DE LA *EMANCIPATIO* A LA EMANCIPACIÓN

CARMEN GARCÍA VÁZQUEZ
UNIVERSIDAD DE CÁDIZ

En el Diccionario de la real Academia Española al verbo "emancipar" se le asignan dos acepciones: 1. Liberar de la patria potestad, de la tutela o de la servidumbre 2. (en sentido figurado) Salir de la sujeción en que se estaba.

El primero de los significados tiene un carácter transitivo, como verbo de tal clase viene definido, y la expresión "liberar" implica que un sujeto activo tiene que realizar la liberación, mientras la segunda acepción se presenta como intransitiva, no es necesaria una ayuda para "salir". De esta forma "emancipar" en nuestro vocabulario actual implica quedar liberado tanto si ha sido por una causa o por otra.

En Derecho Romano, sin embargo, no se daba esta equivalencia entre "salir de la potestad ajena" y "emancipare"; ésta era una de las formas por las que se rompía la relación agnaticia y el *filius familiae* dejaba de estar sometido a su padre; implicaba un acto voluntario del *pater familias* que independizaba al hijo de su autoridad[1].

Era una institución nacida de la adaptación, por la jurisprudencia pontifical, de una norma de las XII Tablas[2] sobre la que han existido interpretaciones contradictorias; la más generalizada ha sido que los decemviros, para limitar el abuso que del derecho que se les reconocía de vender a sus hijos, a veces, cometían los *pater familias*, establecieron que si después de la tercera venta el *filius* era manumitido no volvería a quedar sometido al padre; sería, de esta forma, una pena por el comportamiento de éste. Para diversos autores[3] aunque el primer efecto de la *emancipatio* era que el *filius familiae*, al desligarse del padre, se convertía en *sui iuris* este cambio de situación en época primitiva no era tan beneficioso como a primera vista pudiera parecer. Al independizarse se volvía extraño a la familia, perdía cualquier posible derecho vinculado a la misma y si el padre no le concedía algunos bienes su situación sería extrema-

[1] BERRURTI, voz: *Emancipazione. a) Diritto romano, Enciclopedia del diritto* XIV, Varese 1.965 Volterra, voz: *Emancipazione. Diritto romano, N.N.D.D.* VI, Torino, 1.957 (ristampa 1.979)

[2] Tabla 4.4: *Si pater filium ter venum dunit, filius a patre liber esto.*

[3] Entre otros: BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, I, 77 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

damente difícil; si el emancipado era patricio al salir de la familia y la *gens* se convertía en plebeyo, lo que era equivalente a extranjero.

Lévy-Bruhl[4], dudando de esta teoría, recordaba las objeciones que Krüger[5] o Ihering[6] le opusieron, la primera, que la venta de los hijos era una costumbre prácticamente desconocida entre los antiguos romanos por lo que no se comprende la necesidad decemviral de limitarla; la segunda, aunque llegó a rechazarla, que –basándose en Gaius 1.140[7]– los hijos de familia emancipados no quedarían sometidos al poder del comprador hasta el siguiente censo. Buscando una interpretación menos conflictiva, aducía que, teniendo en cuenta la gran importancia del número tres en las religiones primitivas, la triple repetición se debía a la gran importancia del acto a realizar que era la separación de la familia de un hijo varón.

Basándose en esta disposición, el *pater familias* que deseaba independizar a su hijo realizaba una triple venta fiduciaria y para mantener la relación de patronato con su hijo se lo hacía remancipar y él lo liberaba.

La formalidad decemviral se utilizó durante largo tiempo. Gayo, en las Instituciones, tras presentar los medios reconocidos por el Derecho para liberarse de un poder ajeno, señalaba que los descendientes también dejaban de estar bajo la potestad de los ascendientes mediante *emancipatio,* siendo la primera vez que utilizaba este vocablo, y haciendo una exposición detallada de la formalidad que se aplicaba a la misma. Aceptaba que la disposición de las XII Tablas *"si pater ter filium venum duit, a patre filius liber esto"* se refería únicamente al hijo varón y por lo tanto para la emancipación de una hija o de un nieto era suficiente una venta:

> Gai. 1.132: *Praeterea emancipatione desinut liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri uero liberi siue masculini sexus siue femini una mancipatone exeunt de parentum potestate; lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis: SI PATER FILIUM <TER> VENUM DUIT, A PATRE FILIUS LIBER ESTO. Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum uindicta manumittit; eo facto reuertitur in potestatem patris; is eum iterum mancipat uel eidem uel alii (sed in usu est eidem mancipari) isque eum postea similer uindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris reueretitur; tertio pater eum mancipat uel eidem uel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur), eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit sed adhuc in causa mancipi.*

[4] Lévy-Bruhl, *Nouvelles Etudes sur le Très Ancíen Droit Romain, París, 1.947.*

[5] Krüger, *Geschichte der capitis deminutio,* 102.

[6] Ihering, *Esprit du droit romain,* II, n. 274, p. 184.

