

necesaria é injusta, y los elogios de otros, que la consideran como la salvaguardia de los intereses de aquellos que, abandonados en su orfandad ó en la desgracia al cuidado de personas extrañas, son dignos de la proteccion de la ley.

Nos aventuramos á decir que, á nuestro juicio, el sistema adoptado por el Código civil respecto de la tutela, hace inútil y aun perjudicial la existencia del beneficio de la restitucion, pues el tutor nada puede hacer relativamente á los actos que importan enajenacion sin consentimiento del curador, audiencia del Ministerio público y aprobacion judicial, y por tanto, no procede ese beneficio respecto de tales actos que son los más graves y trascendentales; y en cuanto á los de mera administracion, únicos que son susceptibles de la restitucion, tienen tal carácter que nunca pueden causar un perjuicio grave, el que, si llega á verificarse, es fácilmente reparable mediante el uso de la garantía otorgada por el tutor.

Por esto creemos que la restitucion es innecesaria, y á veces hasta perjudicial para los intereses que tiene que proteger, y que sería preferible suprimirla mediante el aumento de seguridades para los bienes de los incapaces, sin romper con la estabilidad de los contratos y sin perjuicio de los terceros que contratan de buena fe.

---

## LECCION VIGESIMA SEGUNDA.

---

### DE LA EMANCIPACION Y DE LA MAYOR EDAD.

---

#### I.

##### De la emancipacion.

La emancipacion es el acto por el cual se desprende el ascendiente que ejerce la patria potestad, del poder que tiene sobre alguno de sus hijos ó nietos.

En otros términos: es el acto jurídico que tiene por objeto libertar al menor de la patria potestad, facultándole para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes.

La emancipacion, establecida por la legislacion Romana, tuvo diversas formas. En los primeros tiempos de ésta, se hacia con los ritos establecidos para la *mancipacion*; y el padre extinguia la patria potestad por tres ventas del hijo ó una sola, si se trataba de la hija ó del nieto, y el hijo así emancipado à un extraño, se encontraba *in mancipio* de éste, es decir, en su potestad. Si el comprador otorgaba la libertad al hijo, tenia sobre él los derechos de patrono, tutela y herencia *ab intestato*: pero si se trataba de conservar el padre natural los derechos de patrono sobre el hijo emancipado, en lugar de otorgarle el comprador la libertad despues de la última venta, le *remancipaba* al padre, quien le otorgaba entonces la libertad y consu-



maba así la emancipación sin perder los derechos de patronato, de gran importancia, principalmente con relación á la tutela y á la sucesión *ab intestato*.

Posteriormente introdujo el emperador Anastasio un nuevo modo de emancipación, la cual se obtenía por un rescripto del príncipe, el que se depositaba ante el magistrado, quien lo hacía insertar en los actos públicos, y desde luego quedaba el hijo emancipado.

Por último, Justiniano roemplazó en época posterior los modos expresados, por uno más sencillo. Según este modo, se presentaba el padre, sin necesidad del rescripto del príncipe, ante el juez competente y le manifestaba que quería emancipar á su hijo, y ese funcionario levantaba la constancia respectiva: el hijo quedaba emancipado y el padre adquiría los derechos de patrono, heredero presunto y tutor legítimo de aquel.

La legislación de las Partidas siguió la forma adoptada por Justiniano, pero los abusos que se cometían dieron lugar á que por la ley 4.<sup>a</sup>, tít. 5.<sup>o</sup>, lib. 10 de la N. Recop., se adoptara en cierto modo la forma establecida por el emperador Anastasio, ordenando que las justicias ordinarias no declarasen ninguna emancipación sin dar primero cuenta al Consejo Real, acompañando los instrumentos de su justificación y causas de ella.

La emancipación, tal como la adoptó la legislación antigua, tenía lugar aun respecto de los hijos ausentes y de los menores de siete años, pero á condición de obtener previamente la licencia ó autorización del rey; y en todo caso era necesario el consentimiento del emancipado, si tenía más de siete años de edad.

El Código civil adoptó también la emancipación, pero estableciendo notables diferencias respecto de la legislación antigua, que haremos notar en el curso de esta lección.

La patria potestad y la tutela, tienen por objeto la protección de las personas que por su corta edad y su inexperiencia no pueden gobernarse por sí mismas. Cuando esas personas adquieren la aptitud de que carecían, es evidente que cesa la causa de la protección que la ley les concedía, y se convierte en un obstáculo perjudicial á sus intereses.

