

LA *IURISDICTIO* DEL HIJO *IN POTESTATE* SOBRE SU PROPIO PADRE COMO  
EXCEPCIÓN A LA LLAMADA JURISDICCIÓN DOMÉSTICA

JUAN RAMÓN ROBLES REYES  
*UNIVERSIDAD DE MURCIA*

I. PLANTEAMIENTO HISTÓRICO

En las Instituciones de Gayo<sup>1</sup>, así como de los textos de la compilación Justiniana, se describe un orden en la familia romana, con un precedente jurídico remoto, como eran las XII Tablas, pero que, a pesar del transcurso del tiempo, se mantuvo en sus líneas esenciales hasta la época de Justiniano. Ciertamente, las costumbres fueron cambiando a lo largo de los siglos, especialmente por influencia de la filosofía y religión, pero el elemento personal esencial en la familia romana seguía siendo el *pater familias*. En él convergían todas las competencias jurídicas, estando legitimado, con exclusividad, para adoptar cualquier decisión importante en el ámbito de la *domus*, comenzando por el derecho de vida o muerte sobre sus descendientes sometidos<sup>2</sup>, tal y como recogían las XII Tablas, y continuando, por ceñirnos al ámbito doméstico, a la adopción de las resoluciones a los conflictos que se planteasen entre los habitantes de la misma<sup>3</sup>. Son muchos los textos que, en obras jurídicas o literarias, reflejan este poder omnimodo del *pater familias*<sup>4</sup>. Posteriormente la filosofía estoica y el pensamiento cristiano contribuyeron a la dulcificación o

<sup>1</sup> Sobre patria potestad vid. *Gai. Inst.* 1,55: 1,97 ó 1,127; *Inst.* 1,8 y 1,9; D. 1,6 sobre las personas independientes y las sometidas.

<sup>2</sup> XII Tablas, *Tab. VI,2 Endo liberis iustis ius vitae necis venundandique potestas ei esto*. Vid. RASCÓN GARCÍA, C. Estudio comparativo de la versión de las XII Tablas de Maymó y Ribes (1712-1775), en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, pp. 320 y ss. León 1997.

<sup>3</sup> Val. Max. 8,4,1.

<sup>4</sup> Valerio Máximo nos relata como el *pater familias* aplicaba personalmente la tortura al esclavo condenado por la comisión de un delito, llegando incluso a la muerte, o bien permitía a la víctima del delito que le infligiera personalmente la pena al esclavo. Ulpiano admite tal solución, siempre que en la administración de la pena no se extralimitase el extraño. *Ulp. 57 ed.* D.47,10,15, 34 en relación con *Ulp. 57 ed.* D.47,10,15, 42 al establecer que no se podrá maltratar por un extraño al esclavo ajeno, contra los límites que marcan las buenas costumbres, ni con la autorización del legítimo dueño. Constantino prescribe que sea acusado de homicidio quien abuse inmoderadamente de su derecho de propiedad, estableciéndose al efecto por los compiladores un capítulo expresamente dedicado a la corrección de esclavos en C.9,14.

humanización del trato a las personas sometidas, especialmente a esclavos. En fragmentos como *Gai. Inst.* 1,53<sup>5</sup>; C.8,46(47),10 (*Const.* 323); *Gai Inst.* D.1,6,1,2, o *Ulp. 8 de off. proc.* D.1,6,2, se puede comprobar esa mejora en el trato de los sometidos al *pater familias*, aunque esta evolución no supuso extinción de ese poder paterno<sup>6</sup>. Casi siempre suelen ser cuestiones económicas las que están detrás de los textos que nos informan de la existencia y pervivencia de patria potestad a lo largo de los siglos. Muestra de ello es que en los textos del Corpus, y con referencia a la época postclásica, se recoja la figura del peculio *quasicastrense*, como una forma de que los *filiusfamilias*, que desempeñaban puestos en la administración como altos funcionarios, pudiesen sustraerse de la obligación de entregar sus salarios a los padres<sup>7</sup>. Igualmente se recoge la referencia a la concesión imperial de libertad, respecto de la potestad paterna, en la propia época justiniana, y de forma excepcional, a los pertenecientes al rango de excelsos varones patricios<sup>8</sup>, debiéndose entender que respecto a los restantes estamentos sociales se mantenía vigente la sujeción a aquella potestad.

