.

III.- Dentro de los muchos poderes que la legislación romana le otorgaba en el ámbito familiar, este podía ejercer la *patriapotestas* sobre sus descendientes. En un primer momento se constituyó como un poder perpetuo, no obstante, no quedaría inalterado pues parte de los juristas de la época comenzaron a criticar dicha potestad; pues, era común que, por medio de su uso, se actuara con crueldad y se cometieran atrocidades. Aunque, en la actualidad se cree que en la práctica su ejercicio estaba bastante limitado y la conciencia política terminó disuadiendo su uso. Aun así, demostramos que existió y que formó parte de la historia del derecho romano, estando amparada su regulación bajo la Ley de las XII Tablas.

IV.- Entre las facultades más destacadas que la componían, se encontraba, el derecho de decidir sobre la vida o la muerte de los hijos, así como castigarlos según su voluntad. También se le atribuía el derecho de venderlos como si fueran de su propiedad, el

derecho de exponerlos en un lugar público y, si eran considerados “deformes” por lo que no cumplían con los requisitos de la adquisición de personalidad que era tener “figura humana” podían ser abandonados o asesinados. De igual manera, poseía el derecho de entregar a los hijos si hubiesen cometido algún delito a la persona perjudicada, para que cumplieran su castigo y desatendían cualquier consecuencia que eso produjese a los mismos. En síntesis, como venimos desarrollando en el presente trabajo, se expone la amplia variedad de potestades de las que era titular el padre sobre sus hijos, los cuales sufrían de maltratos y abusos que hoy día son contrarios a los derechos humanos.

V- Esta realidad de superioridad se fue limitando hasta que es, en la época de Justiniano, que se terminan de abolir la gran mayoría de poderes al ser considerados como anacrónicos y anticuados a la legislación imperial del momento. Con el transcurso de los años se fueron produciendo distintas modificaciones legales hasta llegar a la actualidad, donde se prima el respeto por los derechos fundamentales intrínsecos a cada ser humano y se redactan numerosas normativas internacionales de protección a los niños en su infancia y adolescencia. Las cuales han transformado la concepción de la *patriapotestas* de un poder de supremacía ante los hijos, a un derecho y deber por parte, ahora sí, de ambos progenitores, consistente en la protección y asistencia a los hijos, velando siempre por el interés superior del menor. Mencionamos la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 en donde se estipula que todos los miembros de la familia tienen igualdad de derechos y, por tanto, todos los humanos son personas y sujetos de derechos.

VI.- A modo de cierre, este trabajo ha examinado el impacto que ha tenido el derecho romano en la estructura familiar y su influencia en el ordenamiento jurídico español, pues, aun en 2011 se establecía como requisitos para adquirir la personalidad que el nacido tuviera figura humana y hubiese pasado veinticuatro horas fuera del seno materno. No es hasta que se termina de adaptar estas las normativas internacionales que se promueve la actual redacción donde se suprime estos requisitos por ser contrarios al entorno jurídico cultural y se estipula como criterio único el nacimiento con vida y plena desunión del cuerpo de la madre; por lo que, podemos afirmar que, hoy por hoy, en la legislación española se considera a un recién nacido como sujeto de derecho y legalmente protegible.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- ALBURQUERQUE SACRISTÁN, J. M., “Personalidad y capacidad jurídica”, en AAVV. (CASADO RAIGÓN R., Coord.): *La prestación de alimentos entre parientes*, Ed. Universidad de Córdoba, vol. 1, Córdoba, 2005.
- AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., AMUNÁTEGUI PERELLÓ, CARLOS F., “Origen y función de la mancipatio”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, núm. 33, 2011.
 - “El origen de los poderes del Paterfamilias I: El paterfamilias y la patria potestas”, Ed. Dykinson, Madrid, 2009, pág.159.
 - “El origen de los poderes del Paterfamilias I: El paterfamilias y la patria potestas”, en *Revista de Estudios Histórico jurídicos*, 2006.
- ANTÚNEZ Y VILLEGAS, L. E., “Sobre la institución persona”, en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012.
- AULO GELIO, Noct. Att., V,7.
- BONFANTE, P.: *corso di diritto romano. Vol. I - Diritto di famiglia*, Ed.Roma, Attilio Sampaolesi, Roma, 1925.
- CRISTINA ERRÁZURIZ T. “Sobre la protección internacional de la familia”, *Revista Chilena De Derecho*, vol.21, núm.2, 2024.
- D’ORS, A.: “El Código de Eurico”, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), 2014.
- DE LA CASAS DE LEÓN, M. E.: “Las connotaciones de la Patria Potestas sobre los Filius Familiae: Especial referencia a las personas con discapacidad”, en AAVV. (Calzadilla Medina, M.A. (dir.) y Hernández López, C. (coord.): *Estudios jurídicos sobre la eliminación de la violencia ejercida contra la infancia y la adolescencia*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
 - DE LAS CASAS DE LEÓN, M. E.: *Las máximas “mater semper certa est” y “conceptus pro iam nato habetur”: su evolución hasta el derecho actual*, Ed. Dykinson, Madrid, 2020.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV. *Derecho de familia y Derecho de sucesiones*, vol. IV, 2.a ed., Madrid, 1982, pág. 366.
- FERNÁNDEZ BAQUERO, M^a Eva, “El derecho romano y la adquisición de la