[7] Gai. 1.140: *Quin etiam inuito quoque eo cuius in mancipio sunt, censu libertatem consequi possunt, excepto eo, quem pater ea lege mancipio dedit, ut sibi remancipetur; nam quodammodo tunc pater potestatem propriam reseruare sibi uidetur eo ipso, quod mancipatio recipit. Ac ne is quidem dicitur invito eo cius in mancipio est censu libertatem consequi, quem pater ex noxali causa mancipatio dedit, ueluti quod furti eius nomine damnatus est, et eum mancipio actori dedit; nam hunc actor pro pecunia habet.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

Advertía, en el siguiente párrafo, que si estaban sometidos a la patria *potestas* un hijo y descendientes de éste el *pater familias* tenía plena libertad para independizar, o retener bajo su autoridad, a quien desease:

> Gai. 1.133: *Admonendi autem sumus liberum esse arbitrium ei qui filium et ex eo nepotem in potestate habebit, filium quidem de potestate dimittere, nepotem uero in potesate retinere; uel ex diuerso filium quidem in potestate retinere, nepotem uero manumittere, uel omnes sui iuris efficere. Eadem et de prenepote dicta esse intellegemus.*

Es interesante lo anterior al tener en cuenta que se encontraba sometido al *pater familias* el concebido por el hijo que había sido vendido en dos ocasiones, aunque naciese después de una tercera. Discrepaba Gayo de la opinión de Labeón sobre la situación del concebido con posterioridad a la tercera venta; para éste dependía de quien tiene *in mancipium* a su padre, la idea gayana era que mientras su progenitor estuviese *in mancipio* quedaba en suspenso la situación del hijo que pasaría a depender de su padre cuando éste fuese manumitido, si moría antes de ser liberado, el *filius* se convertía en *sui iuris*:

> Gai. 1.135: *Qui ex filio semel iterumue mancipato conceptus est, licet post tertiam mancipationem patris sui nascatur, tamen in aui potestate est, et ideo ab eo et emancipari et in adoptionem dari potest. At is, qui ex filio conceptus est, qui in tertia mancipatione est, non nascitur in aui potestate. Sed eum Labeo quidem existimat in eiusdem mancipio esse, cuius et pater sit; utimur autem hoc iure, ut quamdiu pater eius in mancipio sit, pendeat ius eius; et siquidem pater eius ex mancipatione manumissus erit, cadat in eius potestatem; si uero is dum in mancipio sit, decesserit, sui iuris fiat.*

Ulpiano –Regla X.1[8]– se expresaba en la misma sintonía de Gayo al referirse a la forma establecida en las XII Tablas pero, a lo largo de la época clásica, el rechazo a la formalidad, que se iba imponiendo en los diversos aspectos del derecho, influyó en la materia que tratamos hasta tal punto que Diocleciano tuvo que cortar la práctica que se había establecido de emancipar al hijo sin formalidad alguna, recordando que era ésta y no la motivación que tuviese el padre para actuar lo que producía el efecto liberatorio:

> C. 48 (49).3: *Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni vel casu liberantur, nec causae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus solemnitas quaeritur. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Herennio.*

El cambio progresivo de mentalidad en la sociedad romana, recogido por el derecho, impregnó no sólo las forma sino la valoración total de la institución y

[8] *Liberi parentum potestate liberantur emancipatione, id est si, posteaquam mancipati fuerint, manumissi sint. Sed filius quidem ter mancipatus ter manumissus sui iuris fit: id enim lex duodecim tabularum iubet his uerbis: "si pater filium ter venum dabit, filius a patre liber esto". Ceteri autem liberi praeter filium tam masculi quam feminae una mancipatione manumissioque sui iuris fiunt.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

quedó reflejado en su normativa. Se mantuvo la libertad del *pater familias* para acordar su realización, sin embargo, se estableció su obligatoriedad en diversas circunstancias: Trajano la impuso, en un caso extraordinario, por maltrato del hijo[9] lo que fue recogido como principio general por los compiladores y de esta forma trasmitido a los interpretes. Se admitió con posterioridad que el *sui iuris,* arrogado siendo impúber, al llegar a la pubertad podía reclamar la *emancipatio* al *pater familias*[10]; durante la época clásica no se admitió como condición a un legado o fideicomiso[11] aunque Ulpiano se mostraba partidario de, en ciertos casos, admitir la cognición extraordinaria para exigir el cumplimiento de un gravamen de este tipo[12].

Constantino aceptó –en el año 330– la revocación por ingratitud[13] cuando los hijos o descendientes no respetasen a quien les concedió la independencia e incluso le ofendiesen, lo que fue ratificado no mucho más tarde[14]. Fue necesario, sin embargo, esperar al año 502 para que Anastasio admitiese una nueva forma de *emancipatio*. Estableció que los ascendientes pudiesen liberar de esta forma a los descendientes, que les estuviesen sometidos, aunque se encontra-

[9] Pap. 11, *quaaest.*, D. 37.12.5: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coaegit emancipare, quo postea defuncto, pater ut manumisor bonorum possessionem sibi competere dicebat: sed consilio Neratii Prisci et Aritonis ei propter necessitatem solvendae pietatis denegata est.*

[10] Pap. 31 *quaest.*,D. 1.7.32.pr.: *Nonnumquam autem impubes qui adoptatus est audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret, idque causa cognita per iudicem statuendum erit.*

[11] Marc., 8 *Inst.*, D. 30.114.8: *Sed si liberos suos emencipare rogatus fuerit, non cogiturhoc facere: potestas enim patria inaestimabilis est.*