Como consecuencia de esa facultad que tenía el *pater familias* de decir lo que era justo o injusto en el ámbito de la *domus*, y su entorno familiar y patrimonial, se fue gestando por los juristas en la Recepción el concepto de jurisdicción doméstica, a pesar de que, como señala Mommsen<sup>9</sup> este tipo de jurisdicción no aparece recogida con tal nombre en los textos clásicos. El hecho

<sup>5</sup> *Gai, Inst.1.53 Sed hoc tempore neque civibus Romanis nec ullis aliis hominibus qui sub imperio populi Romani sunt, licet supra modum et sine causa in servos suos saenire; nam ex constitutione sacratissimi imperatoris Antonini, qui sine causa servum suum occiderit, non minus teneri iubetur, quam qui alienum servuum occiderit...*

<sup>6</sup> La conciencia social romana se fue oponiendo al abuso en el ejercicio de la patria potestad y la *pietas* limitó su rigor. El emperador Trajano obligó a un padre a emancipar a su hijo maltratado y le hizo perder la herencia del hijo (D. 37,12,15). Adriano, subrayando que la patria potestad debía consistir en el afecto y no en la crueldad, deportó a un padre que en una cacería mató a su hijo por cometer adulterio con la madrastra (D. 48,9,5). Constantino castigó a quien dio muerte a su hijo (C.Th.9,15,1=CJ.9,17,1). En las Instituciones justinianas (Inst. 1,8,1 y ss), se dice expresamente que los dueños tienen, por derecho de gentes la potestad de la vida y la muerte sobre sus esclavos, pero, a continuación se reprime la excesiva aspereza en el trato de los amos, al igual que se prohíbe ensañarse sobremanera o matar a los esclavos sin causa reconocida por las leyes. En C.6,1,2 (*Dioc. Max.* 294-305) se reconoce el derecho del amo para perseguir a su esclavo fugitivo, con la anuencia del presidente de la provincia, pudiendo aplicar muy duras penas, pero, en las constituciones siguientes, se contienen diversas limitaciones para mitigar el rigor de los amos. A principios del s. III encontramos una constitución -C.8,8,81 (*Ant.212*)- en la que un hijo, *sui iuris*, según manifiesta, litiga por los bienes de su madre, mientras que, al mismo tiempo, aquél es demandado por quien dice ser su padre, en reclamación del reconocimiento de la *patria potestad*, lo que evidencia la persistencia de la institución.

<sup>7</sup> Sobre peculio *quasicastrense* vid. D'Ors, A. *Manual de Derecho Romano* p.288, Navarra 1977; C.12,30, *De castrensi omnium platinorum peculio*.

<sup>8</sup> C.12,3,5 (*Just.*) *Sancimus, viros excelsos patricios, ...praestitis patresfamilias effici ac potestate liberi paterna...*

<sup>9</sup> Mommsen, Th, *Derecho penal romano*, T.I, p.2. En *Call. 1 de cogn.* D. 50,14,5 establece el jurista una clasificación de los tipos de jurisdicción, sin que la jurisdicción doméstica aparezca ni tan siquiera citada.

de que no se considerase por los juristas clásicos a la jurisdicción doméstica como un tipo diferenciado de jurisdicción es fácil de entender, si consideramos que, técnicamente, no se podía admitir como tal, habida cuenta que adolecía de los elementos esenciales de la *iurisdictio* pública, como eran la intervención de magistrados públicos, el sometimiento a normas y procedimiento legítimos y, finalmente, la adopción de la resolución por un juez independiente e imparcial. A pesar de ello, se producía una coordinación entre ambos ámbitos jurisdiccionales, sin que existiese conflicto entre ellos. Parece ser, a la luz de los textos, que no era infrecuente que en los supuestos de delitos de tipo privado (no en los *crimina*), se permitiese que primeramente actuase el *pater familias* dictando una resolución ejemplificadora, de forma que dejase satisfechos a perjudicados y magistrados, no siendo precisa la intervención de la jurisdicción pública<sup>10</sup>. Muestra de esa coordinación, -incluso se podría hablar de colaboración-, entre jurisdicciones, encontramos la constitución dada por el emperador Alejandro en el año 227, en donde se afirma, expresamente, que el hijo debe respeto a su padre, pudiendo éste castigarlo con severidad si persevera aquél en su actitud de desobediencia. Pero, lo que más destaca en esta constitución, es que se autoriza al *pater familias* para que presente al hijo ante el presidente de la provincia, indicando a éste la sentencia que se ha de dictar.

