LA EMANCIPACIÓN DE UN MENOR DE EDAD EN MIRÓBRIGA*. AÑO 1559

Justo García Sánchez e Beatriz García Fueyo
Universidade de Oviedo, Espanha

* Se trata de una población española, perteneciente a la provincia de Salamanca, próxima a la frontera de Portugal, con algo más de quince mil habitantes en la actualidad, de origen celta, e históricamente conocida en las fuentes clásicas como Mirobriga Wettonum o Wectonia, de cuya vinculación étnica quedan como testimonios fidedignos, al menos, una pesa descubierta en las inmediaciones de las casas consistoriales, y el famoso verraco, ubicado delante del castillo de Enrique II, hoy parador nacional de turismo. Posteriormente, después de la conquista romana, y de la finalización de la campaña militar de Octavio contra cántabros y astures, pasó a denominarse Augustobriga, por referencia al primer emperador romano, hijo adoptivo de Julio César, y se la enmarcó dentro de la Lusitania. De este período quedan todavía hoy una parte reformada del puente sobre el río Águeda que la circunda, además de las murallas medievales, levantadas después que el conde don Rodrigo González Girón reconquistara el lugar a los musulmanes el año 1102 a instancias del rey castellano Alfonso VI, adaptándolas a las contiendas bélicas que ha soportado nuestra población a lo largo de los siglos, y que todavía se mantienen felizmente en pié a lo largo de toda su circunscripción. No obstante, el monumento romano más conocido son las Tres Columnas, símbolo de Ciudad Rodrigo desde la Edad Media, que eran o un ara dedicada al emperador antes citado, o simplemente constituían los términos augustales, como rezan en una de sus inscripciones milenarias: "inter Bletisam (Ledesma), Salmanticam (Salamanca) et Mirobrigam". Vid. por todos, A. Sánchez Cabañas, Historia Civitatense. Estudio introductoria y edición de A. Barrios García e I. Martín Viso, Salamanca 2001, cuyo manuscrito, conservado en la USAL y en RAH, data de las primeras décadas del siglo XVII; G. González Dávila, Theatro eclesiástico de la Iglesia de Ciudad Rodrigo, Salamanca 1618 (reimpr. facs. Ciudad Rodrigo, CEM, 2000. Presentación de J. García Sánchez; M. Hernández Vegas, Ciudad Rodrigo. La catedral y la ciudad, dos vols., Ciudad Rodrigo 1935 (reimpr. facs. 1982); J. I. Martín Benito, en Historia de las diócesis españolas. 18. Iglesias de Ávila, Salamanca y Ciudad Rodrigo, coord. T. Egido, Madrid 2005; D. Nogales y Delicado, Historia de la muy noble y muy leal ciudad de Ciudad Rodrigo, Ciudad Rodrigo 1882 (reimpr. facs. 1982); AAVV., Episcopologio Civitatense. Historia de los obispos de Ciudad Rodrigo (1168-2009), Salamanca 2010.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Tratando de aspectos relativos a la Recepción del Derecho romano en el ámbito del Derecho de familia, presentamos en este estudio la vigencia de la normativa romana en el siglo XVI español, circunscribiéndonos al instituto de la emancipación[1], como uno de los modos de salir de la patria potestad, por lo que se refiere al negocio jurídico de liberación del poder paterno.

El nervio de la comunicación se centra en el análisis de dos documentos notariales complementarios, conservados en el AHPSa[2], y que recogen escrituras otorgadas ante uno de los escribanos reales, públicos y de número de la localidad miro-brigense, en la provincia de Salamanca: en la primera de ellas, se refiere el acto de liberación de la patria potestad, mientras que en la segunda se otorga un curador para el menor emancipado.

Debemos reseñar que Miróbriga tuvo su época de mayor esplendor en los años centrales del siglo XVI, en los planos económico, social, político y cultural, además de eclesiástico, como testimonian los monumentos conservados, desde la catedral al ayun-tamiento, pasando por los múltiples palacios y casas señoriales, a partir del pertene-ciente al primer marqués de Cerralbo, amigo personal de Felipe II y estrecho colaborador político del monarca hispano. En esta población salmantina convivieron algunos sujetos de primer nivel, no solo en los reinos hispánicos, sino en toda Europa y América, con personajes tan importantes como fueron Cristóbal de Castillejo o Feli-ciano de Silva, en el mundo de las Letras; en el de los clérigos, el venerable Centenales, discípulo de san Juan de Ávila o fray Antonio de Ciudad Rodrigo, que fue uno de los apóstoles de Méjico; entre los prelados, hay figuras tan insignes como el cardenal Juan de Tavera, y los juristas Diego de Covarrubias o Diego de Simancas; finalmente, en este período encontramos algunos de los hijos más ilustres de la localidad, como Antonio del Águila, obispo de Zamora, y el famosísimo cardenal Francisco Pacheco de Toledo, que fue un hombre clave en las relaciones de san Pío V con las potencias que conformaron la Liga frente a los turcos, culminando con la derrota de éstos el año 1571 en la batalla de Lepanto[3], comandando las tropas el hermanastro del rey Felipe II, Juan de Austria, y en cuya designación tuvo una influencia decisiva el citado mirobrigense.

1 Sobre el significado de este término en las fuentes jurídicas romanas, su régimen y alcance, vid. R. Leonhard, en *Pauly-Wissowa, Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, nueva ed., t. V, 1905, cols. 2476-2479, *s. v. emancipatio*; E. Volterra, en *NNDI*, dir. por A. Azara y E. Eula, t. VI, Torino 1957, pp. 489-490, s. v. emancipazione. Diritto romano; A. Berrutti, en *ED*, t. XIV, Varese 1965, pp. 807-809, s. v. emancipazione. a) Diritto romano, F. Baudry, en *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Ch. Daremberg-Edm. Saglio, t. II-première partie, D-E, Graz 1969, pp. 592-593, *s. v. emancipatio*; H. Heumann-E. Seckel, Hadlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 11 ed., Graz 1971, pp. 1168-1169, *s. v. emancipare*; A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, reimpr., Philadelphia 1980, pp. 451-451, *s. v. emancipatio*, y bibliografía; A. Torrent Ruiz, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid 2005, pp. 310-311, *s. v. emancipatio*.

2 AHPSa = Archivo Histórico Provincial de Salamanca

3 En la segunda mitad de la centuria, se asentaron en esta población dos prebendados foráneos, cuya personalidad honró la nueva vecindad: el granadino y antiguo catedrático salmantino, maestro Miguel de Palacio Salazar, fundador de las cátedras en el colegio de San Agustín de Miróbriga, y el Dr. Juan Gutiérrez, placentino, porque la mayor parte de su producción científica relativa al *Utrumque Ius* se imprimió en los lugares más relevantes de Europa desde la vinculación a la catedral de Santa María, en su calidad de canónigo doctoral.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

El otorgamiento de la escritura pública notarial que vamos a examinar[4] permite analizar, desde la redacción literal del primero de los documentos extendidos por un fedatario público en 1559, una serie de datos de hecho del máximo interés, por lo que afecta a la materia del instituto de la emancipación[5].