El individuo que ejerce una industria ó profesión, debe tener capa-

cidad jurídica, sin la cual el ejercicio de ella sería imposible, pues teniendo necesidad de contratar se encontraría á cada paso con su incapacidad.

Este inconveniente se remueve por la emancipación que otorga al menor la capacidad necesaria para el ejercicio de su profesión ó industria, pero con restricciones convenientes á sus mismos intereses; pues necesita de un tutor para negocios judiciales y de la autorización del que le emancipó, y en su defecto, de la del juez, para la enajenación, gravámen ó hipoteca de sus bienes raíces.

La emancipación es legal ó tácita y expresa.

La emancipación expresa es la que resulta de la declaración solemne hecha á este efecto por la persona que ejerce la patria potestad con el consentimiento del hijo ó nieto mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, y aprobación judicial.

La emancipación tácita es la que resulta de pleno derecho del matrimonio del menor, el cual no recae en la patria potestad aunque el matrimonio se disuelva por muerte del otro cónyuge. (Art. 689, Cód. civ.) (1)

El estado del menor bajo la patria potestad es incompatible con el de marido, porque el matrimonio supone necesariamente en el marido y la mujer una independencia absoluta de ajena potestad, pues el marido se convierte en el jefe de la familia, ejerce la potestad marital y después la patria; y la mujer queda bajo la guarda y protección de aquel, que excluye cualquiera otra autoridad.

Además, el consentimiento otorgado por la persona que ejerce la patria potestad, es el reconocimiento implícito y una garantía de la madurez de la razón y del buen juicio del menor que contrae matrimonio.

La emancipación es, pues, un efecto inmediato y necesario, de esencia del matrimonio, y por tanto, se verifica cualquiera que sea la edad de los contrayentes, sin necesidad de ninguna declaración expresa y á pesar de cualquiera convenio celebrado en contrario y que tuviera por objeto impedir la ó modificarla; pues tal convenio sería nulo.

Como hemos dicho, aunque el matrimonio se disuelva por la muer-

(1) Artículo 590, Código civil de 1884.



te del otro cónyuge, el superviviente menor no recae en la patria potestad; porque ese accidente no destruye la inducción que la ley hace del consentimiento de los padres para el matrimonio. De donde se infiere, que la emancipación legal es irrevocable.

Para la emancipación expresa es preciso la declaración solemne del que ejerce la patria potestad, que recaiga sobre el mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, con el consentimiento de éste y aprobación del juez con conocimiento de causa. (Art. 690, Cód. civ. (1))

La ley ha querido facultar á los padres para que otorguen á sus hijos la libertad que es necesaria para su prosperidad y bienestar, creyendo con entera justicia, que no hay temor de peligro para ellos, porque la ternura y el afecto que aquellos les profesan son la mejor garantía que pueden tener; pues ellos mejor que nadie tienen conocimiento de su inteligencia, de sus aptitudes y de su moralidad, que les hace acreedores á esa libertad.

Sin embargo, ha querido evitar que el que ejerce la patria potestad se exonere, á pretexto de la emancipación, de los deberes inherentes á ella, otorgando una libertad prematura y perjudicial á los hijos, y con tal objeto ha requerido como circunstancia esencial, que la emancipación solo se otorgue á los mayores de diez y ocho años y menores de veintiuno, á diferencia del derecho antiguo que permitía ese acto aun respecto de los menores de catorce años. (Ley 10, tít. 16, Part. 6.<sup>ta</sup>)

Por la misma razón, se exigen como requisitos esenciales para la validez de la emancipación, que el menor otorgue su consentimiento y que el juez la apruebe con conocimiento de causa.

El Código de Procedimientos establece en los artículos 2143 y siguientes la forma en que debe hacerse la emancipación. (2)

El padre ó ascendiente que quiere emancipar á su hijo ó descendiente, lo debe manifestar así por escrito al juez competente, que lo es el de su domicilio, acompañando los documentos que acrediten los hechos siguientes:

- 1.º El parentesco del ascendiente con el menor y la edad de éste.

(1) Artículo 591, Código civil de 1884.

(2) Artículo 1,475 y siguientes, Código de Procedimientos de 1884.

2.º La capacidad del menor para proveer por sí mismo á su subsistencia:

3.º Si el ascendiente tiene ó no bienes en su poder pertenecientes al menor; especificando en caso afirmativo cuáles sean.

