

## «LIBER IUDICIORUM 4,5,5»

### En torno a las limitaciones de la *patria potestas*

1. Quiero ocuparme de *Liber iudiciorum* 4,5,5<sup>1</sup>, la célebre *antiqua* de los *leudes*, pero no es mi propósito referirme al sentido atribuible a este discutido término, sino tan sólo a la regulación que allí se hace de las adquisiciones de los hijos. Me complacería que estas reflexiones merecieran la aprobación de mi querido maestro d'Ors, de mi también maestro Merêa y del gran maestro de la Historia medieval D. Claudio Sánchez-Albornoz, a quien rendimos este homenaje.

No haré una historia de los trabajos sobre nuestra debatida *antiqua*, porque puedo remitirme al breve pero magistral estado de

---

#### 1.

##### *Liber* 4,5,5

De his, que filii patre vivente vel matre videntur acquirere.

Filius, qui patre vel matre vivente aliquid adquisierit. sive de munificentia regis aut patronorum beneficiis promeruerit, et exinde aliquid cuicumque vendere vel donare voluerit, iuxta eam condicionem, que in aliis nostris legibus continetur, in ipsius potestate consistat; nec sibi aliquid, dum filius vivit, exinde pater vel mater vindicare presument. Quod si inter leudes quicumque, nec regis beneficiis aliquid fuerit consecutus, sed in expeditionibus constitutus de labore suo aliquid adquisierit, si communis illis victus cum patre est, tertia pars exinde ad patrem perveniat, duas autem filius, qui laborabit, obtineat.

##### F. Juzgo 4,5,5

De lo que ganan los hijos viviendo el padre o la madre.

El hijo que gana alguna cosa, viviendo el padre o la madre, del rey o de su señor, e lo quisier dar o vender, puedelo bien fazer, assi como es de suso dicho en otra nuestra ley; ni el padre ni la madre non pueden ende nada demandar en la vida del hijo. E si alguna cosa gañar el hijo en hueste o por su trabajo, si bive con el padre de so uno, la tertia parte deve aver el padre, e las dos partes deve aver el hijo por su trabajo.

la cuestión que acompaña al reciente estudio de Merêa<sup>2</sup>. Sin duda alguna, la mayor aportación para el esclarecimiento de esta *antiqua* la ha proporcionado d'Ors<sup>3</sup> al proponer una nueva lectura de la primera parte de la ley, poniendo de relieve que allí se distinguen adquisiciones en general y lo que se recibe por donación del rey o del patrono; es decir, tres supuestos distintos en donde se veían solamente los dos últimos, como si se siguiera la versión de F. Juzgo<sup>4</sup>. Sobre la base de esta lectura de d'Ors, que resalta la importancia del *aliquid adquisierit* omitido por la generalidad de los autores, hizo Merêa una nueva interpretación de la ley 4,5,5 en la que llega a unas conclusiones que coinciden en lo fundamental con las sostenidas por mí en una breve consideración en sede de mejora<sup>5</sup>. Celebré extraordinariamente el coincidir con tan ilustre y admirado maestro, pero me ha hecho meditar, como no podía ser menos, su afirmación de que no todas mis argumentaciones merecían su aprobación<sup>6</sup>. Fruto de esta advertencia ha sido el haber desechado una de mis afirmaciones: concretamente aquella en que basaba la adquisición de las ganancias —*aliquid adquisierit*— de la primera parte de la ley.

Después de lo dicho, ya casi se hace innecesario repetir que me parece totalmente aceptable la tesis fundamental de Merêa "que a liberdade de disposiçao concedida por esta lei respeita aos filhos que não vivem com o pai, pois os que com ele vivem adquirem, em principio, para o pai, e não para eles propios". Pero, por más esfuerzos que hago no acabo de encontrar viable el camino del peculio

2. P. MERÊA, *A ley 4,5,5 da Lex Visigothorum e o poder paternal do direito visigótico*, en *BFDC*. 41 (1965) 63-81.

3. A. D'ORS, *Dudas sobre "leudes"*, en *AHDE*. 30 (1960) 644.

4. Cuesta trabajo creerlo, sobre todo en autores extranjeros, pero resulta extraordinariamente esclarecedor. No es tan aceptable, sin embargo, que F. Juzgo nos dé una versión falsa. F. Juzgo, si no me equivoco nos da una versión actualizada de *Liber* 4,5,5, y para ello tiene que suprimir *aliquid adquisierit*, porque en el Derecho postgótico el hijo debía traer a colación lo que ganara incluso fuera de la casa paterna. Pero no se explica como consecuencia de esto el suprimir el plural y dejar *de suso dicho en otra nuestra ley*.