El negocio jurídico emancipatorio tuvo lugar el día 24 de julio de 1559[6], es decir, en una fecha hábil para la administración de justicia, porque era un lunes no festivo, santa Cristina[7]. Este hecho implica que no hubo necesidad de aplicar la constitución del emperador Constantino[8], recogida en el *Ius Commune*, a tenor de la cual:

Sicut indignissimum videbatur diem solis[9] *veneratione sui celebrem*

4 AHPSa. Sección protocolos. Escribano Francisco Núñez Vela. Sign. 1513, fols. 147r-148r.

5 Emancipar viene de *emancipare*, que significa soltar de la *manus*, es decir, sacar del poder del pater-faminias a uno de sus sometidos o enajenar, vender y transferir algo o alguien perteneciente a ese poder, pues como señala Festo: *emancipare generatim est e manu, id est, potestate ac dominio, transferre, alienare, vendere*, por lo cual en Plinio se alude a *emancipare praedia fundosque*. Vid. Heumanns, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rect*, 9ª ed. rev. por el Dr. E. Seckel, Jena 1914, pp. 168-169, s. v. emancipare. G. B. Conte – E. Pianezzola – G. Ranucci, *Dizionario Della lengua latina,* Firenze 2004, p..451, s. v. *emancipatio, onis*. Emancipación de un hijo de la *patria potestas*: Quintiliano 11.1.66 (*Institutiones oratoriae*). Cicerón, *De domo sua* 37: *adoptatum emancipari statim*: el, apenas adoptado, se ha emancipado inmediatamente.

6 En aquel momento era titular del corregimiento de Ciudad Rodrigo, como máxima autoridad civil y jurisdiccional, un representante del Rey de España, quien nombraba un colaborador en calidad de teniente, letrado versado en Leyes, quien le sustituía en la actividad por ausencia o por simple delegación de atribuciones. A nivel eclesiástico fue el último año de episcopado de D. Pedro Ponce de León, quien resultó promovido entonces al episcopado placentino (Plasencia, Cáceres), en Extremadura, y nombrado por Felipe II inquisidor general. Probablemente tuvo lugar un traslado forzoso, a causa de sus enfrentamientos con la comunidad premostratense del monasterio de La Caridad, en cuyo cenobio estaba ubicada la parroquia de San Blas, de la que ha quedado como recuerdo actual una romería que celebran los mirobrigenses anualmente el día 3 de febrero, para seguir honrando al santo protector de las enfermedades de garganta. M. Hernández Vegas, op. cit., t. II, pp. 65-66, se limita a reseñar: "Omitimos las gravísimas discordias y ruidoso pleito, que el obispo Ponce de León tuvo con los premonstratenses de la Caridad sobre la provisión del curato de Robledillo (Cáceres) y la visita de la parroquia de San Blas, sita en el monasterio. El Becerro de la Caridad trata de las dos cuestiones con toda extensión. Quizá fueron la causa del traslado del obispo a Plasencia en 1559 (1554)". Cf. *Becerro del Monasterio de Nuestra Señora de la Caridad de Ciudad Rodrigo (siglos XII-XIX)*, ed. de I. Martín Viso, op. cit., pp. 119-132; A. Sánchez Cabañas, op. cit., pp. 307-312; G. González Dávila, op. cit., pp. 31-32; *Episcopologio Civitatense*, op. cit., pp.193-198. Del citado prelado se afirma que aprobó el traslado de los religiosos trinitarios junto a las murallas de Ciudad Rodrigo, e intervino en la consulta sobre el foco luterano de Valladolid, bien identificado con el doctor Cazalla. Falleció el 16 de enero de 1573 y se le inhumó en la catedral de Plasencia (Cáceres). Fue "amador de las letras y aficionado a la buena y venerable antigüedad dellas, y mas de las cosas eclesiasticas", habiendo participado activamente en Trento.

7 Cf. A. Cappelli, *Cronología, cronografía e calendario perpetuo*, 4ª ed. agg., Milano 1978, pp. 44-45.

8 C. Th. 2, 8, 1. Imp. Constantinus A. Helpidio… Proposita V non. iul. Caralis Crispo II et Constantino II CC. cons. (Cagliari, 3 de julio del año 321): Del mismo modo que parece indigno que en el día consagrado a venerar el sol se ocupe en procesos y disputas contenciosas entre los individuos, en cambio resulta grato y digno de elogio la realización de actividades que son propicias a esa fiesta, por lo cual el Emperador da facultad para llevar a cabo en ese día de la semana tanto la emancipación como las manumisiones, y determina que no se prohiban cuantos actos les conciernen. Tampoco era precisa la aplicación de C. Iust. 3, 12, 7 (8), a propósito de la Constitución de Valentiniano, Teodosio y Arcadio, fechada el año 392, según la cual quedaban paralizados todos los actos públicos y privados durante los quince días de Pascua, añadiendo la ley imperial: "*in his tamen emancipandi et manumittendi cuncti licentiam habeant, et super his acta non prohibeantur*".

9 Según Apocalipsis 1, 10, el día del Sol pasa a ser para los cristianos el domingo, viniendo a considerarse como el primer día de la semana. Hay varios testimonios en el mismo Código de Teodosio II en los que aparece la equivalencia entre ambos términos, *dies Solis et dies Domini,* y en el Código de Justiniano, 3, 12, 6. Cf. *Les lois religieuses des Empereurs romains de Constantin à Theodose II (312-438), vol. II. Code*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

altercantibus iurgiis et noxiis partium contentionibus occupari, ita gratum ac iucundum est eo die quae sunt maxime votiva conpleri. Atque ideo emancipandi et manumittendi die festo cuncti licentiam habeant et super his rebus acta non prohibeantur.

La *interpretatio* de la *Lex Romana Visigotorum*, II, 8, 1[10], por su parte, corrobora el contenido normativo precedente con las siguientes palabras:

Quamvis sancto die dominico omnes lites et repetitiones quiescere iusserimus, emancipare tamen ac manumittere minime prohibemus et de his rebus gesta confici pari ordinatione permittimus[11].

En segundo lugar, como primeras características de la liberación de la potestad paterna, destacamos que de un lado es patente la solemnidad del acto, pero de otro, la presencia de las partes implicadas, padre e hijo, así como la concurrencia de la autoridad jurisdiccional, al tratarse de un acto de jurisdicción voluntaria.

En tercer lugar, resulta evidente la importancia de las las formalidades observadas en el desarrollo del acto, que implican las intervenciones sucesivas del padre e hijo, a pesar de la ausencia de contencioso, pero también el protagonismo del juez, como instrumento de protección del menor, así como la gran relevancia de su decreto final, para la eficacia jurídica de dicha voluntad emancipatoria[12].

El caso concreto que nos ocupa se resume en los siguientes extremos[13]: Un padre, Cristóbal de Saucedo, vecino de Ciudad Rodrigo, en pleno ejercicio de sus derechos, comparece ante el órgano jurisdiccional ordinario del territorio[14],

Thèodosien I-XV, Code Justicien, Constitutions Sirmondiennes. Texte latin T. Mommsen, P. Meyer, P. Crueger. Trad. J. Rougé, R. Delmaire. Introd. et notes R. Delmaire, avec la coll. De O. Huck, F. Richard et L. Guichard, París 2009, pp. 40-43, y bibliografía allí citada.