personalidad civil, según el artículo 30 del Código civil”, en Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, 17, 2013.

- Nacimiento de la persona. Pasado y presente. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, Vol.16, núm.2, 2013.*
- “El derecho romano y la adquisición de la personalidad civil, según el artículo 30 del Código Civil”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15, 2012.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, *Derecho Privado Romano, Derecho Privado Romano*, Iustel, 4ª ed., Madrid, 2011.
- FUENTESECA DIAZ, P.: *derecho privado romano*, Ed. Sánchez A. Gráficas, Madrid, 1978.
- ILELLA LLOP P. “Análisis de la Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia en España: los derechos de los menores implicados en procedimientos judiciales en materia de familia”. *Revista Sobre La Infancia Y La Adolescencia*, núm. 22, 2022.
- KASER, M., *Derecho romano privado*, Ed. Boletín Oficial del Estado (BOE), Madrid, 2022.
- MARLASCA MARTÍNEZ, O., “Limitaciones al ejercicio de la patria potestad. De Roma al Derecho moderno”, en Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto, vol. 48, nº2, Bilbao, 2000.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en AAVV: (PABLO CONTRERAS P., Coord.): *Curso de Derecho Civil I. Volumen II. Derecho de la persona*, 7ª ed., Ed. Edisofer, Madrid, 2011.
- MEJIDE CALVO, A.: “El *nasciturus* como sujeto del derecho. Concepto constitucional de persona frente al concepto pandectista-civilista”, *Cuadernos de bioética*, núm. 54, 2004.
- MENTXAKA ELEXPE, R.M., “Nota mínima sobre algunos modelos familiares en los tres primeros siglos del Imperio Romano”, *Iura vasconiae revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, núm. 10, 2013.
- MONTERREAL ALEMÁN, A.: “Precisiones terminológicas sobre ostentum D.50,16,38 (Ulpianus libro 25 ad Edictum)”, en AAVV. (GARCÍA SÁNCHEZ, J., Dir.): *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*, vol.2, 2021.
- MURILLO VILLAR, A.: “Actualidad del derecho romano y su valor en la