Cuando por causas graves, á juicio del juez, no fuere posible la presentación de los documentos, se puede recibir sobre los hechos referidos información testimonial; y justificados que sean tiene lugar una junta en presencia del juez, á la que concurren necesariamente el ascendiente, el menor y el representante del Ministerio público: y dada lectura al expediente, si todos están conformes, autoriza aquel la emancipación mandando que el acto se reduzca á escritura pública, pues siendo de trascendental importancia es preciso que quede una constancia fehaciente de ella (Ley 17, tít. 18, Part. 4.<sup>ta</sup> y art. 691, Cód. civ.) (1)

Segun la legislación antigua, se conocía otra especie de emancipación, la que se distinguía de la tácita y la expresa bajo el nombre de *forzosa*; y era el acto por el cual emancipaba el padre al hijo, apremiado por hallarse en alguno de los casos señalados por la ley.

La emancipación forzosa tenía lugar en los cuatro casos siguientes, segun la ley 18, tít. 18, Part. 4.<sup>ta</sup>:

1.º Cuando el padre castigaba al hijo con demasiada crueldad:

2.º Cuando prostituía á sus hijos:

3.º Cuando admitía lo que alguno le dejaba en testamento bajo la condición de que emancipara al hijo:

4.º Cuando habiendo adoptado un individuo á su hijastro menor de catorce años, acudía éste al juez, despues de haber cumplido esa edad, pidiendo la emancipación, porque aquel derrochaba su patrimonio ó por cualquiera otra justa causa.

Segun el sistema adoptado por el Código civil, no existe la emancipación forzosa, pues si bien es cierto que en algunos casos impone como pena á la conducta inmoral ó criminosa del padre la pérdida de la patria potestad, tambien lo es, que esa pena no impone al padre culpable la obligación de abdicar aquel derecho, á cuyo deber se le pueda estrechar como antiguamente, sino que se le aplica como un castigo.

(1) Artículo 592, Código civil de 1884.



De lo expuesto se infiere, que existe una notable diferencia entre la emancipacion establecida por las antiguas leyes y la adoptada por el Código civil; pues aquellas la permitian aun respecto de los hijos menores de siete años y demandaban distintos requisitos, que tenían por objeto corregir punibles abusos; en tanto que, segun dicho ordenamiento, solo se permite respecto de los hijos mayores de diez y ocho años y menores de veinticinco, sin más requisito que la manifestacion del ascendiente, el consentimiento del descendiente y la justificacion de la aptitud de éste para proveer á su subsistencia, ante el juez competente.

Creemos mejor este sistema, porque los abusos no se corrijen con las formas más ó ménos solemnes del acto, sino impidiendo que se otorgue á los hijos una libertad prematura, que no les es útil porque su corta edad les impide emplearla en provecho propio, y por tanto, es innecesaria.

Además, segun aquellas leyes, el menor de catorce años salia por la emancipacion forzosa y por la voluntaria, del poder paterno para recaer en la tutela, cuyo cargo correspondía al padre en el segundo caso. Es decir, que el menor emancipado ántes de que cumpliera catorce años obtenia una libertad de nombre, y el poder del padre solo cambiaba de título; circunstancias que por sí solas demuestran la inutilidad de la emancipacion á que nos referimos y la justicia de la innovacion introducida por el Código civil.

## II

### Efectos de la emancipacion.

Hemos indicado en el artículo precedente que, segun el derecho antiguo, la emancipacion solo producía el efecto de libertar al hijo de la patria potestad, y que quedaba sujeto á las reglas generales del derecho segun su edad; esto es, que si tenía ménos de catorce años quedaba bajo la tutela del padre; si tenía más de esa edad y ménos de veinticinco años, estaba sujeto á las restricciones y gozaba de los beneficios concedidos á los otros menores; pero no obtenia la administracion de sus bienes hasta que cumpliera los diez y ocho años.

El Código civil ha introducido una innovacion relativamente á los efectos de la emancipacion, como una consecuencia necesaria del sistema que adoptó.

La emancipacion extingue la patria potestad, y por consiguiente, adquiere el hijo libertad para conducirse como mejor le parezca. Pero esta libertad, por más amplitud que tenga, no es absoluta, sino que está limitada por restricciones establecidas en beneficio del mismo menor, las cuales se refieren á aquellos actos que por su gravedad se estiman de mucha importancia y demandan el consejo y la intervencion de personas de más experiencia.

