

ambos cónyuges, tales efectos se producirán exclusivamente respecto de los hijos, es evidente que entre semejantes *efectos civiles* deberá contarse el de la *emancipación* del contrayente de buena fe; pero no en aquellos casos en que la declaración de *nulidad* consista en la *inexistencia* del matrimonio en virtud de motivos que demuestren no haber tenido lugar la celebración del mismo. Es preciso, al efecto, distinguir cuándo la declaración de nulidad es expresiva y determinante de la *anulación* de un matrimonio, en virtud de impedimento dirimente ignorado por uno ó por ambos cónyuges, esto es, el caso del matrimonio llamado *putativo*, de aquellos otros supuestos que se refieren al matrimonio con dicho impedimento conocido por ambos contrayentes, hipótesis en la que, según el párrafo final del art. 69, no surte efectos civiles sino respecto de los hijos, pero no de los contrayentes, ó en que se funde la declaración de nulidad en que el pretendido hecho del matrimonio no fué *tal*, y no puede decirse *realmente celebrado*, debiendo considerarse, no *putativo anulable* y *anulado*, sino *nulo* por *inexistente*. Es decir, que, si la *nulidad* significa *inexistencia* ó *existencia* y *anulación* por mala fe de los que lo contrajeron, entonces *no hay emancipación*; pero si fuese *existente* y *anulado* y celebrado con *buena fe* por parte de ambos ó de uno de los contrayentes, no obstante la declaración de *nulidad*, habrá *emancipación* para el uno ó los dos contrayentes que obraron de *buena fe*, según el criterio adoptado por los dos primeros párrafos del art. 69.

2.º Respecto de la *emancipación* por la *mayor edad* (núm. 2.º del artículo 314), además de lo dicho en otro lugar acerca de esta causa modificativa de la capacidad civil (1), es de advertir:

a. Á pesar de que la *mayor edad* empieza á los veintitrés años cumplidos, y el mayor es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las *excepciones* establecidas en casos especiales por el Código, según su art. 320, produciéndose la *emancipación* á tenor del núm. 2.º del art. 314, una de aquéllas es lo dispuesto en el 321 respecto de las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, que no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para *tomar estado* ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas: por donde resulta, en este caso, una *emancipación* de *efectos restringidos*, aunque por el brevísimo plazo de *dos años*, que casi no valía la pena de hacerlo materia de *excepción*, porque los mismos inconvenientes que la consideración del sexo ofrezca para que la hija mayor de edad abandone la casa paterna por virtud de su cualidad de *emancipada*, se ofrecen á los veintitrés que á los veinticinco años (2).

(1) Núms. 7 y 8, cap. 8.º, tomo II de esta obra.

(2) En la Memoria del Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1901, se lee:

«Las dificultades que en ocasiones ofrece la inteligencia y aplicación de las leyes dimanar unas veces de los términos de su redacción, de la obscuridad mayor ó menor

b. El *beneficio de la mayor edad*, que por *concesión del consejo de familia*, aprobada por el Presidente de la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal, puede otorgarse al menor de edad huérfano de