[12] Ulp., 5 *de fideic.*, D. 35.1.92: *Si cui legatum fuerit relictum isque rogatus sit liberos suos emancipare, an cogi debeat manumittere? Et retineo me dixisse defici eos a petitione fideicommissi: neque enim praetor fideicommisarius eoa ad libertatem tuetur ut servos. Papinianum quoque libro nono responsarum scribere referebam non esse cogendum emancipare filios suos. arbitror tamen extra ordinem debere constitui eum qui adgnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare: neque enim debet circumvenire testantium voluntas: sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub condicione liberorum amancipandorum ei fuiste legatum vel ita relictum, ut eos emanciparet. cui rei consequens est, quod divus Severus rescripsit. nam cum quaedam mulier nepotes suos heredes instituiste et ipsum filium coheredem filius suis dedisset eosque invicem substituiste rogassetque filium, ut filios emanciparet, non autem rogasset, ut hereditatem eis restitueret: ex auctoritate divi Severi emancipare eos compulsus est hisque restituere hereditatem. et adiectum est, ut, si tardius id faceret, quasi ex mora usuras praestaturum: videri enim eum, qui moram faceret emancipationi, moram restitutioni fideicommissi eam facere.*

[13] Fr. Vat. 248: *...ipsam contumeliis persequi neque in afectu pietatis monitos posse mitescere. Volumus igitur ut, si constiterit iuxta patrem liberos, contra quam humanitatis ratio deposcit, superbe crudeliterque se tollere, emancipatio firmitudine evacuetur, idque quod liberis pater donationibus contulit, patris dicioni naturaeque iuri subiugati patriae reddant potestati, et ita illi, qui sacris evoluti a functione obsequii recesserunt, necessitatis laqueis adstricti nova commendatione pietatis etiam detrectantes ad id veniant. Data XVII k. Aug. Constantinopoli Gallicano et Symmacho conss.*

[14] C. 8.49 (50)1: *Filios et filias ceterosque liberos contumaces, qui parentes vel acerbitate conviiicii vel cuiuscunque atrocis iniuriae dolore pulssassent, leges, emancipatione rescissa, damno libertatis immeritate mulctare voluerunt. Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Praetextatum P.U. (367)*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

sen ausentes o en cualquier lugar que habitasen si, previa solicitud al Príncipe y autorización del mismo –*per rescriptum principis*– presentaban el caso ante el juez competente; los emancipados, si habían salido de la infancia, deberían prestar su consentimiento:

> C. 8.48 (49).5: *Iubemus, licere parentibus, id est patri, avo paterno seu proavo, ceterisque ulterius per masculini sexus personas continua generis serie coniunctis, si liberos, quos habent in potestate propria, id est filium vel filia, nepotem seu neptem ex filio, pronepotem seu preneptem, ceterosque itidem per masculini sexus personas continua generis linea sibi coiunctos, per emancipationem, vel absentes et peregre degentes, vel in iisdem locis seu regionibus et civitatibus commorantes, in iudicio vero non praesentes, iuris sui constituere maluerint, supplicationibus porrectis mereri super hoc divinum oraculum, hocque apud competentem iudicem, ad cuius iurisdictionem actus emencipationis pertinet, insinuare, superque precibus a semet oblatis apud eum deponere, ut hoc subsecuto et auctoritate praecedente principali, plenissimum robur emancipatio sortiatur, et personae, in quas talis liberalitas collata sit, de aliena potestate quasi a parentibus ex emancipatione manimissae liberentur; si tamen ipsae nihilominus sub gestorum testificatione, vel apud eundem iudicem vel apud alium quemlibet, proposito parentum suam etiam voluntatem consonare vel ante preces oblatas et sacros apices promulgatos, vel postea deposuerint, nisi infantes sint, qui et sine consensu etiam hoc modo sui iuris efficiuntur. Imp. Anastasius A. Constantino P.P. (502)*

Se admitió, como consecuencia de la menor importancia que ya tenía la agnación frente a la cognación como fuente del vínculo familiar, que el nuevo *sui iuris* conservase sus derechos legítimos en las herencias, en las sucesiones, en las tutelas y en todo lo demás[15].

Justiniano, tras una crítica a como se llevaban a cabo las emancipaciones, dispuso que, evitando formalidades innecesarias, pudiese realizarla quien desease, de acuerdo con las normas anastasianas o, simplemente, presentado la solicitud ante el juez competente:

> C. 8.48(49).6: *Quum inspeximus, in emancipationibus vanam observationem custodiri, et venditiones in liberas personas figuratas, et circumductiones inextricabiles, et iniuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus, iubemus, huiusmodi circuito in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal*

[15] C. 6.58.11: *Si ab eo, qui ex sacro rescripto secundum nostram constitutionem fieri postulaverit emantipationem liberorum, petitum sit, quatenus ei, qui emancipandus emancipandave est, minime legitima iura per emantipationem exstinguantur, aedem iura tam emancipato vel emancipatae contra personas alias hoc modo sibi coniunctas, quam aliis itidem contre eum vel eam in hereditatibus, vel successionibus, et tutelis, nec non ceteris serventur intacta, collationibus tamen ab his secundum ea, quae super emencipatis statuta sunt, quotiens talis, casus emerserit, utpote peracta emancipatione, faciendis. Imp. Anastasius A. Constantino P.P. (502)*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes, vel deiceps progeniem in potestate sua constitutum a sua manu dimittere, et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter hoc sibi servaverit, et peculium donare, vel alias res liberalitis titulo in eos transferre, et eas res, quae acquiri indignantur, per usufructum secundum nostrae constitutionis modum detinere, et omnia facere, vana tantummodod, secundum quod iem dictum est, observatione sublata. Imp. Iustinianus A. Ioanni P.P. (531)