5. A. OTERO, *La mejora*, en *AHDE*. 33 (1963) 55 n. 79.

6. MERÊA, *A Ley 4,5,5* cit. p. 81 n. 39.

para llegar a la explicación de la segunda parte de la *antiqua*. Casi todos los autores han partido de la hipótesis de la utilización del peculio castrense para justificar las adquisiciones del hijo *leude in expeditionibus constitutus*. Mas tal presupuesto ha llevado a d'Ors a apreciar una categoría inferior en los *leudes*, cuando haría superior la de sus padres, y obliga a Merêa al esfuerzo de considerar que el tercio de los *bona castrensia* atribuidos al padre sería compensación por la falta de la colaboración del hijo. No; no puede satisfacerme el camino del peculio porque sigo convencido de que los peculios eran ya desconocidos en el Derecho visigótico. *Liber iudiciorum* habla sólo de peculio del siervo, y San Isidoro<sup>7</sup>, aunque no sea una gran autoridad, dice que el *peculium* pertenece a los menores solamente. Es que la emancipación emerge y el peculio se sumerge.

2. El peculio es un instituto que tiene su plena razón de ser en un régimen de patria potestad concebida como un poder absoluto y perpetuo.

Como consecuencia del carácter absoluto de la *paterna potestas* romana, en el campo de las relaciones patrimoniales, el único sujeto jurídico en el seno de la familia es el *pater*, a quien corresponde un poder de disposición ilimitado. El hijo es órgano de adquisición para el padre; todo lo que adquiere pasa automáticamente a engrosar el patrimonio paterno. El antiguo principio que excluía toda capacidad patrimonial al *filiusfamilias*, consecuencia del carácter absoluto de la *potestas*, se mantendría siempre formalmente en vigor, pero, por el continuo e incesante reconocimiento de los peculios, fue objeto de tantas y tan graves excepciones que se ha podido decir que acaba por tener una aplicación muy limitada.

Fue por diversas causas, pero siempre con el fin de paliar el carácter absoluto de la *potestas*, por lo que se fueron introduciendo los distintos peculios. El primero, el *peculium profecticium*, es quizá el más estrictamente peculio. El *peculium castrense* supone ya una negación del derecho del padre a hacer suyo todo lo adquirido por el hijo, al permitir a éste disponer, incluso por testamento, de los bienes adquiridos *in castris* o con ocasión del servicio militar, pues el padre

7. Isidoro, *Etymologiae* 5,25,5.

sólo adquiriría, *iure peculii*, si el hijo moría sin haber dispuesto de dichos bienes. Menos radical, en este sentido, me parece el régimen del *peculium advenitiuum*, que, constituido originariamente por la herencia materna, según lo dispuesto por Constantino (CTh. 8,18,1 = Brev. 8,9,1), se fue extendiendo por leyes sucesivas y, después de la ampliación de Justiniano, llegó a estar constituido por todo lo que el hijo adquiriera *et non ex paterna substantia*; pero el padre tenía sobre él, prácticamente, un derecho de administración y usufructo.

Los peculios, sin embargo, limitaban solamente el carácter absoluto del poder del padre, pero no su perpetuidad. La limitación en este sentido fue operada por la emancipación, y especialmente por la llamada emancipación legal. La emancipación, pues, al producirse, haría innecesarios los peculios. A pesar de todo, el sistema de los peculios siguió siendo objeto de atención por los juristas en Oriente, pero no en Occidente. En Occidente, por el predominio de categorías prácticas, se abandonaría, porque se habría hecho inútil desde la consagración de la emancipación.