10 Aunque hemos ordenado que el día santo del domingo no haya procesos ni reclamaciones, sin embargo excluimos de la prohibición la emancipación y las manumisiones, por lo cual permitimos en la misma constitución que se realicen todos los actos que les conciernen.

11 Cuyacio realiza diversos comentarios sobre la materia a propósito de las diversas fuentes jurídicas romanas que lo refieren, como vemos a propósito de las tres emancipaciones o una sola, de la interven-ción del magistrado municipal competente, del consentimiento del *filiusfamilias*, y de la lícita emanci-pación en día festivo. J. Cuiacius, *Opera omnia*, t. I, Neapoli 1758, col. 404, al comentar Sententiae Pauli, lib. II, título 26. También, en el comentario a Instituta 1, 12, id., *Opera omnia*, t. VIII, IV operum postumorum, Neapoli 1758, cols. 912-915; id., *Opera omnia*, t. X, Neapoli 1758, cols. 395-396 y 635.

12 Vid. N. VIGELII, *Digestorum pars secunda: De iure quod in personis habemus, cum suis causis et actionibus*, Basileae 1584, cols. 1716-1721: *De emancipationibus*; A. SCHOTANO, *Examen iuridicum, quo omnes materiae titulique iuris civilis in Digestis, Codice nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami 1643, pp. 64-65: *De emancipationibus.*

13 AHPSa. Sección protocolos. Escribano Francisco Núñez Vela. Sign. 1513, fols. 147r-148r: "Scriptura de emancipación fecha por Christoval de Saucedo vecino de Çiudad Rrodrigo a Francisco de Sauçedo su hijo, vecino de la dicha Çiudad. Emancipación".

14 El magistrado que ejercía como titular del oficio la jurisdicción civil y criminal en primera instancia dentro del partido judicial mirobrigense era el corregidor, que ejercía además una inspección gubernativa sobre todo lo político y económico en los pueblos de la demarcación, aunque para atender todos los asuntos y en caso de ausencia designaba un teniente, que le reemplazaba. En Ciudad Rodrigo se producía el nombramiento regio a favor de un corregidor letrado, quien como colaborador designaba a otro experto en el mundo jurídico. El cargo de corregidor quedó suprimido en el siglo XIX, y con anterioridad, además del

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

manifestando:

a) Que tiene bajo su "poderío paternal" o *patria potestas*[15], a Francisco, "su hijo legítimo" o *filiusfamilias*, cuya madre, esposa legítima del declarante, ya había fallecido. De otro lado, el hijo citado, según la deposición paterna, contaba con la edad de 17 años, por lo cual es "menor de veinticinco años"[16].

---

corregidor letrado, hubo corregidores de capa y espada y corregidores políticos y militares. Cf. J. Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons. aum. por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. II, Madrid 1874, p.573, s. v. corregidor. Según lo dispuesto en la Nueva Recopilación de Felipe II, promulgada poco después de la celebración del negocio que nos ocupa, se dispuso que los tenientes de corregidor debían examinarse, aunque fueran graduados, jurar para ser recibidos como tales, y aprobar en el Consejo de Castilla, del mismo modo que en ausencia del corregidor, el teniente y sus oficiales gozaban de jurisdicción propia, sin olvidar que se dispuso igualmente en el Derecho hispano. Vid. A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, t. IX, Madrid 1794, pp. 563-565, s. v. teniente,; id., t. XXVII, Madrid 1798, pp. 218-295, s. v. corregidores y asistentes. Sobre la figura del corregidor, vid. por todos, F. Albi, *El corregidor en el municipio español bajo la monarquía absoluta*, Madrid 1943; B. González Alonso, *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid 1970; A. Bermúdez Aznar, *El corregidor en Castilla durante la Baja Edad Media, 1348-1474*, Murcia 1974. Y en cuanto a las funciones que ejercía, vid. por todos, J. Castillo de Bobadilla, *Política para corregidores y señores de vasallos en tiempo de paz y de guerra, y para jueces eclesiásticos y seglares*…, dos tomos, Medina del Campo 1608.

15 Sobre el alcance de este poder y su régimen jurídico en España durante la Edad Moderna, vid. por todos, A. Otero, *La patria potestad en el Derecho histórico español,* en AHDE 26 (1955) 209-241.

16 La edad, como causa modificadora de la capacidad de obrar del individuo, determinó la separación en Roma de cuatro situaciones relacionadas con el ejercicio de los derechos subjetivos: infantes, impúberes, menores de edad y mayores de edad. Alcanzada la pubertad, 12 años para la mujer y 14 para el varón, según el Derecho justinianeo, que se adhirió a la tesis proculeyana, abandonando la *inspectio corporis*, defendida por los sabinianos, que era la requerida para contraer matrimonio, el sujeto de derecho se encontraba como menor hasta los 25 años, según disposición de las Partidas, que acoge la normativa romana, y esta división estaba vigente en el momento de redactarse la escritura notarial que nos ocupa, aunque la tutela concluía a los 14 años y durante los años sucesivos, hasta llegar a los 25, regía el instituto de la curatela. El Fuero Viejo de Castilla no permitía disponer de los propios bienes hasta los 16 años, y el Fuero Real mantenía esta misma para contratar, aunque el menor pudiera celebrar válidamente los contratos que le fueran favorables antes de esa edad. Vid. S. Minguijón Adrián, *Historia del Derecho españo*l, 3ª ed., Barcelona 1943, p. 134-136, aunque en algunos fueros se establecen otras edades para los sujetos de derecho, como hace notar Pérez prendes, que distingue entre mayoría de edad, en sentido propio, y la habilitación específica para ciertos actos, otorgada antes de ella, incluyendo en el primer supuesto y como edades más tenidas en cuenta entre los siete y los veinte años: diez, doce, catorce y dieciséis, siendo las más extendidas con los Fueros las correspondientes a 14, en los de Salamanca, Zamora, Alcalá, etc.; doce, en el de Cuenca, y diecisiete, en el Derecho castellano de influjo burgalés, desde 1227 Cf. J. M. Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, *Historia del Derecho español*, t. II, Madrid 1999, pp. 1026-1029. En el nuevo Derecho Común, que triunfa entre el siglo XIII y el XVIII en toda Europa, se impone la normativa romana en materia de mayoría de edad, y la protección del menor de edad que ha adquirido la condición de púber, tuvo en los reinos españoles, al inicio de la Edad Moderna, una doble vía de entrada, alternativa a la prelación de fuentes normativas que venían previstas en preceptos legales desde la Edad Media, ya fuera el Ordenamiento de Alcalá de Henares, de Alfonso XI, del año 1348, en su título 28, ley primera, en la que se disponía que la única fuente para suplir las lagunas legales era la autoridad regia, tal como confirmara posteriormente Pedro I, o la disposición de Juan II, fechada en 1427, que ya admite las alegaciones de los escritos de Juan Andrés y de Bártolo de Saxoferrato, o la Pragmática de 1499, que añadió a los antes citados a Baldo de Ubaldis y a Nicolás de Tudeschi o Abad Panormitano, cuyo enfoque normativo fue cambiado sustancialmente por la ley primera de Toro de 1505, en la que se prescinde del Derecho Común. Por medio de las decisiones judiciales, basadas fundamentalmente en el *Corpus Iuris Civilis*, y de la doctrina jurídica romano-canónica, tanto elaborada por el método exegético del *mos italicus* como del humanista del *mos gallicus*, el *Ius Commune* se difundió por los reinos de Castilla y León, en cuyo territorio se encontraba Ciudad Rodrigo, y fue la base de erudición de los profesionales del Derecho, entre los que se encontraban los jueces nombrados por el Rey en los territorios de su jurisdicción, a lo que se debe añadir que las leyes de Partidas estaban fuertemente romanizadas. Vid. J. M. Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, op. cit., pp. 1180-1181.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

b) El padre declara ante el juez[17] que a su hijo Francisco "le conviene hacer y otorgar ciertas escrituras", con lo cual se constituye en portavoz y defensor de los intereses de su descendiente.