que rodea al pensamiento que contienen, de ambigüedades en la forma de expresión de equívocos empleados al traducir la idea ó el propósito, y en otras, de la naturaleza y especialidad del caso á que haya que aplicar el precepto legal, pues no es posible, por mucho que se generalice y precise, que la mente del legislador abarque, comprenda y prevea la variedad y matices de los hechos que la realidad ofrece en el curso de la vida, á los que es forzoso adaptar la ley. Las dudas que surgieron con motivo de un caso que excitó grandemente la atención pública sobre inteligencia, extensión y alcance del art. 321 del Código pueden comprenderse entre las que se fundan en el primer orden de dificultades, pues toda la discusión ha girado acerca de cuál fuese el pensamiento del legislador y hasta qué extremo y límites debe llevarse al establecer que las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía vivan, *como no sea para tomar estado*. La *mayor edad* empieza á los veintitrés años cumplidos; el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, y por la *mayor edad* tiene lugar la *emancipación*, á pesar de lo cual, al ampliar dicha mayoría, asustó sin duda al legislador la consideración de estas consecuencias si quedaba por virtud de ellas autorizada la mujer desde este momento para dejar la casa paterna, y le pareció que por razón de su sexo, de fama y estimación social, de costumbres públicas y de peligros que en el mundo pueden correr las jóvenes, se imponía la necesidad ó conveniencia de retenerlas bajo el techo paterno, bien ó mal de su grado, para que no les falte la sombra de la autoridad de sus padres, consejo, cuidado y asistencia hasta llegar al menos á la edad de los veinticinco años, límite anteriormente establecido para la *mayor edad*, desde el que puede ya suponerse mayor reflexión para defenderse contra cualquier género de asechanzas, ya que de todas suertes habría que señalar un límite á esta clase de tutela ó más bien de protección tuitiva, de la que solamente puede salir en este período de tiempo para *tomar estado* ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas. Ahora bien, ¿qué es lo que ha querido decir el legislador al emplear dicha frase *tomar estado*, que es un verdadero equívoco? El título 12, que trata del Registro civil, se refiere á los actos varios del estado civil, como nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos, legitimaciones, defunciones, naturalizaciones y vecindad; estado es asimismo el de adopción; por estado puede entenderse también el ejercicio de una profesión, como el comercio ó la enseñanza ó de una industria con la que se intente atender á las necesidades de la vida; de modo que si la palabra estado se tomara en su acepción más genérica y comprensiva, habría que entender que siempre que la mujer variase su situación legal, su situación económica ó su situación social, para variarla, podía salirse de la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre en cuya compañía viviese. Pero si se diera esa extensión al concepto, ¿á qué quedaría reducida la trascendencia del precepto legal? Única y exclusivamente sería aplicable al caso en que la hija, caprichosamente, por vivir más libremente ó para divertirse sin consideración á lo que pudiera padecer su buen nombre, intentara viajar, cambiar de domicilio ó domiciliarse por su cuenta para fines livianos ó para meros pasatiempos, y el expresado precepto legal tiene y debe reconocérsele alguna mayor trascendencia. El legislador, como antes se ha indicado, ha prolongado en cierto modo, para determinados efectos, la mayoría de edad de la mujer; de forma y de manera que, sin menoscabar su capacidad civil para todos los actos de la vida, no puede realmente ejecutar ninguno que exija su salida de la casa paterna hasta que no llegue á cumplir los veinticinco años. Este es el verdadero alcance y trascendencia del precepto legal, que obliga á entender la frase *tomar estado* en un sentido sumamente restrictivo, con tanto mayor motivo cuanto que dicha frase tiene una acepción léxica que le es propia y exclusiva, significando gramaticalmente el hecho de pasar de soltero á casado, de seglar á eclesiástico y del siglo á la Religión; de manera que la cuestión queda ya reducida á si, aun admitida esta significación técnica de la frase, el legislador

padre ó madre que haya cumplido diez y ocho años, consienta en la habilitación y se considere conveniente al menor, le coloca en igual grado *intermedio* de capacidad civil, ó sea en una consideración *relativa*, no