Fue importante limitación del derecho del *pater*, aunque no la más grave, la determinada por Constantino (CTh. 8,18,1 = Brev. 8,9,1) al establecer que la herencia de la madre fuese adquirida siempre formalmente por el padre, pero sin el derecho de disposición. El padre sigue siendo formalmente propietario de lo que el hijo recibe de la herencia materna y, por extensión sucesiva, de legados, donaciones nupciales y todo lo que adquiriera *et non ex paterna substantia*.

Pero mucho más importante y trascendental respecto al poder del padre y correlativa capacidad del hijo es el contenido del párrafo segundo de la mencionada constitución (CTh. 8,18,1) y de su otra constitución del año 319 (CTh. 8,18,2 = Brev. 8,9,2). Constantino determinó que si el *pater* quería convertir a su hijo en *paterfamilias*, emancipándolo, por haber llegado a una edad legítima, debería darle su parte de la herencia materna -- después, los bienes a los que se extendió la medida hasta alcanzar todo lo recibido o adquirido por el hijo sin bienes del padre -- y reservarse un tercio, que se denominó premio de la emancipación. Es éste, sin duda, uno de los acontecimientos más trascendentales en la historia de la emancipación --respectivamente de la patria potestad-- y un dato de los más

valiosos para conocer el proceso seguido hasta lograr su introducción frente a la *patria potestas*, que por su carácter perpetuo le era incompatible.

La emancipación habría aparecido antes, y debió de nacer como un instituto destinado a soslayar los obstáculos que a los hijos de familia suponía el *status familiae*. La liberación de la *paterna potestas* se compensaría, primero, con la atribución al padre de una expectativa hereditaria como *parens manumisor*. Ahora, en el sistema introducido por Constantino, la renuncia del *paterfamilias* a sus derechos por la emancipación se compensó mediante una transacción basada en el cómputo del usufructo, que era prácticamente su derecho sobre los bienes del hijo desde la introducción de la reserva de los *materna*<sup>8</sup>. Además de esta compensación de un tercio de los bienes maternos —y después de los adventicios—, el padre sigue como *parens manumisor*, situación en que se le ha de mantener hasta la introducción de la llamada emancipación legal. Esta sería, pues, la base de la emancipación establecida por Constantino. Se computó el derecho del padre —prácticamente un usufructo ahora— por un tercio de la propiedad del hijo emancipado, que el padre retenía para sí como precio, más bien que como premio, de la emancipación.

Aún así las cosas, la patria potestad del Derecho romano cesaba sólo por la muerte del padre. La *patria potestas* conservaba, aunque sólo formalmente, su carácter perpetuo. Lo más característico de ella, aun en el Derecho justiniano, es que se trata de una situación permanente e indeleble, a no ser por voluntad del *pater*. Y la emancipación sólo había sido posible a través de un medio introducido en la práctica, desde que el pretor había concedido la *bonorum possessio* a los hijos emancipados. Pero se debe recordar asimismo que la salida de la casa paterna para prestar el servicio militar representaba una especie de emancipación, y, a partir de Augusto, se le reconoció a los *filiifamilias* el derecho de adquirir y disponer de su peculio castrense. Dentro de una semejante línea de hechos, era frecuente también en el Bajo Imperio la emancipación voluntaria de los hijos que alcanzaban la mayor edad. Por este camino, se llegaría

<sup>8</sup> Vid. OTERO, *La mejora* cit. pp. 19 ss.

a la limitación más trascendental de la *patria potestas*, es decir, a la limitación de su carácter perpetuo, mediante la consagración de la llamada emancipación legal por alcanzar la mayoría de edad.