c) Igualmente, añade, que "para que dicho vástago pueda entender en otras cosas y negocios tiene necesidad y le conviene ser emancipado, sacado y apartado de su poderio paternal".

d) Por último, reafirma, que en su condición de padre, y ante la realidad de su hijo, con la edad referida, explicita que: "Francisco es un mozo hábil y de buen entendimiento, por lo cual sabrá bien por sí solo administrar, regir y gobernar su persona y bienes", con lo cual explicita su convicción del buen gobierno autónomo de su vástago.

Con dichas premisas, concluye Cristóbal de Saucedo sus manifestaciones, encuadrándolas en pocas frases, pero suficientemente expresivas: "Por tanto,

a) "De consentimiento y voluntad de Francisco, su hijo, que muchas veces se lo ha pedido y rogado". Es decir, la iniciativa de la emancipación parte del hijo, que se lo ha suplicado al padre en diversas ocasiones.

b) "Él, Cristóbal, le queria emancipar, sacar y apartar de su poderío paternal". De esta manera queda patente que el padre consiente en el deseo del hijo, y expresa ante el órgano jurisdiccional que accede al ruego filial, por lo que tiene voluntad interna de sacarlo de su patria potestad.

c) "Y efectuándolo, tomó por la mano al dicho Francisco, su hijo, y le lanzó y apartó de sí". El modo de ejecutar la voluntad emancipatoria no se reduce a la mera declaración verbal, sino que el padre lleva a efecto un acto material significativo de aquella.

d) "Y dijo que como mejor podía y de derecho hubiese lugar emancipaba a dicho su hijo y le apartaba y sacaba de su patria potestad". Es decir, efectuado el ritual, el paterfamilias reitera que su definitiva voluntad es la de tener por libre de la potestad paterna al descendiente legítimo.

e) "Y le hacía e hizo *sui iuris*, hábil y capaz". Como conclusión del acto, el hijo se convierte en titular autónomo en el plano jurídico, sin sujeción a la *potestas*, y en consecuencia como personalidad jurídica y capacidad de obrar plenas, salvo los límites derivados de su edad.

f) "Y le daba y dio poder cumplido, bastante, según él lo tenía y de derecho

17 B. A. Cartagena, *Enchiridion juris utriusque: seu definitiones, distinctiones, quaestiones clare et breviter definitae Iuris Canonici et Civilis: sypnopsi bifamia, et in priore quidem omnes Decretalium… In posteriore Omnes Institutionum Imperialium, Matriti,* apud Jo. Ibarra, 1782, p. 166: lib. I, tit. 12: *Quibus modis patriae ius potestatis solvitur: Variis modis, v. g. Morte naturali vel civili, si quis adoptatus fuerit ab avo. Item per quasdam dignitates*; ibid., p. 167: *Quid est emancipatio: est relaxatio patriae potestatis coram judice competente*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

mejor se lo podía dar y en tal caso se requiere, para que de hoy en adelante pueda tratar y negociar, hacer y decir en juicio y fuera de él todo aquello que le convenga y sea necesario, y otorgar cualquier escritura y hacer todo aquello que puede y debe hacer de derecho una persona emancipada y 'fuera' del poderío paternal de su padre". Es decir, le reconoce su nueva posición en el mundo del derecho, con autonomía plena respecto de su generante[18].

h) El emancipante finaliza la intervención con estas palabras:

a') "Pedía y pidió a dicho señor teniente (de corregidor) hubiese a dicho su hijo por emancipado, y en la dicha emancipación interpusiese su autoridad y decreto judicial, para que en todo tiempo tuviese fuerza y efecto". Es decir, reclama la actuación del magistrado local, para que el negocio surta los efectos previstos en Derecho.

b') "Pidió sobre ello justicia".

c')"Imploró el oficio de su merced"[19].

d') "Lo pidió por testimonio".

En el rito de la emancipación republicana y clásica romana era indispensable la presencia del titular de de la *patria potestas* y de la persona que salía del poder paterno, al igual que ocurre con la emancipación justinianea, así como la intervención del juez, contemplada, como veremos, en el régimen previsto por Justiniano, aspecto éste que se encuentra plenamente vigente durante el siglo XVI en la estructura de dicho acto jurídico solemne emancipatorio, ejecutando el ritual previsto en Partida 4, 18, 15: *"Ca debe venir el padre, con aquel fijo que*

18 Entre las diversas escrituras notariales de emancipación, que hemos localizado en los archivos, dejamos constancia de la siguiente: AHPMadrid. Sección Protocolos. Escribano Juan de Burgos. Legajo 8097, año 1647, fols. 39r-40r: "Emancipacion de D. Manuel Henrriquez de Guzman hijo del conde de Alba de Liste, a 15 de enero de 1647. Era el primogénito del matrimonio, con su legítima esposa doña Hipólita de Córdoba y Cardona, y el hijo Manuel Henríquez de Guzmán tenía 28 años cumplidos, y es iabil y suficiente para regir y administrar su persona y bienes por lo qual y otras justas caussas su excelencia el conde de Alba de Lista y Villaflor, gentilhombre de cámara de S. M. y comendador de la encomienda de Caveza del Buey de la Orden de alcantara, "le quiere emancipar y dejar y remitir el dominio y sujecion que sobre el dicho su hijo tiene de su pedimiento y consentimiento", ante el teniente de corregidor de Madrid, y dicho su padre "le remitio y alço el dominio y sujeçion que sobre el dicho su hixo tiene y de derecho le debe y le dio por libre de el dominio y patria potestad que en el tenia para que goze para si los bienes futuros y rentas que oy tiene y tubiere y adquiriere con su yndustria o en otra qualquier forma que desde luego le haze gracia de todos ellos y le da lizencia y autoridad para que sin la suya como tal su padre ni reconocerle superioridad ni subjeçion haga y disponga de los dichos sus bienes que tiene y tubiere por contrataciones y obligaciones lo que iziere... por su merced visto dixo que havia y hubo por emançipado a el dicho don Manuel Henrriquez de Guzman y a esta emançipaçion y a todo lo que en su virtud se hiçiere y otorgare ynterpuso su authoridad y judiçial decreto quanto de derecho puede y debe para que todo ello valga y haga fee en juiçio y fuera de el". Vid. Apéndice documental III.