ha querido comprender en ella el estado eclesiástico-religioso juntamente con el matrimonial, que es el más gráfico y hasta vulgar que comúnmente revela la frase; es decir, que dentro de este significado estricto existe el último más estricto equivalente á contraer matrimonio, y nada más que á contraer matrimonio, que es como la Sala ha declarado que debe interpretarse el precepto legal. No es posible desconocer cuán defendible puede ser la interpretación contraria, según la que debiera comprenderse en la frase tomar estado, lo mismo el de matrimonio que el religioso, ya que supuesta su significación léxica y gramatical uno y otro es aplicable, y porque para un Estado católico, para una nación formada en su inmensa mayoría de católicos, en la que tan identificada se encuentra con su historia y con su legislación la Religión, no parece que debe haber repugnancia y oposición á que las hijas mayores de edad civilmente puedan elegir y tomar libremente el estado religioso, pues es estado que por su naturaleza, respetabilidad y finalidad debe poner á la mujer á cubierto de los peligros que entraña su libertad fuera de la autoridad y cuidado de los padres; pero así y todo, ahondando la cuestión y teniendo en cuenta los antecedentes de ésta, pareció á la Sala, y por eso lo declaró así, que el Código no se ha referido más que al estado de matrimonio. Ya hemos visto que al rebajarse la edad con relación á la legislación anterior de Castilla, á fin de fijar la mayoría de edad á los veintitrés años, hubo sin duda de preverse y temerse las consecuencias que para la mujer podría tener su absoluta libertad y capacidad civil, y para contrarrestarla es para lo que estableció esa potestad tuitiva que había de durar dos años más, es decir, hasta la mayoría de edad antigua, durante los que puede irse acostumbrando la mujer á su ejercicio y adquirir mayores hábitos de reflexión y de defensa, que el mismo Código penal tiene en cuenta para la apreciación de determinados delitos. Pues si por lo que va indicado hasta ahora se demuestra que es tan absoluta dicha potestad tuitiva que mientras los padres no contraigan ulteriores nupcias no puede la hija salir de la casa paterna para colocarse en situación alguna independiente, por lícita, honrada y conveniente que parezca, sin licencia de aquéllos, cuando para el acto mismo de contraer matrimonio existen otras garantías de defensa contra una elección desafortunada aun para los mayores de edad, ¿puede admitirse que el legislador haya querido hacer una excepción del estado religioso sin consignarla clara y expresamente? Es tanto más inadmisibles esta suposición, cuanto que al legislarse sobre la materia civil, sobre el derecho civil privado, el orden religioso, por respetable y preeminente que sea, no puede ser ni es objeto de la preocupación de un Código de esta naturaleza, á no ser que se relacione con instituciones jurídicas que obliguen á determinar casos de capacidad ó incapacidad relativa en consideración á dicho orden, limitándose en tal supuesto á reconocer su existencia, y es, por lo mismo, más lógico y necesario que cuando en él se quiere partir de dicho orden para determinados fines se consigne expresamente, puesto que es más difícil y aventurado llevar la interpretación de los preceptos legales á esferas de Derecho distintas, siquiera puedan tocarse entre sí en algunos puntos. Entendió, pues, la Sala que aun cuando léxica y gramaticalmente la frase *tomar estado* se refiere también al orden religioso, el Código sólo se refiere al emplearla al estado de matrimonio, que es el que más común y vulgarmente se expresa así, y que no quiso hacer del estado religioso una excepción de los demás estados que la mujer no puede tomar, si para ello tiene que salir de la casa de sus padres, no contando con su licencia.

Los antecedentes de esta cuestión abonan y justifican dicha interpretación, porque si el Código de 1851, igualmente que el proyecto del de 1882, al contar con la rebaja de edad para la mayoría de los hijos de familia estableció ya la restricción acogida y transcrita luego en el art. 321 del actual Código, si bien en aquéllos se decía que sólo para casarse podrían salir las hijas de familia de la casa paterna, parece evidente que al variar la forma de expresión no se intentó en lo más mínimo alterar el concepto, sino que se empleó la frase tomar estado en su sentido más genuino, más vulgar, más

absoluta, de mayor edad, que al emancipado, según el art. 317, cuya regla legal le es aplicable, conforme al 324.

3.º Respecto de la emancipación por *concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad* (núm. 3.º, art. 314), es de notar, en primer término, que el Código ha restituido esta doctrina á la esfera puramente *privada* del Derecho civil, desposeyéndola de cierto carácter *público* que le dió la Pragmática de Felipe IV (1) y que confirmó la ley de 14 de Abril de 1838, haciéndola materia de una *gracia al sacar* (2).

Así lo acreditan los arts. 316 y 318, al establecer los requisitos de esta clase de emancipación. Son éstos:

1.º Que esté en el ejercicio de la patria potestad el padre ó madre que otorgue la emancipación. 2.º Que el hijo tenga diez y ocho años cumplidos. 3.º Que concuerden voluntariamente en la emancipación, el padre, para concederla, y el hijo para aceptarla. 4.º Que se otorgue en cualquiera de estas dos formas: por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal. 5.º Que la una ó la otra se anoten en el Registro civil.

a) *Que esté en el ejercicio de la patria potestad el padre ó madre que otorgue la emancipación.* Pueden emancipar el padre ó madre que ejerza la patria potestad, y ser emancipados *toda clase* de hijos; lo mismo legítimos, naturales que adoptivos, sometidos á ella, según el art. 154. Determina la capacidad de los padres para conceder la emancipación voluntaria, por consiguiente, el ejercicio de la patria potestad al tiempo de otorgar aquella emancipación.