El acontecimiento más importante en la historia de la *patria potestas* debe ser, si no me equivoco, la limitación temporal que se le hace en la Nov. 35 de Valentiniano III (= Brev. 12) del año 452. Valentiniano III dispuso que, en el caso de vivir los ascendientes y no existir hijos, debe pasar la mitad de la donación o de la dote a los padres del cónyuge premuerto. En el caso de existencia de hijos, si la mujer muere intestada, el marido tendrá el usufructo y la administración de todos sus bienes hasta que los hijos alcancen la edad de veinte años, en cuyo momento debe entregarle la mitad de dichos bienes y detentar la otra mitad durante su vida. Estamos, a mi parecer, en el momento de nacimiento de la cuota hereditaria de los ascendientes —la mitad de la donación o de la dote—, que aparece significativamente ligada a la otra gran novedad: la emancipación por imperativo legal o, mejor, limitación legal de la perpetuidad de la *patria potestas*, porque, si bien se mira, la constitución de Valentiniano III no denomina emancipación y, estrictamente, emancipación es sólo la voluntaria. Sin embargo, a pesar de que se debe hablar de caída de la emancipación, todavía se podría decir que tiene sentido hablar de emancipación legal si se demuestra que se mantiene el principio de que la *patria potestas* es un poder perpetuo, cosa difícil de probar en el Derecho occidental. Sin embargo, cuota de ascendientes y emancipación por edad están en relación, y una ha posibilitado la otra. Antes, como se recordará, el padre heredaba del hijo como *parens manumisor* y, desde Constantino, se compensaba también con el tercio premio de la emancipación. Con la caída de la emancipación, al fijarse legalmente la costumbre de emancipar al hijo que cumplía veinte años y, con posterioridad, al que se casaba, el padre ya no era realmente *parens manumisor*, sino que lo era la ley, y así ya no sería cabalmente emancipación, sino limitación o liberación de la patria potestad. La situación se solucionaría de dos formas: en el caso de cumplir veinte años, para compensar al padre, que perdía también su expectativa de *manumisor*, se concedió una legítima de los ascendientes de la mitad de los *materna*, que el padre retenía con el doble

fin de garantizar su expectativa hereditaria y de compensar su derecho de *patria potestas*; después, con el matrimonio, según veremos recogido en C. Eurico, conceder siempre al padre el premio de la emancipación en caso de matrimonio, porque el casamiento surtía también efectos legales de emancipación. Si bien se mira, se trata de la caída de la emancipación voluntaria al introducirse la llamada emancipación por imperativo de la ley; en cierto modo, caída de la emancipación al establecerse legalmente una limitación temporal de la *patria potestas*.

Esto es lo que sucede en el Derecho romano de Occidente, y que se plasmó en el Derecho vulgar romano-visigodo. En Occidente se consagra la llamada emancipación legal por contraer matrimonio y por alcanzar una determinada edad, lo cual supone terminación del carácter perpetuo de la *patria potestas*, puesto que debe —quizá solamente debería decirse puede— cesar al casarse o alcanzar cierta edad el hijo. Pero este proceso no debió de operarse en Oriente, en donde, por consiguiente, no podrá hallarse de emancipación legal, pues no parece haberse recibido la Nov. 35 de Valentiniano III. No se consagró la limitación de la *patria potestas* por alcanzar una edad, ni tampoco, consecuentemente, se extendió al matrimonio lo establecido por Constantino para la emancipación voluntaria. Así, pues, en el Derecho justiniano la *patria potestas* conservaría su carácter perpetuo; no cesaba, pero se podía liberar de ella al hijo por la emancipación voluntaria. De esta manera se explican las modificaciones de Anastasio y de Justiniano acerca de la necesidad del rescripto del príncipe, sin parangón en Occidente por razones obvias y no sólo por la caída del Imperio. Y se justifica también la relevancia en Oriente de la venia de edad, inapreciable en Occidente desde que se introdujo la limitación temporal de la *patria potestas*, que la hacía menos necesaria o innecesaria.