Por ese motivo declara el artículo 692 del Código civil que el emancipado tiene la libre administracion de sus bienes; pero siempre necesita durante la menor edad: (1)

1.º Del consentimiento del que le emancipó, para contraer matrimonio antes de llegar á la mayor edad. Si el que otorgó la emancipacion ha muerto ó está incapacitado legalmente al tiempo en que el emancipado intenta casarse, necesita éste el consentimiento del ascendiente á quien corresponderia darlo, en el caso de ejercitar la patria potestad, y en su defecto, el del juez:

2.º De la autorizacion del que le emancipó, y á falta de éste de la del juez para la enajenacion, gravámen ó hipoteca de bienes raíces:

3.º De un tutor para negocios judiciales.

Si se examinan estas restricciones bajo su verdadero punto de vista, se encontrará que tienen un fin loable y tienden directamente á

(1) Artículo 593, Código civil de 1884. Reformada la fraccion 2.ª de este artículo en los términos siguientes:

“II. De la autorizacion judicial para la enajenacion, gravámenes ó hipoteca de bienes raíces.”

Ignoramos la razon que funda esta reforma que priva al padre que emancipó al hijo, del derecho de otorgar su consentimiento para la enajenacion, gravámen ó hipoteca de los bienes raíces de éste, pues no vemos la utilidad que resulte de la supresion de aquel derecho.

Por el contrario, creemos que nadie puede tener más interes en la conservacion del patrimonio del hijo que el padre, cuya experiencia le debe servir de un poderoso auxilio en las transacciones que afectan de una manera trascendental aquel patrimonio.

Pero aunque no fuera así, bastaria para hacer censurable la reforma, la circunstancia de que obliga al hijo á reportar el gravámen innecesario que le produce la consecucion de la licencia del juez, que demanda inconcusamente diligencias y trámites judiciales onerosos.

Sería justa la reforma, si exigiera la autorizacion judicial en el caso de disenso del padre no fundado en justa causa.



proteger la felicidad y el patrimonio del menor, evitando que los comprometan ó pierdan de una manera inconsiderada.

En consecuencia, podemos establecer de una manera general:

1.º Que el menor emancipado dispone libremente de su persona sin más restriccion que la necesidad del consentimiento del ascendiente que le emancipó, ó de aquel que en su defecto ejercería la patria potestad, para contraer matrimonio ántes de cumplir veintiun años:

2.º Que tiene la libre administracion de sus bienes, pero no la facultad de ejecutar actos que importen enajenacion. Esto es, que en el ejercicio de las facultades meramente administrativas no tiene límite alguno, pero que cuando se trata de actos ajenos á la administracion, como la venta, gravámen ó hipoteca de bienes raíces y la comparecencia en juicio, está sujeto á las restricciones indicadas, bajo la pena de nulidad de sus actos.

Restricciones de esta especie son justas y dignas de elogio, porque son puestas dentro de justos límites.

Antiguamente era irrevocable la emancipacion forzosa y la tácita y legal, pero la voluntaria podía revocarse por ingratitud del hijo emancipado, quien recaía bajo la potestad del padre. *"E por ende si é fijo que fuesse emancipado, ficiesse tal yerro como este contra su padre, deshonorándolo malamente de palabras ó de fecho, debe ser tornado por ende á su poder."* (Ley 19, tít. 18, Part. 4.ª)

Actualmente, la emancipacion voluntaria es irrevocable cualquiera que sea la conducta del hijo para con el ascendiente que le emancipó; porque por inmoral y punible que sea no destruye la causa que la motivó, es decir, la conveniencia y la aptitud del hijo, quien sufrirá por esa conducta la pena á que fuere acreedor. (Art. 693, Cód. civ.) (1)

(1) Artículo 594, Código civil de 1884.

Por la ley de 8 de Enero de 1870, se autorizó al Ejecutivo para habilitar de edad á los mayores de diez y ocho años, que acreditaren tener la aptitud suficiente para administrar sus bienes; pero como la habilitacion de edad es una dispensa de ley, acto propio del Poder Legislativo, y enteramente ajeno de las facultades de aquel, segun nuestro sistema político, se creyó más conveniente dar á tal actola forma de una emancipacion judicial.

