

ascendientes, adquiere la patria potestad; y por eso á esta adopcion de los ascendientes la llaman los doctores *plena y perfecta*. Si por el contrario el que adopta, es un extraño, no se trasfiere la patria potestad al adoptante, sino que permanece en el padre natural, y por tanto el adoptivo se hace en este caso mas bien *alumno* que hijo; por lo cual la llaman los doctores adopcion *imperfecta ó ménos plena*. Pudiera alguno creer, que puesto que por la adopcion ménos plena ó imperfecta no se adquiere la patria potestad, no tiene efecto alguno. Pero se responde que no deja de tener efectos, porque el hijo adoptivo, aún cuando se haga hijo de familia, sucede sin embargo como hijo al padre adoptivo abintestato, §. 2. *Inst. h. t.* Digo *abintestato*, porque nada prohíbe al padre adoptante que, hecho testamento, prefiera y esclaya de la herencia esperada al hijo adoptivo. Pues la regla de que los hijos deben ser instituidos herederos ó desheredados, solamente pertenece á los *suyos*, ó constituidos en la patria potestad, no á los extraños, en cuyo número están los adoptados imperfectamente. Lo que hai de singular es, que siendo en los demas casos recíproco el derecho de suceder, no se observe así en este; pues que el adoptivo sucede al padre abintestato, mas no por eso el adoptante sucede al adoptado. Y esto proviene de que permaneciendo el hijo adoptivo en la potestad del padre natural, con razon es preferido este en la herencia de su hijo al padre adoptante.

§. CLXXXVII. [En España el arrogado no adquiere la cuarta parte de los bienes del arrogador, si este tiene hijos legítimos; en cuyo caso solo adquiriria el quinto, que es la parte que no se considera legítima de los descendientes.]

§. CLXXXVIII. [La real cédula de 11 de diciembre de 1796 introdujo, que cualquiera persona honrada que tenga medios para ello, pueda adoptar al huérfano abandonado ó al espósito que no reclaman sus padres].

TÍTULO XII.

MODOS DE ACABARSE EL DERECHO DE PATRIA POTESTAD.

§. CLXXXIX y CXC. Atendiendo á que las cosas contrarias se entienden y comparan mejor, si se ponen juntas, por esta razon, despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, se trata ahora de los modos con que se pierde ó acaba. Estos modos los derivamos de este solo principio: *por todos los modos por que se acaba el dominio quiritarío, por los mismos tambien se disuelve el derecho de patria potestad*; y lo demostramos en esta forma. Patria potestad era el dominio sobre los hijos (§. 136), y siendo así que ningun hombre usa sobre sus hijos de una facultad semejante á la que usaban los romanos, §. 2. *Inst. De patr. potest.*, se sigue que era un dominio propio de los ciudadanos romanos, y por consiguiente *quiritarío*. Luego por los mismos modos con que se acaba ó disuelve el dominio quiritarío, acaba igualmente la patria potestad.

§. CXCI. Vamos pues á ver cada uno de los modos que se deducen de este principio. Tal es, 1.º *la muerte natural* (1). Un muerto ya no es de este mundo, y por lo mismo nada puede tener propio: la muerte todo lo disuelve. No obstante, se debe hacer distincion entre los hijos de primero y ulteriores grados (2). Los hijos de

(1) « Por muerte natural se desfaze el poderío que há el padre sobre el hijo, ca luego que muere el padre, finca el hijo por sí. » *L. 1. tit. 18. Part. 4.*

(2) Como en España, segun queda dicho en la §. 138, no están los nietos bajo la potestad del abuelo, la muerte de este nada influye sobre acabarse ó no la patria potestad. Solo pues con la muerte del padre se disuelven los vínculos de la patria potestad, y se hacen *su*

primer grado, en verificándose la muerte del padre, al instante quedan libres de la patria potestad; mas no lo quedan los de grados superiores, si sobrevive alguna persona, en cuya potestad puedan recaer. Por ejemplo, en la *fig. 11. de la lám. II.* muere el primero dejando dos hijos, el segundo y el tercero; del segundo dos nietos, el cuarto y el quinto; y del cuarto un biznieto, que es el sexto. Todos estaban bajo la potestad del primero al tiempo de su muerte; pero en muriendo este, el segundo y el tercero quedan libres de la patria potestad, porque son del primer grado; el cuarto, quinto y sexto no lo quedan, porque son de grados superiores, sino que recaen bajo la potestad del segundo. Supongamos que muera el segundo: entónces el cuarto y quinto saldrán de la patria potestad, como que son del primer grado, y el sexto recaerá bajo la potestad del cuarto, sin que quede libre hasta que muera este último. II° *La muerte civil*, esto es, la capitis-diminucion máxima, y que equivale á la muerte, *L. 209, ff. De reg. jur.* porque por la máxima se hacia uno siervo, y por la média extranjero (*peregrinus*): es así que ni un siervo ni un extranjero podian tener á nadie bajo su potestad; luego esta se disolvía por la capitis-diminucion máxima y média. III° Tambien se dice que la patria potestad se disuelve por la capitis-diminucion mínima en la *adopcion plena*, si un ascendiente adopta á un descendiente y en la *emancipacion*, si uno libra de su potestad á su hijo. Pero el primer modo, mas bien trasfiere la patria potestad, que la disuelve; el último la disuelve propiamente, y no tardaremos en hablar de él.