En su consecuencia, pueden emancipar *voluntariamente*:

comúnmente usado entre todos los demás sentidos como sinónimos de contraer matrimonio, por lo mismo que entre los diversos estados de que se ocupa el Código es el matrimonial el más preeminente, por las consecuencias que produce, y no se puede comprender, por lo tanto, que si el legislador hubiese querido referirse también al estado religioso, no lo hubiese dicho terminantemente, en vez de emplear lo que sería en tal supuesto un verdadero equívoco. No deja de tener también una importancia más relativa otra consideración, cual es la de que para profesar definitivamente hay necesidad de prepararse y pasar por una situación intermedia que no constituye realmente estado nuevo y distinto del que goza quien aspira á la mudanza, y en tal supuesto sería preciso dar á la frase tomar estado, refiriéndose al religioso, una extensión que pugna hasta cierto punto con los términos literales del mismo art. 321, y aun cuando su espíritu, refiriéndose como se refiere el precepto legal á una situación definitiva y no á las meramente interinas, que pueden ser libremente abandonadas y ningún efecto jurídico producen. Parece, pues, que la interpretación dada por la Sala al art. 321 es la más pura, gramatical, lógica y racionalmente considerada, y la que al mismo tiempo concilia mejor la autoridad de los padres con la libertad reflexiva de las hijas, dando lugar á que madure la inclinación y convencimiento antes de tomar la resolución de entrar en una religión.

(1) L. 4.ª, tít. 5.º, libro X, Nov. Rec., que estableció no se otorgara esta emancipación sin su conocimiento ó audiencia, con la debida justificación documental, del Consejo de Castilla.

(2) Art. 1.º, que hacía objeto de Real decisión todos los casos de emancipación, á no ser la que era producto del matrimonio y del ejercicio de cargos ó empleos públicos ó on jurisdicción.

1.º El padre, en los casos normales de ejercicio de la patria potestad, por su preferente derecho para ello sobre la madre, que sólo lo tiene *subsidiario*, aun cuando haya sido declarado *pródigo*, porque, según el art. 224, esta declaración no priva de la autoridad paterna.

2.º En los casos en que el matrimonio fuese declarado *nulo*, habrá que estar á lo dispuesto en el art. 70 (1); y si hubo buena fe de parte de ambos cónyuges, á pesar de que aquel precepto encomienda el cuidado de los hijos mayores de tres años, según el sexo, al padre ó á la madre, atendida la declaración del primer párrafo del art. 69, la patria potestad se entenderá *subsistente* en el padre y á éste corresponderá otorgar la *emancipación voluntaria* de los hijos, cualquiera que sea su sexo; lo mismo, si hubo buena fe de parte del padre y no de la madre. Por el contrario, corresponderá á la madre, si sólo hubo buena fe de parte de ésta, porque ella será la que ejercerá la patria potestad, atendido lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 70 de que en tal caso quedarán bajo su *poder* y cuidado los hijos de ambos sexos. En los casos de mala fe del padre y de la madre, declarado *nulo* el matrimonio, no conservan ninguno de ellos la patria potestad sobre sus hijos, con arreglo al párrafo 3.º de dicho art. 70, y habrá de proveérseles de tutor, conforme al párrafo 2.º del art. 73, no pudiendo, por tanto, emancipar á los hijos por su concesión, por la falta de la circunstancia precisa del *ejercicio* de la patria potestad.

3.º En los casos en que se declare el *divorcio*, sólo el cónyuge inocente, padre ó madre, en cuya potestad recaen los hijos, en virtud de lo dispuesto en el núm. 2.º del art. 73, será el que pueda emanciparles por su concesión.