En las Instituciones presentaba la institución, que analizamos, como uno de los modos de salir de la *patria potestas*; tras referirse a las antiguas formalidades y aludiendo a la constitución citada anteriormente, afirmaba que las había reformado para mejorarlas ya que sería suficiente la presentación de los ascendientes ante los jueces o magistrados competentes:

I.12.6: *Praeterea emancipatione quoque desinunt liberi in potestate parentum esse. sed ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebet, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumissioes celebrabatur, vel ex imperiali rescripto. nostra autem providentia etíahoc in melius per constitutionem reformavit, ut fictione prístina explosa recta via apud competentes iudices vel magistratus parentes intrent et filios suos et filias vel nepotes vel neptes ac deinceps sua manu dimitterent. et tunc es edicto praetoris in huius filii vel filiae, nepotis vel neptis bonis, qui vel quae a parente manumissus vel manumissa fuerint, eadem iura praestantur parenti, quae tribuuntur patrono in bonis liberti: et praeterea si impubes sit filius vel filia vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam eius nanciscitur.*

Esta idea la emancipación como una forma de salir de la patria potestad continuaba vigente en el s. XIII y se reflejó en las Partidas[16]; la Partida IV, título XVIII, recogía "De las razones porque se tuelle el poderío que han los padres sobre los fijos" y después de exponer las diversas causas por la que los hijos dejan de estar sometidos al padre recogía en la ley XV "Como sale el fijo del poder de su padre por emancipación" regulando formalidades y efectos.

Tras precisar –ley XV– que era otra de las maneras de salir el hijo de la potestad del padre, determinaba que deberían acudir ante el juez el padre y el hijo, el primero habría de manifestar su voluntad y el segundo aceptarla, pudiendo el padre retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios del hijo. Si el hijo no estaba delante, o era menor de edad, no se podía llevar a cabo a no ser que el padre solicitase autorización al rey y éste la concediese; si fuese mayor de siete años debía, a su vuelta, aceptarla ante el juez. (ley XVI) Una de las diferencias, con la legislación justinianea, se constata en la valoración de la aceptación por las partes, a la que se le daba gran importancia, ya que a tenor de la ley XVII, la voluntad de ambos habían de ser prestadas

[16] Alfonso X el Sabio 1221-1284.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

voluntariamente, no pudiendo ser ni constreñido el padre ni apremiado el hijo, sino que "se ha de fazer concejeramente", estando obligado el primero a reflejar su deseo en una carta para que no hubiese dudas sobre la validez del acto.

Frente a estas normas de carácter general se recogían –ley XVIII- "Por que razones pueden los padres ser constreñidos que saquen de su poder a sus hijos". Eran cuatro, derivadas de las que se habían contemplado en el Derecho Romano, la primera, la crueldad con el hijo que debía ser castigado con mesura y piedad, la segunda, que el padre dedicase a sus hijas a la prostitución, la tercera, si deseaba aceptar el testamento de un tercero realizado bajo condición de emancipación del hijo y la cuarta, al hijastro que, cumplidos los 14 años, se llevaba mal con el padrastro porque malgastaba lo suyo; esta circunstancia se debería demostrar ante el juez que podría ordenar la emancipación.

Por último –ley XIX– con la misma idea constantiniana, vista anteriormente, se advertía "Que el fijo, después que es emancipado, lo puede el padre tornar a su poder, si fuere desobediente"; si el hijo era ingrato, porque no agradecía el bien que le habían hecho, y actuaba contra el padre, deshonrándolo de palabra o de hecho, se consideraba que era una de las grandes maldades que un hombre podía cometer y debía volver a someterse a su potestad.

Frente a esta minuciosa normativa en las Leyes de Toro –7 de marzo de 1.505– la única alusión a la institución que analizamos era que "el hijo o hija casado velado, sea tenido por emancipado en todas las cosas para siempre" y de manera análoga se aludía en la Novísima Recopilación[17]. Encontramos aquí un cambio en el concepto de emancipar mantenido hasta entonces, no se presentaba como una acción voluntaria del padre que producía unos efecto sino como el efecto del matrimonio del hijo, realizado con una sanción religiosa especial, trasmitía la impresión de que emancipación era equivalente a desvincularse del poder familiar no una de sus formas.

Un año antes de esta Recopilación, en 1.804, el Código de Napoleón había regulado la emancipación con esta misma idea de concepto general, que subsumía las causas de salir de la patria potestad: dedicaba el título X a tratar "de la minorité, de la tutelle et de l'emancipation" mientras que la mayoría de edad se recogía en el título XI "de la majorité, de l'interdiction, et du conseil judicaire". El primer capítulo del título X[18] declaraba que era menor el individuo, hombre o mujer, que no había cumplido los 21 años y, en consonancia con ello, el primero del título XI[19] fijaba que la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años. En el primero de estos títulos, después de regular la tutela, en el capítulo III abordaba la emancipación estableciendo en el artículo 476[20] que el menor quedaba emancipado de pleno derecho por el matrimonio y citando, a

[17] 1.805, Libros, título V, ley III.

[18] Art. 388: Le mineur est l'individu de l'un ou de l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de vingt-un ans accomplis.