19 Ch. Philippi, *Centuria regularum sive praeceptorum ex universo juris tam canonici, quam civilis corpore sparsim desumptorum, ubi variae materiae, quaestiones, atque controversiae utilissimae sunt ventilatae, decisae atque praejudiciis et responsis probatissimorum collegiorum juridicorum illustrate et confirmatae*, Jenae, typis C. Freyschmidii, 1654, p. 12: *Licet in jure permissum est certis solennibus emancipare, non tamen ejus contrarium, scilicet non solenniter emancipare expresse prohibitum sit. La emancipación debe hacerse con solemnidad.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

quiere sacar de su poder antel Juez que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin Ordinarius. E seyendo ambos delante del Juez, el padre, e el fijo, debe dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo"[20].

No obstante, antes de pasar a la indagación y expresión de la voluntad del *filiusfamilias*, es decir, de su *consensus* u oposición a la voluntad emancipatoria paterna, en la escritura notarial se deja constancia de un dato previo, relativo a la verificación de la edad del emancipando, que entonces planteaba una grave dificultad, puesto que no se habían iniciado con carácter obligatorio los registros de bautismo contenidos en los libros parroquiales[21], y la constatación ordinaria se producía atendiendo a los rasgos físicos del sujeto, aunque normalmente venían acompañados de la deposición de testigos del alumbramiento, *de visu* o de referencia, directa o indirecta.

Estos últimos no aparecen más que como instrumentales de la celebración del acto jurídico, sin que tengan protagonismo en la prueba de ese dato fáctico referido, pero sí queda reflejado explícitamente el primer medio, que podríamos identificar con la inspección ocular del juez interviniente, tal como aparece en el documento del escribano:

"El dicho señor teniente, visto el pedimiento de Cristóbal de Saucedo, y constandole como por el aspecto del dicho Francisco dijo que le constaba y constó ser mayor de catorce años y menor de veinticinco"[22].

20 En las glosas de Gregorio López se insiste en la presencia del padre y del hijo ante el juez ordinario, *"et dicit pater, quod liberat filium a sua potestate, et filius consentit"*, para reiterar que el padre no puede actuar mediante procurador, ni el hijo estar ausente, salvo rescripto del Príncipe. Llama la atención que conforme al tenor literal del precepto alfonsino, *"interrogatur prius, et loquitur pater"*, matizando que de la sustancia de la emancipación no precisa quien debe hacer la interrogación. *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el Nono (sic), glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, t. II, que contiene la IIIª, IVª y Vª* Partida, Madrid 1789, pp. 576-577 y notas.

21 Aunque algunas circunscripciones parroquiales llevaban registros y estadísticas de sus feligreses, especialmente de los bautizandos, a finales del siglo XV, sin embargo fue el Concilio de Trento, en sus cánones *de reformatione*, de la sesión XXIV, y a propósito del matrimonio, el que decretó que los responsables de dichas iglesias locales estaban obligados a llevar unos libros en los que se registrasen los actos sacramentales más relevantes: matrimonio y bautismo. El capítulo I, de dicha sesión conciliar y en materia de reforma de disciplina eclesiástica, decreta: «*Habeat parochus librum, in quo coniugum et testium nomina, diemque et locum contracti matrimonii describat, quem diligenter apud se custodiat… Decernit insuper, ut huiusmodi decretum in unaquaque parochia suum robur post triginta dies habere incipiat, a die primae publicationis in eadem parochia factae numerandos*». Cf. *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, cur. J. Alberigo y otros, 3ª ed., Bologna 1973, p. 756. Por su parte, el cap. II, en relación con el bautismo, y el impedimento de parentesco espiritual derivado del sacramento entre los padrinos y el sujeto bautizado, dispone: «*Parochus, antequam ad baptismum conferendum accedat, diligenter ab iis, ad quos spectabit, sciscitetur, quem vel quos elegerint, ut baptizatum de sacro fonte suscipiant, et eum vel eos tantum ad illum suscipiendum admittat, et in libro eorum nomina describat…*». Ibid., p. 757. Si las prescripciones se aprobaron en sesión conciliar celebrada el 11 de noviembre de 1563, la Real pragmática de Felipe II, fechada el 12 de julio de 1564, promulga la validez de los decretos tridentinos como leyes de su Monarquía, incluyendo los reinos de ultramar, estableciendo el deber de los metropolitanos de convocar los concilios provinciales, así como la obligación de cumplir con los preceptos aprobados en el concilio ecuménico, entre las que se encontraba el registro de los actos sacramentales. Cf. J. A. Escudero, *Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas*, 2ª ed., Madrid 1995, p. 777.

22 Esta mayoría de edad de los 25 años provenía del Derecho Romano: cf. Gai Inst. 2, 163; C. Iust. 6, 53, 5, 1, etc. Examinando los libros de matrículas y grados de la Universidad de Salamanca, correspondientes a la centuria y primeras décadas de la siguiente, es frecuente identificar al estudiante por sus rasgos físicos,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

El órgano jurisdiccional pasa a continuación a requerir del menor que declare en dicho acto, con las siguientes cuestiones:

a) "Le preguntó si tenía por bien que dicho Cristóbal de Saucedo, su padre, le emancipase, sacase y apartase de su poderío paternal".

b) En alternativa, le inquirió "que si no tenía voluntad de ser así emancipado, ni le cumplía, que lo dijese".

A tenor de las previsibles respuestas, concluye su interrogatorio:

c) "Estaba presto de oirle y proveer lo que fuere justicia".

d) "Y no consentir que se le hiciese agravio alguno".

La tercera fase del negocio, que concluye con la liberación del hijo, sirve para que el emancipando explicite su libre voluntad:

a) Francisco dijo "que él quería ser emancipado, sacado y apartado del poderío paternal", con lo cual constó explícitamente su consentimiento.

b) Que esto lo deseaba, tanto "porque se halla hábil y suficiente para regirse y gobernarse por sí solo en su persona y bienes", como "porque a él le conviene y cumple ser así emancipado". Los motivos de solicitar la emancipación nada tienen que ver con unas posibles conductas reprochables del padre, ni con una situación anómala personal, sino que a nivel personal y negocial se encuentra en condiciones favorables para actuar en la vida jurídica sin la sujeción al poder de su paterfamilias.

c) Además, expresa Francisco que "la emancipación hecha por su padre, él la tenía y tuvo por buena". En este caso, reitera que la declaración del padre, con la que se desprende de su patria potestad frente a su persona, la considera positiva y la acepta, a tenor de lo que alegó precedentemente.

d) Añade el emancipando, "que si era necesario, pedía y pidió al teniente de corregidor le tuviera por emancipado, y en dicha emancipación interpusiera su autoridad y decreto judicial". Como había hecho su paterfamilias, reclama del juez que emita el auto de emancipación, para que produzca los efectos previstos en el ordenamiento.

f) Al igual que su padre, "sobre ello pidió justicia", e "imploró el oficio de su merced", finalizando con pedir "el testimonio" notarial de dicho acto.