4.º En los de *incapacidad*, *interdicción* ó *ausencia* declarada del padre, corresponderá emancipar el hijo á la madre; pues aunque tales hechos son tan sólo causa de *suspensión* de la patria potestad, con arreglo al art. 70, por razón de esta suspensión, el ejercicio de la misma pasará á la madre, y dicha circunstancia de *ejercicio* es la única que da capacidad para la emancipación voluntaria, según el núm. 3.º del artículo 314.

5.º Igualmente corresponderá á la madre en el caso del núm. 1.º del art. 169, cuando, por sentencia firme en causa criminal, se imponga al padre la privación de la patria potestad, lo mismo que cuando, por aplicación del 171, se le *prive* ó se le *suspenda* del ejercicio de la misma, por tratar á sus hijos con dureza excesiva ó darles órdenes, consejos ó ejemplos corruptores.

6.º Respecto del hijo *natural*, corresponderá al padre la emancipación en el caso de que haya sido reconocido *conjuntamente* por el padre ó por la madre en el mismo documento; y al padre ó á la madre, cuando uno de éstos hubiera sido solo el que les haya reconocido, puesto que únicamente él tendrá la patria potestad.

(1) Explicado en el núm. 24, cap. 23 de este tomo.

7.º Cuando se trate de los *adoptivos*, si la *adopción* fué conjunta por los cónyuges, el marido ó padre adoptante ejercerá la patria potestad y á él corresponderá la *emancipación voluntaria* del hijo, mientras no recaiga el ejercicio de aquélla en la madre por la muerte de aquél ó por otras causas de las antes indicadas, así como, si la adopción hubiera sido realizada sólo por uno de ellos, aunque con permiso del otro, el marido ó mujer adoptantes será el que únicamente ejerza la patria potestad sobre los adoptados y el que podrá otorgar dicha emancipación voluntaria.

b) *Que el hijo tenga diez y ocho años cumplidos*. Como la emancipación atribuye una consideración *relativa* de *mayor edad* y fija un estado *intermedio* de capacidad en el hijo, guarda armonía esta condición con la regla general para el beneficio de mayor edad, que exige igual condición de diez y ocho años cumplidos en el menor que ha de ser objeto de dicha *venia de edad*, conforme al núm. 1.º del art. 323.

c) *Que concuerden voluntariamente, en la emancipación, el padre para concederla y el hijo para aceptarla*. Dada la naturaleza de acto meramente civil de interés particular de la emancipación voluntaria y su trascendencia, no sólo respecto de la privación del poder paterno del padre que lo ejerce y voluntariamente se desprende de él, sino en el hijo que modifica su capacidad personal por consecuencia de la misma, se hace indispensable la conformidad de ambas voluntades.

d) *Que se otorgue en cualquiera de estas dos formas, por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal*. Este elemento *formal* de carácter *alternativo*, á elección del padre que otorga la emancipación, corresponde también á la naturaleza de acto civil ó *privado* que la misma tiene y la despoja de antiguas formalidades de carácter público, contrarias á aquélla.

e) *Que la escritura ó la comparecencia de emancipación se anoten en el Registro civil*. Tiene por objeto hacer *constar* el hecho de la emancipación de un modo *público*, para el conocimiento de terceras personas, en cuanto priva al padre de la *representación* del hijo y otorga á éste una capacidad *relativa* de *mayor edad*, que mientras no fuera *inscrita*, no puede producir efecto contra tercero (1).

Es de advertir que el Código ha modificado el Derecho anterior (2) en el punto importante de que la *emancipación voluntaria* no produzca, por ministerio legal, el efecto de que el padre conserve la *mitad del usufructo* en los bienes del hijo, sino que, por el contrario, del silencio de aquél se deduce que en tal extremo ha sido *modificada* la legislación precedente. No puede igualmente afirmarse, sin embargo, que en un caso de emancipación voluntaria en que el padre y el hijo pacten cierta

(1) Concuerdan en este punto el art. 60 de la ley de 17 de Junio de 1870, para el efecto de que la anotación en el Registro civil se verifique en la inscripción del nacimiento del emancipado, y el 35 del Reglamento de 13 de Diciembre de 1870.