CE. 321 plasmará definitivamente esta evolución. Siguiendo la constitución de Constantino (CTh. 8,18,1), regula el derecho del padre sobre los *bona materna* en caso de emancipación, ahora emancipación legal por matrimonio. Corresponde al padre un tercio de dichos bienes como premio de la emancipación, pero se califica de usufructo el derecho sobre él, que en Constantino era propiedad, por influencia de la interpretación postclásica plasmada

en CTh. 8,18,9, que había reducido a usufructo los derechos de ambos cónyuges sobre las aportaciones nupciales. CE. 321 establece a continuación la otra forma de la llamada emancipación legal al cumplir el hijo veinte años, introducida por Valentiniano III en su Nov. 35, y ya recogida en *Interpr.* CTh. 8,18,1, otorgando al padre en dicho caso el derecho a retener la mitad de los *bona materna* del hijo, como garantía de su cuota hereditaria en caso de inexistencia de descendientes. Esta disposición de Eurico se reproduciría sin modificación en *Liber* 4,2,13, por lo cual podemos suponer que sería el régimen seguido durante todo el período visigodo.

La patria potestad del Derecho visigótico había perdido, en cierto modo al menos, su carácter de perpetuidad, puesto que podía cesar al producirse el casamiento del hijo o al cumplir éste cierta edad. Creo que debemos insistir en afirmar que podía, puesto que no hay base suficiente para suponer que estos acontecimientos hicieran que cesara automáticamente, aun a pesar de los términos *statim recipiat* y *restituat portionem* de CE. 321 y *Liber* 4,2,13, que no veo totalmente imperativos, y que nos prueba no serlo *Liber* 4,2,18 en su parte final.

En este ambiente del Derecho visigótico hubieron necesariamente de adquirir relevancia otros supuestos de hecho, y se plantearían dudas sobre el destino de las adquisiciones de los hijos y de su capacidad de disposición sobre ellas.

Se notará que vamos a entrar —y ya va siendo hora— en muestra *antiqua* 4,5,5. Mas este salir y entrar, bajar y subir y des-hacer y hacer facilitará el rematar brevemente esta aventura en el terreno de los *leudes*.

3. La *antiqua* 4,5,5 tiene dos partes, según estamos todos acordes en admitir, y la segunda parece estar formulada en relación con la primera.

La primera parte de *Liber* 4,5,5 establece:

El hijo que viviendo el padre o la madre adquiriere alguna cosa, o mereciere algo de la munificencia del rey o de beneficio del patrono, y de ello quisiere vender o donar tenga facultad de hacerlo según la forma que en otras leyes se determina, y

sobre ello, mientras el hijo viva, no puedan reclamar nada el padre o la madre.

Es decir, el hijo que adquiriere alguna cosa o mereciere algo del rey o del patrono adquiere plenamente, según lo establecido en otras leyes, y puede disponer. Y, para reforzar la afirmación, se añade que, mientras el hijo viva, el padre o la madre no puedan reclamar nada. Con esto se niega el derecho del padre sobre estas adquisiciones del hijo, pero se deja a salvo su derecho a suceder, que sería por la única razón por la cual se cita a la madre.

Llama la atención que Zeumer<sup>9</sup>, ante el claro plural del texto de la ley —*que in aliis nostris legibus continetur*—, se haya limitado a citar solamente *Liber 5,2,2*, relativa a las donaciones regias. Parece claro que, por lo menos, se alude a tres supuestos: donaciones del rey, beneficios del patrono y otras adquisiciones. Las donaciones regias tenían un régimen especial, recogido en *Liber 5,2,2*, y sobre ellas, ni siquiera sobre las hechas a los hijos en potestad, no hay limitaciones o derechos de disfrute por parte del padre<sup>10</sup>. El régimen de las donaciones del patrono estaba regulado desde antiguo en *Liber 5,3*. Queda, por consiguiente, el tercer cauce de adquisiciones y su justificación, que sería el problema necesitado de esclarecimiento. Nuestra ley 4,5,5 se referiría además a CE. 321 —después a *Liber 4,2,13*— y también a *Liber 4,2,18* ó, más bien, primero, a su antecedente, ya que no podría ser a esta ley de Chindasvinto.