---

que eran determinantes respecto de la subjetividad, y con esos mismos argumentos, a los cuales se añadía el testimonio de personas hábiles, se corroboraba la edad "aproximada" del sujeto, hasta que se utilizó de manera generalizada la partida de bautismo, como ocurre en el ingreso en los Colegios Mayores o en los grados de las Facultades Mayores, especialmente a efectos de la licenciatura.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Faltaba la última parte de realización del negocio solemne emancipatorio, que era el auto judicial[23] respaldando la voluntad paterna, anteriormente manifestada, concorde con la del hijo, por lo cual el escribano interviniente refiere:

"Visto lo susodicho, el juez dijo que había y hubo por emancipado a dicho Francisco, y por sacado y apartado del poderío paternal de Cristóbal, su padre, y que en dicha emancipación interponía e interpuso su autoridad y decreto judicial, que emite por su oficio jurisdiccional y conforme a lo previsto en el ordenamiento jurídico, para que valga y haga fe en juicio y fuera del mismo", concluyendo con la firma de su resolución, en presencia de tres testigos, que eran escribanos mirobrigenses, a quienes conoce el notario que autoriza y extiende el acta notarial[24], en la que se incluyeron igualmente las suscripciones del emancipante y del emancipando.

El esquema de la escritura notarial que presentamos se corresponde con un modelo usual de documentos públicos que referían dicho negocio emancipatorio, tal como refiere Palomares en su obra, a mediados del siglo XVII[25].

23 Los corregidores, que eran personas llanas y no poderosas, a los que el Ordenamiento Real 2, 16, 10, imponía la pena de una dobla por cada día que se ausentare sin justa causa, además de perder el salario, con obligación de ejercer el oficio, al menos, cuatro meses durante el año, seguidos o interpolados, resultando nombrados por un año, a tenor de Recop. 3, 5, 4, y sus tenientes, cobraban los derechos de arancel de los pueblos en los que ejercían la función y gozaban de facultades muy diversas, tendentes a pacificar las disensiones populares, disturbios domésticos, cortar y extinguir los pleitos, pero también a velar por los derechos de la comunidad, sus provisiones, régimen urbanísticos, limpieza y aspecto de las calles, seguridad y comodidad de los caminos públicos etc., así como, en palabras de Pérez y López (op. cit. pp. 221-222) "a decidir en las qüestiones deducidas en juicio, así civiles como criminales, en calidad de jueces ordinarios", pudiendo plantearse su actuación en supuestos de jurisdicción voluntaria, como es el caso que nos ocupa.

24 Diego de Rivera, al tratar de las escrituras, no se limita a exponer un modelo formulario para los escribanos, sino que explica las nociones fundamentales en la materia: "Emancipación: donde se trata que es necessario que concurra a ella la presencia del juez, y la voluntad del padre y del hijo: y que sin esta solenidad no vale: y que ha de ser emancipado de la manera que aquí se haze, de mas edad de catorze años (aunque posteriormente refiere la edad de Partidas, en los siete años): y que si fuere menor dellos, ha de intervenir licencia y facultad real: y que el emancipado hecho en una destas dos maneras, queda libre del poderio paternal: y que galardon merece el padre por razon desta emancipación, y por que causas le puede bolver a su poder", y comienza con Partida 4, 18, 17, en la que se exige "que ha de aver escritura ante escrivano". D. de Rivera, *Primera parte de escrituras, y orden de partición y cuenta, y de residencia judicial, civil y criminal, con una instrucion a los escrivanos del Reyno al principio, y su aranzel*, ahora nuevamente emendada y añadida, Madrid 1605, fols. 66v-67r. Sobre el documento notarial y su repercusión jurídica en esta materia, vid. A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos y decisiones no recopiladas*, t. XVII, Madrid 1797, pp. 7-11 y 37;

25 Palomares aporta dos modelos de procedimiento emancipatorio, siguiendo lo dispuesto en Partida 3, título 18, ley 93: el primero refiere desde la súplica inicial dirigida al órgano judicial, con el auto del juez que la admitía, pasando por la intervención presencial del padre e hijo, sus expresiones verbales del consentimiento y ritos materiales expresivos de la intención perseguida por las partes, para concluir con el auto final. De este modelo, observamos que se insiste en la comparecencia del paterfamilias y del hijo, que por su aspecto parece de 18 años, y por ausencia del padre, quiere el hijo ser emancipado "por ser habil y suficiente para ello, y para poder tratar, y contratar, y regir y administrar sus bienes, y los adquirir y ganar", El padre, que tenía al hijo junto a su persona, en presencia del juez lo "volvió a apartar de si y dixo que lo emancipava y emancipò, conforme a derecho, y lo hazia y hizo persona libre de su patria potestad", etc. y el hijo dijo que aceptaba y aceptó, quedó agradecido y reconocido a su padre por dicha emancipación, y le besó la mano. En la segunda, se presenta como único acto, al estilo mirobrigense, con la presencia del emancipante y emancipando ante el juez, y el primero expone ante el órgano jurisdiccional su voluntad de liberar al hijo, porque éste se lo ha pedido, y a tenor de las circunstancias del caso lo tuvo por bien, exteriorizando que quiere emancipar a su hijo y sacarlo y apartarlo de su patria potestad, para lo

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Un primer elemento a tomar en consideración es la estructura jerárquica familiar heredada de la familia tradicional romana, que llega a la hispana hasta el siglo XIX, y que en su acepción *proprio iure* descansaba sobre el principio de la sujeción a la *potestas* del *paterfamilias*, tal como señala Ulpiano en el comentario *ad edictum*, D. 50, 16, 195, 2:

> *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus pluses personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et reptes et deinceps*[26].

Ello explica que pueda disfrutar de esta consideración de *paterfamilias* un individuo que sea impúber, a pesar de no tener capacidad de generar, al igual que un adulto que no pueda procrear, o un adoptante sin relación de parentesco consanguíneo con los miembros del grupo, e incluso el hijo emancipado, en vida de su padre, mientras carece de hijos propios[27].

Al *paterfamilias* se le identifica con la categoría jurídica de *sui iuris*, mientras al conjunto de miembros de su grupo que le están subordinados se les califica como personas *alieni iuris* o *alieno iure subiectae* o *alienae potestati subiectae.* Entre estas personas sometidas al poder del *paterfamilias* ocupa un lugar destacado el grupo de los *filiifamilias*, con cuyo término no se alude a una relación de parentesco con el jefe, sino a un título que manifiesta la condición jurídica de sujeción al poder del jefe de la casa, para la cual no resulta esencial el parentesco, de modo que siendo el individuo plenamente libre, es posible aplicar dicha condición a los nietos y bisnietos, así como a extraños adoptados, sea cual sea su posición de hijo o nieto, o a la mujer del *paterfamilias*, e incluso a las mujeres de los hijos, si hubo *manus*

cual, poniéndolo en ejecución, en presencia del juez y del escribano, "tomò por la mano al dicho hijo, que presente estava, y lo tornó a soltar una, dos y tres vezes, diziendo que lo apartava y apartò de si y de su patria potestad, y que desde oy dia de la fecha desta carta en adelante, lo emancipava y emanciò… que le dava y otorgava… poder y facultad bastante… para que pueda tratar y negociar… Y el dicho hijo, que presente estava dixo que acetava y acetò la dicha emancipación… Auto. E visto por el dicho señor juez dixo que en quanto puede y a lugar de derecho aprobava y aprobò, y huvo por buena y legítimamente fecha la dicha emancipación…". T. de Palomares, *Estilo nuevo de escrituras públicas*, Sevilla 1645, fols. 92v-94r.