§. CXCH. Hemos visto que la patria potestad se disuelve

juris los hijos; lo cual no obstante debe entenderse en el supuesto de que hayan mediado las relaciones, como dijimos en dicha nota. Y tambien debe exceptuarse el caso, en que el padre, que tiene hijos en su poder, se diere en arrogacion, conforme á la *L. 7. tit. 16. Part. 4.*

por la média capitis-diminucion, por la que se pierden los derechos de ciudadano; lo cual se verifica en el Derecho romano por la prohibicion del agua y del fuego, por la deportacion, ó por el destierro. De esta manera Ciceron, desterrado por P. Clodio, perdió todos los derechos de la ciudad y quedó extranjero, y por tanto no ejerció tampoco sobre su hijo é hija la patria potestad del Derecho romano, hasta que recobró sus derechos por los votos del pueblo. Se pregunta pues, si por la *relegacion* acaba la patria potestad? Se niega, porque hai mucha diferencia entre el destierro y la relegacion: aquel quita los derechos de ciudadano, y reduce al desterrado á la condicion de extranjero; pero esta, aunque quita el derecho de permanecer en la ciudad, deja salvo el derecho de ciudadano. Así, por ejemplo, Ovidio habia sido relegado al Ponto por Augusto, en castigo de no sé qué delito; mas no por eso dejaba de ser ciudadano romano; por lo cual distingue él cuidadosamente el destierro y la relegacion, y se congratula de que no le hubiera desterrado, sino tansolo relegado el emperador. Por eso dice en el *lib. 5. Trist. eleg. XI*:

*Nec vitam, nec opes, jus nec mihi civis ademit,
Nil nisi me patriis jussit abesse focis.
Ipse relegati, non exsulis, utitur in me
Nomine.*

Siendo así pues que por la relegacion no se perdian los derechos de caballero romano, es claro que tampoco se perdía por ella el dominio del derecho quiritarario, y por consiguiente tampoco se disolvía la patria potestad por la relegacion; que es lo que se trataba de demostrar. De lo mismo se deduce, que ninguna especie de dignidad quitaba el derecho de patria potestad; y así es que, bien

fuese el hijo cónsul, bien pretor ó sacerdote etc., permanecía con todo hijo de familia; y aún cuando en razon del oficio era tenido por padre de familia, en casa estaba bajo la potestad del padre, y todo lo que adquiria, era para este. Esto lo esplica mui bien Dionisio *Halic. lib. II. Antiq. rom.*, donde refiere que algunos hijos, revestidos de magistraturas y que arengaban al público con aplauso, habian sido arrancados de la tribuna por los padres, y azotados por siervos, á pretesto de que parecia que turbaban la república. Resulta pues que la lei establecia no disolverse la potestad del padre por la dignidad del hijo.

§. CXCIII. Justiniano mudó este derecho, pues quiso que por algunas dignidades acabase la patria potestad (1). En efecto, 1º al principio concedió este privilegio á los *patricios*, *L. ult. C. De consul.* Por patricios no se entienden aquí los descendientes de familias patricias, segun sabemos que antiguamente desde el tiempo de Rómulo se habia observado en Roma esta diferencia; sino que desde el reinado del gran Constantino, se solian llamar así los *primeros ministros del príncipe*, de quienes los emperadores se valian como de padres, y que venian á ser lo que en el siglo penúltimo los cardenales de Francia Richelieu y Mazarino. Á estos, si eran hijos de familia, los libraba Justiniano de la patria potestad de un particular aquel á quien el mismo príncipe tenia en lugar de padre. 2º Y como suele suceder que el honor concedido á uno sea pretendido de los otros, así fué que poco despues obtuvieron este privilegio los obispos, como padres espirituales, *Nov. 81. c. 3.*, y tambien los cónsules, prefectos del pre-