[19] Art. 488: La majorité est fixée à vingt-un ans accomplis; à cet âge on est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre *du Mariage*.

[20] Art. 476: Le mineur est émancipé de plein droit per le mariage.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

continuación[21], otras formas por las que podría alcanzar la capacidad, la primera por voluntad del padre y en su defecto de la madre, de una forma muy simple, la declaración ante el juez de paz, asistido por el escribano forense, o ante notario. En segundo lugar, si no tuviese padre ni madre, en un mismo acto el Consejo de Familia lo juzgaría capaz y el juez de paz, como presidente del mismo, lo declararía emancipado[22]. Si el tutor no actuase y uno o varios parientes lo creyesen conveniente solicitarían del juez de paz que convocase al consejo de familia[23].

Podría dar la impresión de que, establecida la mayoría de edad a los 21 años, el matrimonio produciría la emancipación a cualquier edad e independientemente de la voluntad de los padres, sin embargo, se exigía la autorización de éstos para que el hijo se casase antes de los 25 años y la hija antes de los 21[24] con lo cual la posibilidad de contraer matrimonio, en el caso de los varones, estaba mas restringida que la mayoría de edad en general y, en todo caso, había que contar con la voluntad paterna.

En España, el Discurso Preliminar del Proyecto de Código Civil presentado[25] por la Comisión especial de las Cortes, nombrada el 22 de Agosto de 1.820, advertía que la citada Comisión había trabajado sin traspasar sus límites pero sin dejar vacíos legales y retomando la idea romana de que la emancipación era una de las formas de salir de la patria potestad, declaraba en referencia al título II "De la condición de padres é hijos" que los vínculos que unen a los padres con los hijos nacen con el hombre y solo la muerte puede disolverlos.

El articulado, libro II, título II. capítulo V "De los modos por los que se acaba o disuelve la patria potestad" regulaba, en el artículo 378, en tercer lugar la emancipación.[26] Se definía como acto por el cual los padres se desprendían de la potestad sobre sus hijos[27] y únicamente sería posible de los hijos varones por el padre y, en su defecto, la madre.

[21] Art. 477: Le mineur, même non marié, pourra être emancipé par son père, ou à defaut de père, par sa mère, lorsqu'il aura atteint l'âge de quinze ans révolus.

Cette émancipation s'opera par la seule déclaration du père ou de la mère, reçue par le juge de paix assisté de son greffier.

[22] Art. 478: Le mineur resté sans père ni mère pourra aussi, mais seulemant à l'âge de dix-huit ans accomplis, être émancipé, si le conseil de famille l'en juge capable.

En ce cas, l'émancipation résultera de la délibération qui l'aura autorisée, et de la déclaration que le juge de paix, comme président du conseil de famille, aura faite dans le même acte, *que le mineur est émancipé.*

[23] Art. 479: Lorsque le tuteur n'aura fait aucune diligence pour l'émancipation du mineur dont il est parlé dans l'article precédent, et qu'un ou plusieurs parens ou alliés de ce mineur, au degré de cousin germain ou à degrès plus próches, le jugeront capable d'être émancipé, ils pourront requérir le juge de paix de convoquer le conseil de famille por délibérer à ce sujet.

Le juge de paix devra déférer à cette réquisition.

[24] Art. 148: Les fils qui n'a pas l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l´âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consetement de leurs père et mère: en cas de dissentiment, le consentement du pére suffit.

[25] 1.821

[26] La patria potestad termina: 1°. Por la muerte natural de los padres, 2°. Por el matrimonio primero que los hijos contrajeron, 3°. Por la emancipación, 4°. Por haber cumplido los hijos la edad de 25

[27] Art. 381

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

Al hijo varón, mayor de 20 años se le podría conceder por el rey, contra la voluntad de los padres siempre que hubiese una justa causa[28] que sería una conducta arreglada del hijo, teniendo al mismo tiempo conocida habilidad para dirigir una labranza u otro establecimiento industrial, o si fuese sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir sin el auxilio de los padres. El Gobierno para concederla se aseguraría de la justa causa por medio de un expediente, actuado por el Jefe político de la provincia[29].

En el siguiente proyecto de Código Civil –1.836– que en el artículo 18 señalaba la mayoría de edad a los veinticinco años, en el libro I, título XII, capítulo IV "De las causas porque se disuelve la patria potestad", el artículo 405[30] reseñaba como causa 4ª la emancipación, dedicando el capítulo siguiente a los diversos modos de realizarse. Se refería a los hijos en general sin distinguir a los varones[31] y, tras especificar que podía realizarse por mutuo consentimiento, por gracia del rey o por decreto judicial[32] regulaba minuciosamente los condicionamientos, en el primer caso consentimiento expreso de los padres y el hijo[33], en el segundo, determinadas circunstancias del hijo[34], en el tercero, por determinados comportamientos de los padres[35].