Los hijos, según lo establecido en CE. 321 y *Liber 4,2,13*, adquirirían dos tercios o la mitad de los *bona materna* al casarse o al cumplir veinte años respectivamente. Aunque estas leyes nada dicen sobre el particular, debemos suponer que, a partir de entonces, los hijos podían disponer de estos bienes y podían adquirir cualesquiera otros. Se hace necesario, puesto que se aplicó al matrimonio el régimen fijado por Constantino (CTh. 8,18,1 = Brev. 8,9,1) para la emancipación y, sobre todo, por haberse recogido juntamente la limitación o cese de la patria potestad establecida en

9. K. ZEUMER, *M. G. H. Leges Visigothorum* (Hannoverae et Lipsiae 1902) p. 201 n. 3.

10. OTERO, *La mejora* cit. p. 54.

Nov. 35 de Valentiniano III (= Brev. 12) al cumplir el hijo veinte años.

Es necesario volver a repetir que, a pesar del aparente aspecto imperativo de estas leyes, el casamiento o los veinte años no surtirían efectos automáticamente, sino que sólo se producirían, y cesaría el poder del padre, a voluntad del hijo; esto es, cuando el hijo saliera de la casa paterna. El hijo mayor o que contraía matrimonio, pero que seguía en la casa paterna, viviendo con los padres, parece que continúa sometido a la *patria potestas*, e incluso no adquiriría para sí, sino para el padre. Parece probarlo *Liber* 4,2,18 y nuestra *antiqua* 4,5 5. La convivencia con los padres, en la casa, no creo obligado pensar que sea germanismo. Puede ser un nuevo factor, complemento necesario desde que se establece la posibilidad de poner fin a la patria potestad; es decir, que si sigue la convivencia es que no se ha puesto fin a la *patria potestas*.

El hijo que después de haber cumplido veinte años o después de casarse seguía viviendo en la casa paterna no adquiría la herencia de la madre, sin duda, e incluso no adquiriría para sí. *Liber* 4,2,18 es sumamente significativo a este respecto.

La ley *Patre defuncto* (*Liber* 4,2,18), al final<sup>11</sup>, establece tres

11. Creemos que se debe seguir la versión de la Real Academia, de la cual deriva F. Juzgo 4,2,19, porque la versión de Zeumer es difícilmente inteligible. Dice así:

*Liber* 4,2,18

...Quod si filius, habens uxorem et filios, patre vivente, discesserit, antequam ei pater suus omnem portionem, quae ei contingebat, implesset; et filii quos reliquerat, vivente avo, mortui fuerint, tunc illa relicta hoc tantum recipiat, quod in maritum patrem antea sequestravit. Nec plus illa vidua a socio vel cognatis requirat. Si vero filius cum patre in commune vivens nihil ab eo portionis acceperit, tunc illa vidua tantummodo accipiat quod ei tempore nuptiarum maritus eius donationis titulo noscitur contulisse. Si vero filius patris servans obe-

F. Juzgo 4,2,19

...E si el fiio era casado, e murió viviendo el padre ante quel diese el padre toda su partida quel pertiniese; e si mueren los fiios viviendo el avuelo, la muier del fiio deve aver aquello quel padre avie dado al fiio ante que muriese, y ella non puede mas demandar daquello. E si el fiio, viviendo con el padre, non recibiera nada del padre, estonze su muier del fiio non puede nada demandar daquellas cosas si non quantol diera su marido en arras. E si el fiio que quier seer obediente al padre, dexa tener al padre la buena de su

interesantes supuestos en este sentido. Se establece, en primer lugar, que si el hijo casado muere, sin dejar hijos, viviendo su padre y, por consiguiente, antes de haber recibido toda su parte de los *bona materna*, la viudedad del hijo no puede reclamar nada al suegro o a los cuñados de la tercia debida, puesto que el hijo no lo había adquirido, según lo estatuido en *Liber* 4,2,13, que determinaba que el padre la retenía hasta su muerte, debiendo dejarla a los hijos o a los nietos. En segundo lugar, se aclara que si el hijo, por seguir viviendo con el padre, no recibió nada de los *bona materna*, su viuda sólo puede recibir lo que se le hubiere donado con ocasión del matrimonio. Así, pues, si el hijo casado sigue viviendo en casa no adquiere los *materna*, puesto que se le niega a la viuda derecho sobre ellos. Todo parece indicar, además, aunque la ley no sea muy explícita, que el hijo sigue sometido a la patria potestad al continuar en casa, y no sólo no adquiere los *materna*, sino que cualesquiera otros bienes que ganare pasarían a engrosar el patrimonio paterno. Bien es verdad que la ley 4,2,18 no alude a los *extrinseca*, pero ello puede ser debido a que ya había dejado de hacerlo su antecedente C.F. 327 —separándose de C.Th. 5,1,8 y C.I. 6,56,5<sup>12</sup>— y, sobre todo, quizá, porque el hijo que sigue viviendo con el padre no sale de la patria potestad y, por consiguiente, no adquiere para sí; lo que nos acalará de confirmar nuestra *antiqua Liber* 4,5,5. En tercer lugar, por último, se determina que si el hijo por generosidad no pidió lo que le correspondía en la sucesión de la madre, permitiéndole al padre poseerla, puede donar los tales *materna* a