(1) En España se cuentan hasta doce dignidades que libran al hijo de la potestad del padre en la *L. 7 á la 15 del tit. 18. Part. 4.*, entre las cuales se cuenta la dignidad de consejero del rei, y otras semejantes á las que describe Justiniano en la *Nov. 81.*

torio, prefectos de la ciudad, generales y patronos del fisco, *Nov. 81. c. 4.* y *L. ult. C. De decur.* Se puede preguntar, ¿ si debe llamarse privilegio y beneficio el que uno quedase libre de la patria potestad? Podria parecer que no, por cuanto los hijos de familia sucedian á los padres abintestato; mas no los emancipados, y por eso mas bien debiera mirarse como una carga que como un beneficio, ser librado de la patria potestad. Pero se responderá, que en realidad era beneficio, porque (a) de esta manera se verificaba que cuando adquirian, no era para el padre, sino para ellos, siendo así que del otro modo adquirian para el padre. (b) Justiniano por dicha *L. ult. C. De consul.* y *Nov. 81. c. 2.* les habia reservado los derechos de familia. Luego, aunque salian de la patria potestad, retenian sin embargo el derecho de suceder; y así en las cosas favorables conservaban los derechos de familia y los perdian en las odiosas.

§. CXCIV. En el §. 491. dijimos, que tambien por la emancipacion se acababa la patria potestad, y así trataremos con alguna estension acerca de ella. *Emancipar* entre los romanos era vender alguna cosa por la moneda y el peso (*per aes et libram*), delante de cinco testigos ciudadanos romanos, otro que les exigia su testimonio (*antestatus*), y el fiel que tenia la balanza (*libripens*). Luego emancipar no es otra cosa que librar de la potestad paterna á los hijos por medio de esta solemne venta triple, y por consiguiente cuantas veces un padre libraba espontáneamente de su potestad á su hijo por este rito, otras tantas se decia que emancipaba. Y esto es mui conforme con el principio que sentámos en el §. 490., porque al modo que podemos desprendernos por medio de la venta de otras cosas constituidas en nuestro dominio, así tambien podemos desprendernos de los hijos. Hai tres clases de emancipacion; la *antigua*, derivada de las XII Tablas; la

anastasiana, que fué inventada por el emperador Anastasio, *L. 5. C. De emancip. lib.* y la *justiniana*, que introdujo Justiniano, *L. ult. C. De emancip. lib.* Vamos pues á hablar de cada una de ellas separadamente.

§. CXCIV. La primera es la *antigua*, por la que el padre á presencia de cinco testigos, el libripende y el antestado vendia á su hijo tres veces, y le manumitia otras tantas como á un siervo. Porque es de saber, que en primer lugar el padre vendia á otro su hijo á presencia de cinco testigos, y el comprador decia, echando una moneda en el peso : afirmo que este hombre es mio por derecho quirritario, pues le he comprado con esta moneda, que ha sido contrastada en ese peso de bronce (*hunc hominem jure quirritium meum esse ajo, est enim mihi emptus hoc ære, hoc enedque librâ*). Hecho esto, se llegaba el antestado al oïdo de los cinco testigos, y les encargaba que se acordasen de la venta. El hijo así vendido era despues manumitido como siervo. En seguida era por segunda vez vendido del mismo modo, y manumitido; lo cual se repetia tercera vez con los mismos ritos; y entónces tres veces vendido, y manumitido otras tantas, quedaba *sui juris* el hijo. He dicho ya que la razon de este rito debe buscarse en las XII Tablas. En ellas estaba dispuesto que un padre pudiera vender tres veces á su hijo (§. 438); luego, tres veces vendido y manumitido otras tantas, solia de la patria potestad. Debe observarse que tambien las hijas y los nietos podian ser emancipados; pero en la emancipacion de estos y de aquellas solo se hacia una venta. Por lo demas este rito solo duró hasta el tiempo del emperador Anastasio, en cuyo reinado se abolió.

§. CXCVI. Con efecto entónces se introdujo un nuevo modo de emancipar. porque el emperador Anastasio, *L. 5. C. De emanc. lib.* estableció, que si el padre queria emancipar á sus hijos, le bastaba alcanzar del príncipe un res-