(2) L. 15, tit. 18, Part. IV.

reserva de usufructo en favor del padre en los bienes del hijo, no obstante la emancipación, no tuviera esta cláusula de la misma, y dada su naturaleza de convención jurídica, puesto que se exige el consentimiento de ambos, la eficacia de un pacto lícito, ya que el Código, si no lo prevé, tampoco lo prohíbe.

A diferencia de lo dispuesto en el Derecho anterior (1), que volvió á someter á la patria potestad al emancipado voluntariamente cuando incurría en ingratitud grave, el Código declara en el art. 319, que «concedida la emancipación *no podrá ser revocada*»; afirmándose de esta suerte la *irrevocabilidad* de la emancipación de modo expreso, por lo que se refiere á la *voluntaria* del número 3.º del art. 314, ó sea *por concesión* del padre ó madre que ejerza la patria potestad, puesto que emplea la palabra *concedida*. Esto, sin embargo, dicho principio de *irrevocabilidad* alcanza á los otros dos modos de emancipar, por la mayor edad ó por el matrimonio, fuera de los casos de *nulidad por inexistencia* de éste (2), porque las causas, en virtud de las cuales la emancipación se lleva á cabo, *subsisten*, una vez producidas, sin que puedan rectificarse ni ser revocados sus efectos.

Cualquier defecto de *forma*, de carácter *subsanable*, en la escritura ó en la comparecencia, por medio de las que se lleve á cabo la emancipación voluntaria, dará derecho á su *subsanción* y dejará subsistente la emancipación otorgada; no así, si el defecto fuera *no subsanable*, pues entónces el acto se tendría por *no celebrado*, aunque reuniera los demás requisitos.

17. ¿Y cuál es el *contenido jurídico* de ese *estado civil* que la *emancipación* produce, en orden á la *capacidad de derecho* en el *emancipado*? Por de pronto, es preciso distinguir entre la emancipación que pudiera llamarse *plena*, ó sea la producida por la mayor edad, y la *menos plena*, que es debida al matrimonio del menor y á la concesión del padre ó madre que ejerza la patria potestad, así como la que pudiera calificarse de *parcial ó limitada* (art. 160).

18. Nada hay que decir aquí de la primera, cuya regla es la del artículo 320, al declarar que «el mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las *excepciones* establecidas en casos *especiales* por este Código»: por ejemplo, por declaración de incapacidad, prodigalidad, etc., ya que no tienen las personas en tales casos capacidad civil perfecta, á pesar de ser mayores de edad; y, en cambio, la tienen los que no lo son, para determinados actos, como para el matrimonio, el testamento, el mandato, etc. (arts. 75, 83, 1.716 y otros).

19. En cuanto á la segunda ó emancipación por el matrimonio del menor, debe entenderse reproducido ahora lo expresado en otro lugar (3), ó sea la propia regla general del 317, concordado con el 315, y modifi-

(1) Ley 19, tit. 18, Part. IV.

(2) Letra b, 1.º, núm. 14 de este capítulo.

(3) Núms. 24 á 26, cap. 17 de este tomo.

cado por las referencias expresas que éste hace á las *limitaciones*, contenidas en el art. 59 y en el párrafo 3.º del 50.

20. Respecto de la emancipación por *concesión del padre ó de la madre* que ejerza la patria potestad, la regla de capacidad que produce es la del 317; que es aplicable también (art. 324) al huérfano mayor de diez y ocho años y menor de veintitrés, que hubiese obtenido el beneficio de la mayor edad por concesión del consejo de familia (arts. 322 y 323).

21. Esta situación de la emancipación *voluntaria* del hijo menor de veintitrés años y mayor de diez y ocho, que se mantiene soltero y es, por tanto, ajena á las otras causas legales de emancipación por la mayor edad y por el matrimonio, con las modificaciones antes referidas, es la que ofrece en el Código la expresión de ese *grado intermedio* de capacidad civil entre los propiamente *menores no emancipados y mayores de edad*, sin mezcla de la influencia del hecho matrimonial. Su regla legal en el Código es el art. 317, que no contiene referencia á ningún otro, sin embargo de lo cual se presta á numerosas *concordancias*. Le constituyen un *principio* y varias *excepciones*.

El *principio* es que «la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor».