dientiam, res. quae eide materna secessionem competebant, patrem possidere permiserit, et postmodum eandem facultatem filio debitam, quam pater possidebat idem filius uxori suae, vel cuiuscumque concesserit, firma talis donatio in nomine uxoris, vel cuiuscumque conscripta manebit, si tamen filios de eodem viro non habuerit. Nam si filii suppresses extiterint ordo superioris legis erit incunctanter servandus.

madre, hy el fiio la diere despues de su muerte a su muier o a otri atal donacion puede valer si fiios non oviere en aquella muier; e si fiios oviere, los fiios lo deven aver.

12. Vid. OTERO, *La mejora* cit. p. 63 n. 92.

su mujer o a cualquiera, siempre y cuando no hubiere hijos, en cuyo caso se debe seguir lo establecido por otras leyes; es decir, por lo dispuesto en la ley *Dum illicita* (*Liber* 4,5,1). Debemos entender, pues, que, en este supuesto de contraer matrimonio o cumplir veinte años, el hijo que sale de la casa paterna se considera que adquiere su parte de la herencia *aunque deve tener al padre la buena*, y que se libera de la patria potestad y adquiere para sí.

Estos datos de la ley *Patre defuncto* (*Liber* 4,2,18) son bastante elocuentes, y, junto con la forma adversativa de la segunda parte de *Liber* 4,5,5, constituyen una base suficiente para afirmar que la libertad de disposición concebida por nuestra ley corresponde a los hijos que no viven con el padre, pues los que conviven con él adquieren para el padre, salvo los supuestos que se señalan de *regis beneficiis e inter leudes in expeditionibus constitutus*.

En efecto, *Liber* 4,5,5, después de decir que el hijo que adquiere algo o merece algún beneficio del rey o de un patrono puede disponer de ello, y su padre no puede reclamar nada, en forma claramente adversativa continúa enunciando el destino de las adquisiciones del hijo que vive con el padre; luego, es natural que en la primera parte se habla de los hijos que no viven con el padre, puesto que se le contrapone inmediatamente la situación de los hijos que conviven con él. Y que la contraposición se hace fundamentalmente con *si communis illis victus cum patre* y no con *si inter leudes in expeditionibus* nos lo demuestra la construcción de *quod* con dos condicionales, en cuyo caso, lógicamente, la última de las condiciones es la principal y decisiva.

Así pues, la segunda parte de la ley establece:

Pues si algún hijo convive con el padre y si en calidad de leude adquiere algo en campaña, pero no de beneficio del rey --repite--, la tercia de lo adquirido corresponde al padre, y el hijo que lo ganó obtenga los dos tercios.

Por consiguiente, el hijo que convive con el padre adquiere para éste, salvo las donaciones regias --sobre las cuales, incluso las hechas a estos hijos en potestad, no tiene el padre derecho alguno-- y lo ganado *inter leudes in expeditionibus*, de lo cual debía dar al padre un tercio.