C.8,46(47),3 (Alex.227) *Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare no potuit: quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perserveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris.*

En esta constitución se observa como se actúa primero dentro del ámbito familiar<sup>11</sup> y, de no ser este suficiente, por perseverar el hijo en su actitud contumaz, se insta al padre a presentar al hijo ante el presidente de la provincia

<sup>10</sup> En relación con los supuestos de comisión de delitos de esclavos o hijos contra el *pater familias* vid, *Gai. Inst.*4,78; En C.9,15,1 encontramos una constitución en la que se reconoce la facultad de corrección de los que allí llama ancianos, sobre los *propinquis* o parientes, pudiendo castigar los vicios de las costumbres de estos de acuerdo con su facultad de corrección doméstica. Precedente de esta intervención personal del *pater familias* nos la aporta Aulo Gelio, en aquel famoso episodio en el que un padre da muerte a su hijo por desobedecer su <sup>10</sup>orden de no atacar al enemigo (*Aul. Gell. Not. Att.* 17,21)<sup>10</sup>, o de Asconio, cuando nos refiere que ante una resolución absolutoria del tribunal doméstico, el magistrado inició procedimiento contra el absuelto sin respetar el principio de cosa juzgada. También es conocida la competencia de los Consejos de Familia para enjuiciar a las matronas que se hubiesen prostituido (*Suet. Tib.* 35,2;) *Dion. de Hal.* 2.25.6 recoge que los padres de la mujer, de acuerdo con el marido, juzgarían a la mujer acusada de adulterio o descubierta después de beber vino o, como en el caso de Publilia y Licinia, que habían asesinado a sus maridos (*Val. Max.*6,3,8)..

<sup>11</sup> Vid. C.8,46(47),4 (*Val. Gal.*259) en donde a propósito de un mujer viuda que solicita protección del emperador frente a las injurias recibidas de sus hijos por controversias familiares, expresamente señala que se deben de *terminar dentro de casa*, *Congruentius quidem videtur intra domum, inter te ac filios tuos si quae controversiae oriuntur terminari...*

*..eumque praesidi provinciae oblaturus..* quien, se deduce que actuaría como juez de forma personal, dictando la sentencia que el padre quisiere *..quam tu quoque dici volueris*. En C.9,15,1, tras reconocer la facultad de corrección doméstica paterna, se indica que si la atrocidad del hecho excedía de este ámbito, debían de conocer los jueces<sup>12</sup>.

Esta situación se veía alterada en los supuestos en que el *pater familias* o el hijo *in potestate* ostentaban el cargo de magistrado con competencias jurisdiccionales.

## II. CUESTIONES DERIVADAS DEL HECHO DE QUE PATER FAMILIAS, O FILIUS FAMILIAS, OSTENTES EL CARGO DE MAGISTRADO CON COMPETENCIA JURISDICCIONAL

Se suscitaron en Roma, a lo largo de los siglos, diversas cuestiones que alteraban el orden competencial jurisdiccional ordinario. Nos vamos a centrar en dos de ellas, cuya importancia radica en el hecho de que los órdenes jurisdiccionales doméstico y público se entrecruzaban, debiendo arbitrarse soluciones que permitiesen la compatibilidad entre ambos. La primera cuestión que abordaremos es la que debió de plantearse cuando un *pater familias* fuese magistrado con competencia jurisdiccional y tuviese que seguir procedimiento contra su hijo. Otra situación es la derivada del hecho de que un *filiusfamilias*, que, de acuerdo con la organización administrativa romana podía ser elegido cónsul<sup>13</sup> o pretor, tuviese que seguir procedimiento jurisdiccional en el que intervenían sus padres u otros familiares a los que debía respeto.

En el primer supuesto, la solución nos viene dada por Ulpiano en D.2,1,10 al prescribir de forma expresa que aquél que ejerza la jurisdicción no lo podrá hacer ni sobre sí mismo, ni sobre las personas que tiene consigo:

Ulp.3 ed. D.2,1,10 *Qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet neque uxori vel liberis suis neque libertis vel ceteris, quos secum habet.*

De acuerdo con este fragmento, el que tiene la jurisdicción no puede ejercitarla sobre sí mismo, ni sobre esposa, hijos, libertos y cuantos están en esta situación, *...quos secum habet*. De este modo, el *pater familias*, cuando se encontrase en un supuesto en el que intervenía alguna persona de las citadas había de, o bien actuar como particular, administrando justicia *iure patriae potestatis*, o bien, acudir al colega en la magistratura para que fuese éste quien actuase como magistrado y la resolución dictada no estuviese viciada de nulidad.

Con relación a la segunda cuestión planteada, hay que partir de la posibilidad que tenía el hijo *in potestate* de llegar a desempeñar alguna magistratura pública. En este supuesto son abundantes las referencias a las relaciones entre padre e hijo alterando el orden competencial general. Pomp. 16 *ad Q. Muc.* D. 1.6.9.