- formación del jurista moderno”, en AA.VV. (ÁLVAREZ MALLONA, M.B., Coord.): *Estudio sobre principio generales y derecho romano*, Ed. Universidad de Flores-UFLO universidad, Argentina, 2022.
- NÓTÁRÍ T., “Some Remarks on ius vitae ac necis and ius exponendi”, *The Journal on European History of Law*, núm.2, 2011.
 - PANERO GUTIÉRREZ, R., *Derecho Romano*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
 - PARMA M. “*El nasciturus: antecedentes jurídicos y estado actual de la cuestión*”.
 - POLO ARÉVALO, E. M.: “Origen y significado del principio "conceptus pro iam nato habetur" en Derecho Romano y su recepción en Derecho histórico español y en el vigente Código Civil”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 11, 2007.
 - RIBAS ALBA, J.M.: “El concepto de persona: culminación de la antropología jurídica romana”, en AAVV (GUERRERO M.-PERIÑÁN. B, Eds.) *Persona, derecho y poder en perspectiva histórica*, Ed. Comares, 2014.
 - RODOLFO ARGÜELLO, L.: *Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2000.
 - ROSSO ELORRIAGA, G.F., *Los límites de la responsabilidad objetiva. Análisis en el ámbito de la responsabilidad extracontractual desde el derecho romano hasta el derecho civil latinoamericano moderno*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2017.
 - SUÁREZ BLÁZQUEZ G. “Aproximación al tránsito jurídico de la patria potestad desde Roma hasta el Derecho altomedieval visigodo”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.17, 2013.
 - TRUYOL Y SERA, A., *Los Derechos Humanos*, Ed. Tecnos, Madrid, 1984.
 - UNICEF COMITÉ ESPAÑOL, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, junio de 2006.

FUENTES

Código Justiniano

— CJ 1,4,2436.

— CJ 7,16,145.

Código Teodosiano

— CTh 3,3,1.

— CTh 4,8,6.

— CTh 5,9,134.

— CTh 5,9,235.

— CTh 5,10,1.

— CTh 9,13,1.

Digesto

— CELSO D. 38,16,7.

— MARCELO D. 11,8,2.

— MARCIANO D. 48,9,5.

— PAPIANO D. 35,2,9,1.

— PAPIANO D. 37,12,5.

— PAULO D. 1,5,12.

— PAULO D. 1,5,142.

— PAULO D. 4,5,11.

— PAULO D. 50,16,129.

— PAULO D. 50,16,215.

— ULPIANO D. 25,3,1.

— ULPIANO D. 25,4,1.

— ULPIANO D. 28,2,12.

— ULPIANO D. 38,16,1,8.

— ULPIANO D. 48,8,2.

— ULPIANO D. 50,16,141.

— ULPIANO D. 50,16,195,2.

— ULPIANO D. 50,16,135,26.

— ULPIANO D. 50.16.195,1-2.

Instituta

— GAYO 1,11.

— GAYO 1,117.

— GAYO 1,119.

— GAYO 1,120.

— GAYO 1,132.

— GAYO 1,160.

— GAYO 1,161.

— GAYO 1,162.

— GAYO 1,48.

— GAYO 1,52.

— GAYO 1,55.

— GAYO 1,83.

— GAYO 1,89.

— GAYO 1,99.

— GAYO 2,203.

— GAYO 4,75.

— GAYO 4,76.

— GAYO 4,79.

Ley de las XII Tablas

— Ley de las XII Tablas T. IV,2.

— Ley de las XII Tablas T. IV,242.

— Ley de las XII Tablas T. IV,1.

LEGISLACIÓN

— Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

— Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

— La Constitución española de 1978.

— El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1996.

- La Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.
- Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica.
- Ley Orgánica 8 /2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.
- Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007.
- Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996.
- Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019.

JURISPRUDENCIA CONSULTADA

- STC 44/2023, de 9 de mayo.
- STC 53/1985, de 11 de abril.
- STC 212/1996, de 19 de diciembre.
- STC 116/1999, de 17 de junio.

PÁGINAS WEB

- <https://dle.rae.es/persona>.
- <https://dpej.rae.es/lema/personalidad-jur%C3%ADdica> (fecha de la última consulta 10 de abril de 2024).
- umed.net/diccionario/jaor/GLOSARIO%20JURIDICO%20LATINO%20LETRA%20N.ht.
- <https://www.mjusticia.gob.es/es/ciudadania/tramites/certificadocertificacion>
- <https://etimologias.dechile.net/?familia>.
- <https://www.rae.es/dpd/estatus>.
- <https://www.rae.es/dpd/paterfamilias>.
- <https://dle.rae.es/potestad>.
- <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16351-claves-de-la-lo-8-2021-de-proteccion-integral-a-la-infancia-y-la-adolescencia-frente-a-la-violencia/>.
- <https://www.unicef.es/publicacion/convencion-sobre-los-derechos-del-nino>.