Las *excepciones* consisten en que, hasta que llegue á la mayor edad, no podrá el emancipado, sin *consentimiento* de su padre, en defecto de éste sin el de la madre, y por falta de ambos sin el de un tutor: 1.º Tomar dinero á préstamo. 2.º Gravar bienes inmuebles. 3.º Vender los de esta misma clase. 4.º Comparecer en juicio sin la *asistencia* de aquellas personas.

Además de lo dicho en otro lugar (1), lo *de regir su persona* significa el derecho de dirigir y resolver cuanto á la misma se refiere *independientemente* de todo poder paterno ó tutelar, con la excepción respecto del domicilio que, para las hijas de familia mayores de edad y menores de veinticinco años, establece el art. 321, que con más razón será aplicable á las que, emancipadas voluntariamente, no hubieran cumplido veintitrés, aunque fueran mayores de diez y ocho.

Esta capacidad de regir su persona el hijo emancipado no puede entenderse que le dispensa de la necesidad de la *licencia* ó del *consejo* familiares para la celebración del matrimonio, á que se refiere el núm. 1.º del art. 45; no obstante, respecto de la primera, la frase del art. 317 «como si fuera mayor», porque el precepto prohibitivo del núm. 1.º del art. 45 es de carácter *especial* y no debe entenderse derogado por esta consideración general y *fingida* de mayor edad que establece el art. 317, como efecto de la emancipación; lo cual confirma el mismo sentido del verbo en la frase inicial de este artículo, al decir, «la emancipación *habilita*».

Lo *de regir sus bienes como si fuera mayor* el emancipado, es expresivo de una *regla general* de capacidad, pero con gran número de *limi-*

(1) Núms. 24 á 26, cap. 17 de este tomo.

taciones expresas y virtuales, que se deducen ya de su texto, ya de necesarias *concordancias* con el mismo de otros artículos del Código, las cuales merman considerablemente el alcance de aquella declaración que figura á la cabeza del art. 317.

Son *limitaciones expresas*, en orden á la capacidad civil *patrimonial* del menor emancipado, según dicho art. 317, las antes indicadas: tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles y comparecer en juicio sin el *consentimiento*, por este orden, de su padre ó madre ó el de un tutor, respecto de los tres primeros hechos y sin la *asistencia* de dichas personas en cuanto al último.

Á pesar de esa declaración inicial del art. 317, de que «la emancipación *habilita* al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor», sabido es que no podrá contraer matrimonio prescindiendo de la licencia necesaria (art. 45), ni, tampoco, aprobar particiones, ni otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1.318), ni hacer ó recibir donaciones por razón de matrimonio (art. 1.329), sin que concurren las personas que designa dicho art. 45 (1).

Lo que podrá realizar el menor emancipado con perfecta capacidad civil, en virtud de ese principio, serán cuantos actos se refieran á la *administración*, excepto los arrendamientos de fincas que den lugar por sus circunstancias, á la *inscripción arrendaticia* de la ley Hipotecaria, en cuanto cabe reputar que dicha inscripción constituye un *gravamen* ó limitación impuestos á la propiedad. Podrá también el menor emancipado celebrar actos de *disposición de bienes* por toda clase de enajenaciones ó adquisiciones, cuando se trate de bienes *muebles* ó valores mobiliarios; pues, si bien es cierto que esto puede ser tan peligroso ó más y digno, por tanto, de restricción, que tratándose de enajenación de inmuebles, también lo es que sólo á las de esta *clase* se refieren las limitaciones impuestas por el art. 317 á la capacidad civil que al menor otorga la emancipación.

Aunque dicho art. 317 emplea el verbo *vender* para prohibir, en general, al emancipado menor de edad la venta de bienes inmuebles á no ser con el *consentimiento* de su padre, en defecto de éste el de su madre, y por falta de ambos el de un tutor, concordado este artículo con el 59, relativo al menor emancipado por el matrimonio, se observa que establece igual doctrina, con la sola diferencia de usar el verbo *enajenar*; lo cual ha hecho general la inteligencia de atribuir al verbo *vender* del artículo 317 el significado de *enajenar* del 59.