<sup>12</sup> C. 9,15,1 (*Valent. Valen.* 365) *..Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet enormis delicti reos dedi iudicium notioni.*

establece que el hijo de familia es considerado como *pater familias* en los asuntos públicos, como son el actuar como magistrado o ser nombrado tutor.

*Filius familias in publicis causis loco patris familias habetur, veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur.*

De acuerdo con lo expuesto, una vez elegido magistrado el hijo *in potestate*, podía éste desarrollar su actividad pública como si de un *pater familias* se tratase, incluso ejerciendo como tutor. De esta regla de derecho se derivarán multitud de consecuencias y situaciones. Así, podía el hijo, si ostentaba el cargo de pretor romper sus limitaciones familiares emancipándose ante sí mismo o dándose en adopción, como señala Paulo en D.1,14,2<sup>14</sup>. En similares términos se expresa Paul. 4 *ad Sab.* D. 1.7.3 al referirse a la posibilidad del hijo de familia, que fuese cónsul o gobernador, para darse en adopción o emanciparse de forma personal interviniendo él mismo como magistrado<sup>15</sup>, o hacerlo respecto a sus propios hijos como señala Mod. 2 *reg.* D.1.7.4.<sup>16</sup>

Más problemática, en esta materia, es la sorprendente afirmación de Afr. 3 *quaest.* D. 5.1.77 abriendo la posibilidad de que en negocios privados pueda el hijo ser juez de su propio padre, y, a la inversa, el padre de su hijo, ...*In privatis negotiis pater filium vel filium patrem iudicem habere potest.* lo que se justificaría según el fragmento siguiente, Paul. 16 *ad Plaut.* D. 5.1.78, *porque dicha función es considerada cargo público ..quippe iudicare munus publicum est.*

Estos dos fragmentos suscitan evidentes problemas de interpretación. La propia formulación de ambos como *regulae* generales no referidas a un caso concreto los hace sospechosos, si no de estar alterados, sí, al menos, de que pudieran ser un aprovechamiento justiniano de frases sacadas de su contexto. Su colocación en el Digesto es totalmente aislada, sin ninguna conexión con los fragmentos que les preceden o siguen y, su procedencia, dos autores distintos, permite pensar que originariamente pudieran estar referidos también a distintas argumentaciones. Acudiendo a la Palingenesia se observa que el primer fragmento aparece en la reconstrucción leneliana de la obra de Africano con el mismo aislamiento argumental<sup>17</sup>. Es en el segundo de los fragmentos comentados, la brevísima frase de Paulo, donde Lenel conjetura la conexión con el tema del *filius familiae* que ocupa una magistratura. Lenel supone que la rúbrica general

<sup>13</sup> En *Inst* 1,12,4 se dice expresamente que si el hijo hubiere estado en la milicia, o sido nombrado senador o cónsul, permanece bajo la potestad de su padre. Sólo las personas que hubieren adquirido la *summa patriciatu dignitatis* se verían liberadas de la patria potestad, como una concesión imperial.

<sup>14</sup> Paul. 4 *ad Sab.* D. 1.14.2. *Sed etiam ipsum apud se emancipari vel in adoptionem dari placet.*

<sup>15</sup> Paul. 4 *ad Sab.* D. 1,7,3: *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat.*

<sup>16</sup> Mod. 2 *reg.* D.1.7.4 *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipari filios suos et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est.*

<sup>17</sup> Aparece, con el número 15, como el primero del libro 3 *questionum*. Los fragmentos que siguen tratan preferentemente de *fideiussores* que garantizan promesas estipulatorias.

del libro 16 de los comentarios *ad Plautium era De manumissionibus*; la frase recogida en D.5.1.78 formaría parte de un fragmento más largo<sup>18</sup> que estaría encabezado por el texto de D. 40.2.18.2, fragmento bastante oscuro, que permite al hijo manumitir ante su padre con consentimiento del mismo<sup>19</sup>, a continuación supone Lenel que se habría suprimido la frase

*in publicis enim causis filius familias loco patris familias habetur*<sup>20</sup>  
*itaque et pater filium et filius patrem iudicem habere potest*<sup>21</sup>

El fragmento terminaría para Lenel con la conclusión general, por lo demás evidentísima, de que juzgar es una tarea pública.