[28] Art. 382

[29] Art. 383

[30] Art. 405: La patria potestad se disuelve: 1°. Por la muerte natural del padre o de la madre en su caso. 2°. Por la muerte civil del padre, y también por ausencia de éste cuando habiendo cometido algún delito grave no se presenta a justificarse de él; en cuyos casos pasa la patria potestad a la madre según lo prevenido en el artículo 387. 3°. Por el matrimonio legítimamente celebrado que contrajere el hijo o la hija. 4°. Por la emancipación. 5°. Por haber cumplido el hijo o la hija 25 años; siempre que su estado físico o moral no impida la administración de sus bienes- 6°. Por cualquier dignidad eclesiástica, ministerio parroquial u otro beneficio, hallándose los poseedores ordenados *in sacris*. 7°. Por cualquier empleo o cargo público de nombramiento del Rey, que tenga anexo el ejercicio de jurisdicción o carácter efectivo de Jefe en el Ejercito, en la Administración, o en cualquier otra carrera del Estado. Los que ejerzan otros cargos públicos no comprendidos en los dos números anteriores, sólo se tendrán por emancipados en lo concernientes a las funciones de su empleo. 8°. Por pasar a ulteriores nupcias la madre que se halle en el ejercicio de la patria potestad; y si enviudare la recobrara, no habiéndola quedado otros hijos del segundo o ulterior matrimonio. 9°. Por exponer o abandonar el padre a su hijo: en este caso, si alguna persona lo recogiere y mantuviere no podrá el padre reclamarlo para que vuelva a su potestad.

[31] Art. 407: Emancipación es un acto legal en cuya virtud el padre o la madre se desprenden de la potestad que tienen sobre sus hijos.

[32] Art. 408: La emancipación puede verificarse por el expreso consentimiento de los padres: 1° Por mutuo consentimiento del padre y del hijo. 2°Por gracia del rey. 3° Por Decreto judicial.

[33] Art. 409: La emancipación por el expreso deseo de los padres y de los hijos debe hacerse en escritura pública.

Art. 410: Para que tenga lugar esta primera especie de emancipación, es necesario que concurran en el hijo las dos circunstancias siguientes: 1ª.Que haya cumplido 18 años. 2ª. Que pueda subsistir independientemente de su padre, o que éste le asegure la subsistencia.

[34] Art. 411: El Rey puede otorgar la emancipación del hijo a instancia de éste, y aun contra la voluntad de su padre, concurriendo en dicho hijo las circunstancias siguientes: 1°. La edad de veintiún años cumplidos; 2°. La conducta moral y económica que constituye un buen padre de familia y 3°. Bienes suficientes para existir por sí solo, o una profesión o establecimiento de agricultura, comercio o industria, que rinda lo suficiente para proveer a su subsistencia.

[35] Art. 412: La emancipación por Decreto judicial tiene lugar: 1°. En el caso de haber sido expuesto los hijos o abandonados por sus padres en los términos que declara el art. 405 en su

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

En 1851 se redactó por una Comisión, presidida por Juan Bravo Murillo, un nuevo anteproyecto de Código Civil que recogía, como el anterior, la idea de la emancipación como un efecto de diversas circunstancias y no derivado exclusivamente de la voluntad del padre. Después de establecer en el artículo. 160 que la patria potestad acababa: 1°. por la muerte del padre o del hijo, 2°. por la emancipación, 3°. por la adopción y 4°. por la mayor edad del hijo, titulaba el título IX "De la emancipación y de la mayor edad", dedicando el capítulo primero a la emancipación; como causas de la emancipación se recogían el matrimonio[36] y la voluntad del padre, y en su defecto de la madre, con el consentimiento del hijo[37], exigiéndose un mínimo de formalidades: la escritura pública con la intervención del alcalde[38].

Era por tanto el primer proyecto español en el que se recogía el matrimonio como base de la emancipación pero, al igual que en el Código napoleónico, para las nupcias se requería la autorización paterna[39] aunque a partir de los 20 años se fuese mayor de edad[40]; además las hijas, mayores de edad pero menores de 25, no podían dejar la casa paterna sin licencia a no ser para casarse o cuando el padre o la madre hubiesen contraído ulteriores bodas.

En 1.869 se presentó un nuevo Proyecto codificatorio, esta vez de los libros I y II del Código Civil que fijaba la mayoría de edad a los veintiún años[41]. En el libro I, título X, capítulo III "De los modos de acabar la patria potestad", se volvía a contemplar la emancipación como uno de ellos[42], mientras que en el título XI, capítulo primero, que la regulaba establecía que ésta se llevaba a cabo por matrimonio[43] o por voluntad de los padres, con el consentimiento del hijo[44], la asistencia del Alcalde, prevista en el proyecto anterior, se sustituye por

---

número 9°. 2°. Por tratar a sus hijos con crueldad. 3°. Por haber prostituido a sus hijas, o atentado contra el pudor de éstas. 4°. Por aceptar los padres cualquier legado hecho bajo la condición de que emancipen al hijo.

[36] Art. 272: El matrimonio produce de derecho la emancipación, con la limitación establecida en el art. 60.

[37] Art. 273: El mayor de dieciocho años, y menor de veinte, puede ser emancipado por el padre. y a falta suya por la madre, siempre que él consienta en su emancipación.

[38] Art. 274: La emancipación se otorgará en escritura pública, con intervención del alcalde del domicilio del emancipante.

[39] Art. 51: El hijo de familia que no ha cumplido los veintitrés años, y la hija que no ha cumplido los veinte, necesitan para casarse el consentimiento paterno.

[40] Art. 276: La mayor edad empieza a los 20 años cumplidos.

[41] Art. 176: Las personas de ambos sexos que no han cumplido veintiún años, son menores de edad.