Sirve para confirmarlo la consideración de que si se prohíbe la venta de inmuebles al menor emancipado sin aquellos requisitos complementarios de su defecto de capacidad, cuando es una forma de enajenación

(1) La Dirección de los Registros declaró, en Resolución de 4 de Noviembre de 1896, «que para todo contrato que no sea de los expresados por el art. 317 se reputa mayor de edad, el menor emancipado»; pero debe añadirse, y sus concordancias expresas ó virtuales, según el Código y la naturaleza jurídica de los actos de que se trate, aunque aquél no los mencione.

que por su naturaleza producirá para el menor la adquisición de un equivalente, cual es el precio, con igual razón deben considerarse comprendidos en la prohibición los contratos de *permuta*, *cesión de acciones* ó *derechos* relativos á inmuebles, los de cancelación de hipoteca, que es una verdadera enajenación de derechos reales sobre inmuebles, otorgamiento de *fianzas*, cuya efectividad, llegado el caso de exigirse, puede alcanzar á los bienes inmuebles de su patrimonio, y con más motivo han de reputarse incluidos en la prohibición la *donación* de bienes inmuebles, que le priva de ese equivalente, y la celebración de contratos de *transacción* ó *compromiso* que á bienes inmuebles ó derechos en ellos constituidos se refieran (1); lo cual tiene el valor genérico de una *enajenación* y el específico de una *venta*, más peligrosa por las condiciones menos ciertas del equivalente. Además, se refieren ambos contratos á situaciones litigiosas que se resuelven por la *transacción* ó se sustituyen por el *compromiso*, y es cierto que el art. 317 niega á los menores emancipados capacidad para comparecer en juicio, y, por tanto, para litigar sin la *asistencia* del padre, madre ó tutor.

El menor emancipado, cuya capacidad regula el 317, no la tiene para *aceptar y repudiar herencias* por sí solo—ni *aprobar particiones*,—puesto que el art. 992 la otorga «á los que tienen la libre disposición de sus bienes (2), y es evidente que el menor, en tales condiciones, carece de ella ó la tiene tan sólo *restringida*, que es lo mismo que no tenerla *libre* ó *plena*, ya que hay una serie de actos que no puede realizar por sí sin el concurso de otras personas, y que á dicha aceptación, que ha de ser una, total y sin límite ni condición ni plazo (art. 990), no cabe aplicar distinción de capacidad ó de libre disposición para bienes muebles y falta de ella para bienes inmuebles; que es la *extraña* situación legal de capacidad *intermedia*, también por razón de la *naturaleza de los bienes* en que el art. 317 coloca al menor *emancipado*.

En efecto, por más extraño que sea, no cabe desconocer, si no ha de quebrantarse la integridad del texto legal del mencionado art. 317, que todas las *restricciones* se refieren á actos de libre disposición de bienes

(1) También lo comprueban, no sólo las analogías de naturaleza de todos estos contratos con la compraventa de inmuebles (que es lo *expresamente* prohibido), sino las mismas identidades legales reconocidas en el Código entre aquéllos y dicho contrato, según lo atestiguan: respecto de la *permuta*, el art. 1.541; en cuanto á la *cesión* ó transmisión de créditos y demás derechos incorporales, el que figura en el mismo tít. 4.º, libro IV, consagrado á la compraventa, y en su cap. VII, cuyo título tiene todavía otro capítulo VIII con la disposición general del art. 1.537, marcando así la *unidad* de materia para la consideración legal; en orden á la fianza, los arts. 1.822 y 1.828, puesto que ambos revelan la responsabilidad patrimonial que contrae el fiador y que, llegado el caso, tendrá que hacerse efectiva en sus bienes, produciendo una venta forzosa de los mismos, sean muebles ó inmuebles.

(2) La segunda parte de dicho artículo se contrae á la herencia dejada á los menores ó incapacitados, refiriéndose á los sometidos á tutela, toda vez que, dice: «Podrá ser aceptada en éste al tenor de lo dispuesto en el núm. 10 del art. 269, ó sea por el tutor con autorización del consejo de familia, ya que si lo hace por sí el tutor, se entenderá hecha la aceptación á *beneficio de inventario*.»