Por ese motivo se le dió cabida en el Código de 1884 al artículo 595, que establece esa nueva forma de emancipacion, en los términos siguientes:

"Los mayores de diez y ocho años sujetos á la tutela que acrediten su aptitud para administrar sus bienes y su buena conducta, pueden ser habilitados de edad por declaracion judicial. La habilitacion solo podrá concederse para administrar los bienes, para litigar, ó para ambos objetos. De la sentencia que declare la habilitacion se remitirá copia al juez del estado civil para que la registre en los términos que previene el artículo 106."

La conveniencia y la tranquilidad de la familia exigen que no vuelva al seno de ella el mal hijo que olvidó el respeto y reverencia debidos al padre, pues la reiteracion de su falta, sería un ejemplo pernicioso para los demás hijos. Además, no se debe restituir al padre ofendido la autoridad perdida, poniéndole en el peligro de abusar de ella para vengar su ofensa.

### III.

#### De la mayor edad.

La patria potestad tiene, segun hemos dicho al ocuparnos de ella, un fin eminentemente moral, que es la educacion del hijo, que por la naturaleza nace en la más absoluta incapacidad física y moral y necesita del auxilio y proteccion de sus padres.

De donde se infiere, que cuando el hijo adquiere la plenitud de sus facultades y puede bastarse á sí mismo para proveer á sus necesidades, cesa la causa que motiva la patria potestad, y cesa tambien ésta.

En otros términos, la patria potestad se ha establecido para el bien del hijo, y no debe durar á la edad en que éste es capaz de todos los actos de la vida civil.

Por este motivo ha fijado la ley un término á la autoridad paterna, declarando que la mayor edad del hijo, límite de ella, segun el artículo 415 del Código civil comienza á los los veinticinco años. (Art. 694, Cód. civ.) (1)

Si la mayor edad es el término de la patria potestad, es evidente que el individuo que llega á ella adquiere una absoluta libertad para gobernarse á sí mismo y administrar sus bienes, y la plenitud de sus derechos civiles, para cuyo ejercicio no conoce otro límite que el respeto á los derechos de los demás, y la moral y el interes público.

(1) Artículos 388 y 596, Código civil de 1884.



De aquí se infiere que la persona mayor de edad es libre para abandonar la casa paterna y establecerse allí donde mejor le parezca. Sin embargo, las mujeres mayores de veintiun años, pero menores de treinta, no pueden abandonar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía se hallan, si no es para casarse ó cuando el padre ó la madre hayan contraído nuevo matrimonio. (Art. 695, Cód. civ.) (1)

Esta restricción de la ley tiene por objeto el decoro de las hijas, en quienes supone el respeto de sí mismas y de su reputación, que las obligará á no abandonar el hogar paterno de una manera inconsiderada; pero como tal pudiera suceder, ha parecido conveniente señalar esa restricción por el bien mismo de ellas.

Sin embargo, ha sido preciso señalar un caso de excepción, cuando el padre ó la madre contraen un nuevo matrimonio, porque la experiencia ha demostrado cuán difícil es la armonía entre el padrastro ó la madrastra y los hijos, sobre todo, á medida que aumenta la edad de éstos.

Además, la excepción á que aludimos es motivada por un acto que depende exclusivamente de la voluntad del padre ó de la madre.

(1) Artículo 597, Código civil de 1884.

---

## LECCION VIGESIMA TERCERA.

### DE LOS AUSENTES É IGNORADOS.

#### I.

##### Preliminares.

La ausencia influye de una manera tan poderosa en el estado de los hombres y modifica de tal manera sus derechos civiles, que necesariamente ha debido llamar la atención del legislador y ser el origen de ciertos preceptos de las leyes personales.

La ausencia, dice Escriche, es el estado de una persona que no se encuentra donde su presencia seria necesaria, ó que está en otro lugar diferente del de su residencia ó domicilio; ó que se halla fuera de la provincia en que están las cosas que le pertenecen, ó que ha desaparecido de su domicilio sin que haya noticias de su paradero ni de su existencia.

Esta definición comprende tres estados diferentes entre los cuales no existe ninguna analogía, y por lo mismo no nos parece exacta.

En el sentido jurídico la ausencia es una desaparición, no un simple alejamiento del domicilio; es el estado de una persona que ha desaparecido del lugar de su residencia, de quien no se tienen noticias, y por consiguiente cuya existencia es dudosa.