26 El elemento esencial que congrega a esas personas en la familia no es el vínculo de consanguinidad, como ocurre en el derecho moderno, sino el sometimiento a la autoridad del *paterfamilias*, de modo que el parentesco de sangre carecía de relevancia, si no iba acompañado de la subordinación. Ello explica que los emancipados y los próximos por vía de la esposa, a pesar de la relación de parentesco, no pertenecían a la familia, en cuanto no tienen el mismo jefe doméstico. Desde otro punto de vista, hay personas extrañas, sin relación consanguínea alguna, como eran los adoptados y adrogados, que pertenecen sin discriminación alguna a la familia, porque están sujetos a la misma autoridad del *paterfamilias*, el cual goza de tal título en cuanto con el mismo se identifica una condición jurídica de jefe, al que se someten el resto de miembros como subordinados.

27 La eficacia del vínculo que define al grupo familiar en sentido estricto se encuentra expuesta explícitamente en el fragmento ulpianeo, porque lo trascendente es la *subiectio*, resultando secundario el hecho a partir del cual se produce el sometimiento, bien sea por la naturaleza, en caso de nacimiento de justas nupcias, o por disposición del derecho, si la incorporación se refiere a personas que no pertenecían al grupo, bien por adopción bien por adrogación o por *conventio in manu.* C. Longo, *Corso di Diritto Romano. Diritto di famiglia*, Milano 1946, pp. 5-9.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

maritalis, que asumen el puesto de nietas en la familia, sin olvidar al adrogado que se coloca en el lugar de un hijo[28].

El título natural de pertenencia a la familia, señala Longo[29], es unilateral, y no bilateral, como sucede en nuestros ordenamientos positivos, ya que no se puede pertenecer al mismo tiempo a la familia paterna y materna, sino exclusivamente a la primera, a pesar del vínculo de consanguinidad que indudablemente se crea con la madre, reconocido incluso por los romanos y al que calificaban de *cognatio*[30].

La sujeción al *paterfamilias* implicaba unas facultades de tipo personal, extra-ordinariamente ventajosas para el titular, como era el *ius vitae et necis*[31], aunque resul-tara progresivamente limitado, en una constitución de Valentiniano y Valente, del año 365, a una privada *animadversio*, o a la doméstica *emendatio*, consistente en la facultad de castigar y corregir, salvo que se trate de conductas delictivas de cierto relieve, en las que debía intervenir el juez, hasta quedar en un derecho de corrección[32], puesto que *patria potestas in pietate, non atrocitate consistere debet,* pero también desaparecerían en época posclásica el *ius*

28 Este vínculo que liga a todas estas personas en el grupo se denomina agnación, con el que se designa la agregación por nacimiento, al igual que la adopción indica la incorporación de un extraño que se ha elegido previamente. Solamente son agnados los descendientes por vía de varón, ya que son los únicos que entran bajo poder del paterfamilias, y en cambio dejar de ser agnados los hijos emancipados y las hijas que han pasado bajo *manus maritalis*. A diferencia del Derecho moderno en el cual, el vínculo que define la incorporación normal de un sujeto en la familia es el parentesco de sangre y el matrimonio, en la familia romana estos dos extremos carecen de tal relevancia, porque lo único determinante es la sujeción al poder del paterfamilias, y cabe que el hijo, si no es procreado de justas nupcias, no pertenezca al grupo familiar, al igual que sucede con la esposa, si el matrimonio no va acompañado de la *manus*, porque en este supuesto queda en su primitiva familia. Aunque ordinariamente se entraba en la familia a través del hecho biológico de la generación, identificado por el jurista clásico citado como sujeción basada en la naturaleza, pero a ella se añadiría aquella otra proveniente del título jurídico o *iur*e.

29 C. Longo, op. cit., pp. 11-12.

30 La posición jurídica del *filius* en la familia implicaba desde la República plena igualdad con su paterfamilias en cuanto a los derechos que le competían como ciudadano, especialmente en el ámbito del Derecho público a partir de los 17 años, con el *ius honorum*, *ius suffragii*, *ius provocationis* y el *ius legionum*, teniendo en cuenta los matices de las centurias de *iuniores* y *seniores*, y la edad requerida para el primero de los derechos antes citados, relativo al *cursus honorum*. La situación jurídica de titularidad era radicalmente contraria, hasta Augusto, en el ámbito del Derecho privado, porque carecía íntegramente de capacidad patrimonial propia, de acceso al proceso, de la *testamenti factio activa*, y se encontraba restringido en el *ius connubii*, ya que precisaba el *consensus* de su paterfamilias, así como debía lograr el *iussum* del *pater* en la *testamenti factio pasiva*. Su intervención en el tráfico jurídico daba origen a las adquisiciones para el *pater*, y dado el principio de su inhabilidad para hacer *deterior* el patrimonio de éste, el pretor tuvo que crear las *actiones adiecticiae qualitatis*, a fin de proteger al tercero que contrataba con el *filiusfamilias*. No obstante, es cierto que en este campo, gracias a los peculios, el hijo obtuvo un patrimonio propio, a partir del peculio castrense, y con ello el conjunto de derechos relativos a dichos bienes, desde la capacidad procesal a la de disposición *mortis causa*.

31 Cf. Aulo Gelio 5, 18, 9; Cicerón, Pro Dom. 77 o *Collatio* 4, 8, 1. Las fuentes literarias contienen muchos testimonios del ejercicio de este poder del padre en época republicana y clásica.

32 C. Th. 9, 13, 1 = C. I. 9, 15, 1. Impp. Valentinianus et Valens AA. Ad senatum. Año 365. La abolición del *ius vitae et necis* como tal aparece en la interpolación del fragmento de Paulo D. 28, 2, 11.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

vendendi[33], *noxae dandi*[34] y *exponendi*[35].

El Derecho republicano trató de ir corrigiendo la injusticia que representaba ese desnivel de titularidad jurídica en el seno domético, y las facultades exorbitantes del jefe de la familia, por medio de institutos tales como la sucesión contra el testamento, con referencia al *officium pietatis*, o las prescripciones de época imperial, que, por ejemplo, en un caso es motivo para que Trajano imponga la emancipación a causa del maltrato que recibió el hijo[36], mientras Adriano deportó al padre por la demasiada crueldad en el ejercicio de la patria potestad[37]. Salvo la *adoptio* del *filius* por otro *paterfamilias*[38], y las causas de extinción generales, como son la muerte del paterfamilias[39] o su *capitis deminutio*[40], o en derecho republicano y clásico que el hijo sea consagrado como sacerdote de Júpiter, es decir *flamen dialis,* o la incorporación de una hija en el colegio de las vestales[41], mientras en derecho justinianeo resulta de la obtención por el hijo de un cargo como alto dignatario en el Estado y en la Iglesia, es decir, por acceder al patriciado[42], por llegar a la dignidad de obispo o de cónsul, prefecto del pretorio o *urbi*, además del *magister militum* en las Novelas, y que en general eran los cargos que liberaban al individuo de las cargas de la curia[43], no hubo un principio general de liberación