Comprendo que, a primera vista, resulta tentador pensar que el Derecho visigótico configurara lo adquirido *in expeditionibus* como peculio castrense, puesto que la legislación visigoda es, en general, una continuación normal del Derecho romano. Sin embargo, el régimen establecido aquí difiere sensiblemente del romano, pues sobre los bienes castrenses el *pater*, prácticamente, no tenía derecho alguno, salvo el de suceder *iure peculii* en caso de morir el hijo sin haber dispuesto de dichos bienes. Se hace necesario, pues, pensar en una causa que justifique esta limitación del derecho del hijo, y Merêa pensó que sería una compensación al padre por la falta de la colaboración del hijo durante el tiempo de la campaña.

No puede convencer esta explicación de peculio castrense limitado o evolucionado, porque, he de repetirlo nuevamente, el peculio parece desconocido u olvidado en la época de nuestra *antiqua*, y se llegaría a esta situación precisamente por haberse hecho innecesario a consecuencia de la limitación del carácter perpetuo de la *patria potestas*, operada primero por la práctica de la emancipación y definitivamente después por la finalización de la *potestas* y consiguiente adquisición de capacidad por el hijo al casarse o al cumplir veinte años. Por otra parte, debemos pensar que una limitación del derecho del hijo sobre lo adquirido en campaña no sería una medida adecuada para fomentar el tan necesario concurso de los jóvenes en las expediciones militares, sino que más bien sería un freno.

Todo parece indicar que la *antiqua* 4,5,5 es leovigildiana<sup>13</sup>. En tiempos de Leovigildo se lleva a cabo una gran actividad bélica contra los suevos, que termina con la conquista del reino, y contra los invasores bizantinos. Esta situación de guerra sería la determinante de aquella serie de *antiquae* de *Liber* 9,2,1-7, que son también leovigildianas<sup>14</sup>, dirigidas a aquellos que *ad bellum non vadunt aut de bellum refugium*. En este ambiente no se comprende si no una disposición dirigida a premiar el concurso a las campañas militares. En estas circunstancias y con esta finalidad de estimular una especie, quizá, de alistamiento voluntario, se dictaría el régimen

13. A. D'ORS, *El Código de Eurico*, en *Estudios visigóticos* II (Roma-Madrid 1960) p. 241.

14. D'ORS, *El Código de Eurico* cit. p. 52.

especial sobre los *leudes* de la segunda parte de nuestra *antiqua*. Nada de reconocimiento de peculio castrense, sino algo más, concesión de lo que hoy llamaríamos —ya se ha denominado— emancipación por concesión de la patria; algo semejante a lo establecido por el Decreto ley de 7 de marzo de 1937, que consideró emancipados por concesión de la patria a quienes en tiempo de guerra y siendo mayores de dieciocho años se alistaren en el ejército o en la marina.

Así pues, el hijo que convive con el padre adquiere para éste. Pero si estos hijos que convivían con el padre adquirían algo *inter leudes in expeditionibus* se les concedía un privilegio consistente en considerarlos emancipados. El privilegio, en definitiva, consistía en considerar “emancipados” por imperativo legal los “bienes” adquiridos *in expeditionibus*. Y puesto que se aplicó la emancipación, se concedió al padre un tercio de dichos bienes. El tercio de las adquisiciones que nuestra *antiqua* concede al padre sería el tercio premio de la emancipación que Constantino había consagrado y que se aplicó a otros supuestos que se consideraron semejantes, como el matrimonio cuando se le atribuyeron efectos de emancipación.

No creo que sea imprescindible para nuestro propósito de hoy considerar cuáles serían los bienes ganados por el hijo sobre los que se atribuía un tercio al padre. No me imagino que preocupara la soldada, que ni siquiera existiría, según nuestro homenajeado Sánchez-Albornoz, ni tampoco el botín. Si no me equivoco, se trataría en este momento leovigildiano del transcendental problema de la toma y reparto de la tierra, básico en la concepción schmittiana<sup>15</sup> del *nomos* de la tierra, de la que me considero secuaz.

ALFONSO OTERO

---

15. C. SCHMITT, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum* (Colonia 1950); *Nehmen-Teilen-Weiden*, en *Gemeinschaft und Politik* I (1954) 18-27, trad. de A. Truyol, en *Boletín del Seminario de Derecho político de Salamanca* 2 (1954) 3-14.