cripto, y que esta emancipacion tenia los mismos efectos que la antigua, hecha por medio de ventas imaginarias. Lo que para esta clase de emancipacion se requeria, era, 1º un memorial (*litteræ supplices*) dirigido al príncipe por el padre; y 2º el rescripto del príncipe declarando al hijo por emancipado. Pero aún esto no dejaba de parecer muy molesto, porque si, por ejemplo, un ciudadano habitante de África queria emancipar á un hijo, se veía precisado á enviar su memorial á Constantinopla, y obtener allí el rescripto; cosa que no podia hacerse sin gran dispendio de tiempo é intereses. Justiniano pues acordó remediar esto, y al efecto estableció un modo de emancipar mucho mas fácil, del cual hablaremos en el párrafo siguiente, y cuya doctrina está en la *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVII. Efectivamente la emancipacion justiniana no se hace por el príncipe, sino ante un juez; y no ante un juez competente, sino ante cualquier juez, por ser un acto de jurisdiccion voluntaria. Requiere 1º que se comparezca ante un juez cualquiera, ya sea en dia de fiesta, ya en dia judicial; bien esté el juez en el tribunal, bien en su casa, porque los actos de jurisdiccion voluntaria, como no requieren citacion ni conocimiento de causa, pueden practicarse en dias de fiesta, y fuera de juicio, *L. 2. L. 8. C. De feriis. §. 2. Inst. De libertinis.* 2º Que tambien el hijo asista, y que consienta, pues hoy no puede ser emancipado ningun hijo contra su voluntad, sino tan solo consintiéndolo, *L. 5. C. De emanc. lib. Nov. 83. c. 44.* 3º Que el padre declare querer librar de su potestad á este hijo, y que el hijo declare conformarse con esta voluntad de su padre. 4º Que el juez lo escriba en las actas, ó segun la frase de ahora, que se registre en el protocolo; hecho lo cual se considera consumada la emancipacion, *L. ult. C. De emanc. liber.*

§. CXCVIII. Pregúntase, ¿ si el padre puede contra su

voluntad ser obligado á emancipar? (1) Por lo regular no puede segun nuestro principio (§. 190), porque la patria potestad es el dominio sobre los hijos; y al modo que nadie puede ser obligado á enajenar y abdicar su dominio, tampoco el padre puede serlo á emancipar los hijos constituidos en su potestad. Mas como en el §. *ult. Inst. h. t.* se dice, que *el padre casi de ningun modo está obligado*, y no se dice que absolutamente no pueda serlo, sino *casi de ningun modo*, se infiere que hai algunas escepciones de esta regla, esto es, algunos casos en que el padre, aún contra su voluntad, puede ser obligado á emancipar á sus hijos. Vamos pues á verlos : los doctores cuentan varios, y para que con mas facilidad puedan retenerse en la memoria, los reducen á estos versos :

(a) *Si genitor scævus sit, (b) prostituatque pudorem
Natae, (c) aut pupillo forsán damnosus adoptet ;
(d) Legat. m. aut (e) nummos capiat si hac conditione,
Invito solvi poterit genitore potestas.*

Pero en nuestros *Elementos*, en la nota al § 198 hemos notado, que algunos de estos casos son falsos, y que solamente hai tres causas por las que el padre puede ser obligado á la emancipacion. La 1.^a de ellas es, si el padre prostituye el pudor de su hija, es decir, si hace de alcahuete, y obliga á la hija á que comercie torpemente con su cuerpo, pues un malvado de esta clase no es digno del nombre de padre, y con razon le obligan las leyes á renunciar á su poder sobre la hija, *L. 12. C. De episc. audient. L. 6. C. De spectac.* La 2.^a es, si el padre espona ó permite que se esponga á un infante, pues entónces si este infante es criado y educado por otro, un padre tan desna-

(1) Véase la *L. 18. tit. 18 Part. 4.*, donde se cuentan cuatro razones, por que se puede cons'venir al padre que saque de su poder á su hijo.

turalizado no goza de ningun poder sobre él, y por lo mismo tampoco le heredará, aún cuando haya adquirido inmensas riquezas el niño espósito, *L. 2. De inf. exposit.* La 3.^a es, si el padre contrajere nupcias incestuosas, por ejemplo, si se casare con una tía paterna ó materna, si el suegro se casare con la hermana etc.; pues en tal caso los hijos del matrimonio anterior se libran de su potestad, aún contra su beneplácito, *Nov. 12. c. 2.* Los demas casos que añaden los doctores, no tienen, segun he advertido y demostrado en dicha nota, ningun fundamento en las leyes.

§. CXCIX. [En España acaba también la patria potestad por el casamiento del hijo, con tal que hayan mediado velaciones, de suerte que segun la *L. 3. tit. 5, lib. 10. Nov. Recop.* el casamiento por sí solo no basta, si no se sigue la bendicion.]

§. CC. [La emancipacion es además una gracia al sacar, y se hace en España acudiendo padre é hijo á la Audiencia del territorio, la que comisiona al juez del partido, para que forme el espediente justificativo de las causas alegadas; y despues de instruido y declarado completo, y de haber oído al fiscal de S. M., se remite á la seccion de gracia y justicia, donde en vista de todo se concede el permiso para que se formalize la correspondiente escritura con intervencion del juzgado.]

TÍTULO XIII.

DE LAS TUTELAS.

§. CCI. Sigue la última division, ó por mejor decir, subdivision de los hombres. La primera era, que los hombres ó son libres ó siervos : los libres, ó ingenuos ó liber-