[42] Art. 199: La patria potestad se acaba: l°. Por la muerte del padre o la del hijo. 2°. Por la emancipación. 3°. Por la adopción. 4°. Por la mayor edad del hijo.

[43] Art. 204: El matrimonio produce de derecho la emancipación con la limitación establecida en el art. 80.

[44] Art. 205: El mayor de dieciocho años y menor de veintiuno puede ser emancipado por el padre, y a falta suya por la madre, siempre que él consienta en su emancipación.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

la del Juez y se crea la obligación de inscripción en la partida de nacimiento[45]. En este proyecto también se exigía la autorización paterna para el matrimonio de los menores[46] y el consejo para los mayores[47], sin limitación de edad.

El primer Proyecto de Ley de Bases, que se redacta en 1.881, señalaba la mayoría de edad a los 22 años y no se aludía ni a la patria potestad ni a la emancipación.

En 1.882 un nuevo Proyecto de los libros primero mantenía la mayoría de edad a los veintiún años[48], y reproducía las causas de emancipación del anterior[49]; establecía ciertas limitaciones[50] y condiciones[51], respetando las mismas formalidades[52] y las restricciones que para las mujeres se habían previsto en el anteproyecto de Bravo Murillo[53], así como la necesidad de autorización o consejo para contraer nupcias[54].

El siguiente Proyecto de Ley de Bases –presentado en 1.885 por Francisco Silvela que destacaba las diferencias entre su propuesta y los proyectos de 1.881 y 1.882–, advertía en la Base VII: "Se fijará la mayor edad en los 25 años

[45] Art. 206: La emancipación se otorgará por la sola declaración del padre o de la madre, recibida por el Juez de paz del domicilio con asistencia del Secretario.

La emancipación deberá hacerse constar al margen de la partida de nacimiento del emancipado para que pueda producir sus efectos legales.

[46] Art. 55: Para que el menor de veintiún años pueda contraer matrimonio es menester que obtenga el consentimiento de su padre, y a falta de éste, o hallándose impedido, de su madre y sucesivamente del abuelo paterno o materno, y en su defecto del tutor con acuerdo del consejo de familia. En el caso de disentimiento entre el tutor y el consejo de familia, prevalecerá el voto favorable a la celebración del matrimonio.

[47] Art. 59. Los hijos legítimos mayores de veintiún años pedirán el consejo para contraer matrimonio a sus padres o abuelos por el orden prefijado en el artículo 55; si no fuere el consejo favorable, no podrán casarse hasta después de transcurridos tres meses desde la fecha en que lo pidieron. La petición del consejo se acreditará por declaración del que hubiere de prestarlo ante Notario público, o bien ante el Juez de paz, previo requerimiento y en comparecencia personal.

[48] Art. 286: La mayoría de edad principia a los veintiún años cumplidos. El mayor de edad es capaz de todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

[49] Art. 280: Puede emanciparse el menor: 1°. Por el matrimonio. 2°. Por concesión del padre o madre que ejerza la patria potestad, y, a falta de éstos, por la del consejo de familia.

[50] Art. 281: El matrimonio produce de derecho la emancipación con las limitaciones contenidas en el artículo 46 y en el párrafo tercero del artículo 36.

[51] Art. 282: Para que tenga lugar la emancipación a que se refiere el párrafo segundo del artículo primero de este capítulo es necesario: 1°. Que el menor tenga dieciocho años. 2°. Que éste consienta en ella.

[52] Art. 283: La emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal. En uno y otro caso mandará éste que se inscriba en el Registro de tutelas.

[53] Art. 287: A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan como no sea para casarse, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas.

[54] Art. 31: está prohibido el matrimonio: 1°. Al menor de edad que no haya obtenido la licencia y al mayor que no haya solicitado el consejo de las personas a quienes corresponde otorgar una y otro en los casos determinados por la ley.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

para los efectos de la legislación civil, autorizándose la emancipación voluntaria por actos entre vivos y por matrimonio hasta el límite de los dieciocho años de edad en el menor"

Una redacción similar se mantendría en la Ley de Bases del Código Civil, de 1.888, Base VIII: "Se fijará la mayoría de edad en los veintitrés años para los efectos de la legislación civil, estableciéndose la emancipación por matrimonio y la voluntaria por actos entre vivos a contar desde los dieciocho años de edad del menor.

Cuando, basándose en estos antecedentes,[55] el Real Decreto de 6 de octubre de 1.888 ordenó la publicación del Código Civil en la Gaceta de Madrid y el 24 de Julio de 1.889 se mandó insertar en la misma Gaceta el texto de la nueva edición del Código Civil, con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo Civil de la Comisión general de Codificación, la emancipación, tres ser citada como una de las formas de acabar la patria potestad[56], quedó recogida en el título XI "De la emancipación y de la mayor edad", que constaba de dos capítulos, el primero "De la emancipación", el segundo "De la mayor edad". Aunque esta distribución pudiese dar la impresión de que se trataban dos instituciones diversas, en el artículo 314, primero del capítulo I se establecía que la emancipación tendría lugar por el matrimonio del menor, por la mayor edad y por concesión del padre o la madre que ejerciese la patria potestad. Definitivamente se había fijado la idea de que la emancipación se puede realizar por diversas causas.