De aquí viene la interpretación de estos fragmentos según la cual el hijo que puede juzgar a su padre es el hijo magistrado, quien, como hemos visto en D. 1.6.9; D.1.14.1 y D.1.14.2 se considera como *sui iuris* en las causas públicas. Sin embargo esta explicación no es absolutamente satisfactoria. Ante todo hay que observar que el texto de Africano habla de *iudex* y no de magistrado, el de Paulo de *iudicare*. Si pensamos en el proceso formulario es evidente que no puede referirse al *filius* que ocupa una magistratura, puesto que éste no “juzgaba”, sino que encauzaba el proceso a través de su *iurisdictio*, a menos que lo refiramos a algunas hipótesis ciertamente alambicadas, como la de un hijo magistrado que se nombraba juez a sí mismo en la litis contestatio realizada ante él, lo cual resulta ciertamente difícil de admitir, o que era nombrado juez en la autorizada por otro magistrado distinto. Por eso pensamos que estos textos se pueden entender sin necesidad de pensar en el hijo magistrado.

La cuestión final que se nos plantea es la confirmación de si, en general, un hijo in potestate podía actuar como juez, en el sistema formulario ya que, en el cognitorio, al tratarse de una función pública con autoridad delegada del emperador, no habría problema. En este último sistema procesal el hijo de familia in potestate podría ocupar un cargo de funcionario imperial con funciones judiciales, del mismo modo que ya antaño, había podido ostentar sin impedimento las magistraturas republicanas. La posibilidad de que un *filius familias* actuase como juez en el procedimiento *per formulas* viene avalada por Paul. 17 ed. D. 5.1.12.2 *in fine* cuando señala que no importa que el nombrado juez por el Pretor esté o no *in potestate*

*Qui possunt esse iudices, nihil interest in potestate an sui iuris sint.*

Por otra parte Ulp. 21 ed. D. 5.1.15 pr<sup>22</sup>. establece que si un juez, hijo de familia, prevarica al dictar la sentencia, queda obligado mediante la *actio adversus*

<sup>18</sup> Bajo el número 123.

<sup>19</sup> *Filius quoque voluntate patris apud patrem manumittere poterit*. Sesuele interpretar refiriéndolo a la *manumissio vindicta* hecha por un hijo ante su padre magistrado dueño del esclavo. Hipótesis, por lo demás, muy retorcida,

<sup>20</sup> El principio general establecido por *Pomp. 16 ad Q. Muc.* D. 1.6.9.

<sup>21</sup> Lo que coincidiría con *Afr. 3 quaest.* en D. 5.1.77, aunque sería *in publicis causis*, y no *in privatis negotiis*, lo cual, evidentemente es muy distinto.

<sup>22</sup> *Filius familias iudex si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quae tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat.*

*iudicem qui litem suam fecit* en la cuantía del peculio y se le obliga a responder del verdadero importe del litigio. Luego no era necesario que un hijo de familia fuera magistrado para que pudiera ser juez, y ello se explica por el ingrediente bifronte, privado y público, de la función judicial en el proceso formulario. De una parte el *iudex* es *privatus* no sólo porque él mismo es un ciudadano particular, sino porque lo eligen libremente las partes poniéndose de acuerdo sobre su designación. En tal sentido no habría ningún inconveniente en que el designado fuera un *filius familias* siempre que los litigantes convinieran en ello. Pero, por otro lado, la función de juzgar es un *munus publicum* como afirma rotundamente la frase de Paulo en D. 5,1,7 que estamos comentando. Es decir, que el *iudex*, ciudadano privado, al ser elegido por los contendientes, aparece revestido de un carácter público para ese asunto, y, como es tradicional, un *filius familias* puede asumir cargos públicos. Parece que por tanto no hay que acudir para interpretar estos fragmentos a la hipótesis de que el *alieni iuris* que juzga a su padre en asuntos privados sea un hijo que, previamente, ha sido nombrado magistrado. Basta con que los contendientes lo designen, aunque resulta bastante impensable que una de las partes aceptase como juez al hijo sometido a la patria potestas del otro contendiente. Por ello, la formulación viene expresada como una regla general, como la enunciación de un principio teórico, y no referido a un caso concreto, que probablemente no se dio jamás en la práctica.

### III. CONCLUSIÓN

Como conclusión, se puede afirmar que, una vez más, el ingenio jurídico romano supo flexibilizar y hacer compatibles, la antigua estructura jurídica familiar con el sistema jurisdiccional público. Se consiguió que, sin hacer perder al *pater familias* su ámbito de autoridad doméstico, pudiesen los *filius familiae* participar en la actividad jurisdiccional, como magistrados y jueces, manteniendo el equilibrio entre la reverencia y respeto paterno, con el cumplimiento de los fines superiores de servicio a la *res publica*.