Respecto al matrimonio se recogieron las limitaciones del Proyecto de Francisco Silvela en cuanto a la obligatoriedad de la autorización o consejo[57]; la mayoría de edad se estableció en los veintitrés[58] años aunque las mujeres estaban sometidas a ciertas limitaciones que se mantuvieron en la reforma de 1.952[59]; para la concesión por los padres exigía que el emancipado tuviese al menos dieciocho años y su consentimiento[60]. Se realizaría por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal

Con posterioridad a la entrada en vigor del Código, un caso extraordinario de emancipación –por concesión de la Patria– fue reconocido en un Decreto-ley de 7 de marzo de 1.937 para los mayores de dieciocho años que, en tiempos de guerra, se alistasen en el Ejercito o Marina nacional, siendo irrevocable aunque acabase la guerra; una ley de 13 de diciembre de 1.943 redujo la mayoría de edad a los 21 años.

[55] García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1.974. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española* I-II, Madrid, 1.970.

[56] Artículo 167: La patria potestad se acaba: 1°. Por a muerte de los padres o del hijo. 2°. Por la emancipación. 3°. Por la adopción del hijo.

[57] Artículos 45 a 50.

[58] Art. 320: La mayor edad empieza a los veintiún años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

[59] Ley de 20/10/1.952. B.O.E. 357 de 22/17 art. 321.

[60] Art. 318.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

Las limitaciones a las hijas no serían recogidas por la ley 31/1.972 de 22/7 - B.O.E. 176 de 24/7- que mantuvo la mayoría de edad en los veintiún años, hasta el Real Decreto-Ley 33/1.978 de 16/11 -B.O.E 275 de 17/11- que la rebajó a los dieciocho.

Fue la Ley 11/1.981 de 13/5 8B.O.E. 181 de 30/7) la que realizó una auténtica reforma en la materia dándole una nueva estructura y redacción a gran parte del título XI que pasó a denominarse "De la mayor edad y de la emancipación" mientras que la Ley 21/1.987 de 11/11. B.O.E. 275 de 11/11 que modificó diversos artículos mantuvo la misma redacción en el artículo 314[61]. El Código Civil actual, que ha sido calificado en esta materia de poco coherente y falto de sistemática[62], recoge el contenido del anterior artículo 167 en el 169 y el artículo 314, de acuerdo con la reforma de 1.981, establece que la "emancipación tiene lugar: 1°. Por la mayoría de edad. 2°. Por el matrimonio del menor. 3°. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad. 4°. Por concesión judicial".

La mayoría de edad se alcanza a los 18 años[63] y el artículo 46 prohibe el matrimonio a los menores de edad no emancipados[64]; dado que los 16 años son la edad mínima para la emancipación, ésta sólo se lograría directamente por matrimonio entre los 16 y los 18 ya que las personas comprendidas entre los 14 y los 16 para celebrar las nupcias necesitan una dispensa del Juez de Primera Instancia[65].

En la tercera de las causas, -sería la que derivaría del Derecho Romano- el menor debe prestar su consentimiento y se otorgará en escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro[66]; su inscripción en el Registro le confiere efectos frente a terceros y la convierte en irrevocable[67].

En cuanto a las concesiones judiciales se distingue en el Código entre la concesión de la emancipación[68] y el beneficio de la mayor edad[69]; el primer

[61] Lalaguna Domínguez, *El Código Civil y sus reformas*, Madrid, 1.984

[62] Lete del Rio. *Comentario al art. 314, Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales,* dirigidos por el Prof. Albaladejo,. IV, Madrid, 1.985, 500.

[63] Art. 315: La mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

[64] Art. 46: No pueden contraer matrimonio: 1°. Los menores de edad no emancipados. 2°. Los que están ligados por vínculo matrimonial

[65] Art. 48.

[66] Art. 317: Para que tenga lugar la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad, se requiere que el menor tenga dieciséis años cumplidos y que la consienta. Esta emancipación se otorgará por escritura pública o por comparecencia ante el Juez encargado del Registro.

[67] Art. 318 La concesión de emancipación habrá de inscribirse en el Registro Civil, no produciendo entre tanto efectos contra terceros. Concedida la emancipación no podrá ser revocada.

[68] Art. 320: El Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciséis años, si éstos la pidieren y previa audiencia a los padres: 1°. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajere nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor. 2°. Cuando los padres vivieren separados. 3°. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad.

[69] Art. 321: También podrá el Juez, previo informe del Ministerio Fiscal, conceder el beneficio de la mayor edad al sujeto a tutela mayor de dieciséis años que lo solicitare.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083

supuesto se prevé para los hijos mayores de 16 años que se encuentren en determinadas circunstancias el segundo para los sometidos a tutela que lo solicitaren.

En conclusión, a lo largo de la evolución del Derecho Romano, la mancipación fue un acto que liberaba al *filius* de la *potestas*, realizado voluntariamente por el *pater familias*, aunque a veces se le pudiese obligar a realizarla; estas ideas fueron recogidas por las Siete Partidas. Las Leyes de Toro establecieron el matrimonio causa de emancipación, lo que se mantendría en los Proyectos de Código Civil de 1.820, 1836, 1.851, 1869, 1.882 en los que se regulaba como una de las formas de salir de la patria potestad cuya motivación no era únicamente la voluntad paterna; así sería recogida en el Código Civil de 1.889 y se mantiene en el actual. Se debe señalar que nunca fue ajena a los padres la emancipación por matrimonio ya que para contraer nupcias era necesaria la autorización paterna.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0083