33 Ya Caracalla había declarado que la venta del hijo era "*res illicita et inhonesta*": C. Iust. 4, 43, 1; 7, 16, 1. A tenor de Paul. Sent. 5, 1, 1, se permite mancipar al hijo si es indispensable para que el padre adquiera alimentos, en caso de extrema necesidad. Mientras Diocleciano prohíbe la enajenación de los hijos, por venta, donación o empeño, C. Iust. 4, 43, 1, del año 294, Constantino permitió al padre sumamente indigente y presionado por la necesidad el vender al hijo recién nacido, con el derecho de volver a rescatarlo cuanto antes pudiera: C. Iust. 4, 43, 2, del año 329. Con Justiniano se determinó que esta venta, admitida en período posclásico, solo se podría llevar a efecto con los recién nacidos y en caso de extrema necesidad del paterfamilias, con la la facultad para el hijo, que había sido vendido, de recuperar su libertad a través del rescate, pagando la misma cantidad que fue precio de su compraventa. Vid. P. Bonfante, *Il 'ius vendendi' del 'paterfamilias'* e *la legge 2, Codice 4, 43, di Costantino,* en Scritti giuridici varii. I. Famiglia e successione, Torino 1916, pp. 64-71.

34 Abolido por Constantino, pero se reitera en Justiniano, a través de interpolaciones de los *responsa* de los jurisprudentes clásicos : D, 27, 6, 9, de Ulpiano, y D. 9, 4, 32, de Calístrato, entre otros fragmentos del Digesto.

35 Al menos, desde el año 374 está castigada con la pena capital la exposición de los hijos. C. Iust. 8, 51 (52) 2, 1. Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Probum pp. En Derecho justinianeo se interpreta claramente que la exposición está incluida en el término *necare*, a tenor de la interpolación del fragmento de Paulo, D. 25, 3, 4, y en este fragmento interpolado se prohibe matar y exponer a los recién nacidos. Por otro lado, la muerte de los recién nacidos es castigada con la pena capital: C. Iust. 9, 16, 7 (8), reiterando la constitución del año 374.

36 D. 37, 12, 5. «Papinianus libro undecimo quaestionum: *Divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare*…» No hay que olvidar que este precepto, inicialmente contenido en un rescripto, emanado para un caso concreto, al venir incluido en el Digesto justinianeo se ha conver-tido en norma general. Sobre las emancipaciones legales, vid. B. Biondi, *Il Diritto romano cristiano*, op. cit., t. III, pp. 53 y ss.

37 D. 48, 9, 5. Marciano lib. 14 institut.

38 El hijo cambiaba de titular de la *patria potestas*, pero mantenía la categoría de *alieni iuris*.

39 Gai Inst. 1, 127.

40 Gai Inst. 1, 128, dado que la pérdida de su condición de jefe, *capitis deminutio minima*, le privaba de la condición de *sui iuris*: Gai 1, 55; Inst. Iust. 1, 12, 1-3, y con mayor razón si sufre la *capitis deminutio media*. A estas causas se equipara la captivitas, aunque este poder quedaba en suspenso, a la espera del posible ejercicio del *ius postliminio*: Gai Inst. 1, 129; Inst. Iust. 1, 12, 5.

41 Gai Inst. 1, 130; 3, 114; Tit. ex corp. Ulpiani 1, 5; Aulo Gelio 1, 12, 9.

42 Inst. Iust. 1, 12, 4; C. I. 12, 3, 5.

43 Nov. 81, cap. 3, del año 539. C. I. 10, 32 (31) 67 (66). Imp. Iustinianus A. Demostheni pp. Año 529.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

del poder paterno, ni estuvo vigente el instituto griego de la *apokerysis*[44], aunque resulta discutida en la doctrina romanística la *abdicatio*[45].

Estas situaciones de salida de la *patria potestas*[46] convierten al hasta entonces sometido en *sui iuris*, quedando separados de su antiguo grupo doméstico, a pesar de lo cual vemos que algunos de los emancipados no sufren

44 Este instituto, que tenía como efecto la liberación de la patria potestad, fue prohibido por Diocleciano y Maximiano el año 288, C. I. 8, 46 (47) 6: *Abdicatio, quae graeco more ad alienandos liberos usurpabatur et apocerysis dicebatur, Romanis legibus non comprobatur*. Como refiere Arnaldo Biscardi (*Diritto greco antico,* Varese 1982, pp. 105-107), la apokerysis era la expulsión del hijo indigno del oikos, y no quedaba como hecho meramente interno del oikos, sino que se proclamaba mediante el heraldo que lo anunciaba a todos los miembros de la polis. Era una sanción que el padre infligía al hijo para castigarlo a causa de una culpa que se había considerado grave, rechazando la hipótesis de Gernet, según la cual habría sido el medio usado para obtener el desconocimiento de la paternidad. Vid. L. Beauchet, *Histoire du Droit privè de la République Athénienne. Le droit de famille*, II. París 1897, reimpr. Amsterdam 1969, pp. 128-146. Kaser opina que "el repudio del hijo como pena fue desconocido en Derecho romano. Una expulsión de la casa, sin forma alguna (*relegatio, abdicatio*) por ejercicio del poder disciplinario que al padre corresponde, no extingue la patria potestad. El repudio del Derecho griego (*apokerixis*) con propio procedimiento judicial, que segregaba al hijo de la familia y le privaba de los derechos sucesorios *ab intestado* (no de la legitima), no fue admitido por los romanos". M. Kaser, *Derecho Romano Privado*, vers. de la 5ª ed. alem,. por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid 1982, p. 284. Contardo Ferrini presenta un criterio diferente: el derecho romano no reconoció una abdicación directa de la patria potestad, y aunque la *apokerixis* griega o acto unilateral del padre que expulsa al hijo, privándolo de los derechos sucesorios, es una materia de frecuente referencia en los ejercicios retóricos de los escritos latinos, jamás fue acogida por el Derecho romano, a pesar de lo cual este romanista constata que se mantuvo vigente en las provincias orientales después de la recepción del Derecho Romano, concluyendo "nelle piú remote provincia orientali l'uso si propagasse ancora nel quinto secolo". C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4ª ed. cur. e int. por G. Grosso, Milano 1953, pp. 704-705.

45 Carlo Longo (op. cit., pp. 74-77) estima que no existió en Derecho romano la *abdicatio* del Derecho ático, según la cual el padre que estaba descontento con el hijo podía solemnemente desconocerle como tal, sino que en Roma era indispensable acudir a la emancipación, para la cual era preciso el consentimiento del hijo si era descendiente consanguíneo: Pauli Sententiae 2, 25, 5, C. I. 8, 49, 5 y Nov. 89, 91, que no se exigíal si el hijo era adoptivo: D. 45, 1, 132 pr.; C. I. 8, 48, 9 y 10. Alvaro d'Ors (*Derecho Privado Romano*, 3ª ed. rev., Pamplona 1977, p. 276), por el contrario, admite este instituto, mediante el cual, en su criterio, se castigaba al hijo por una grave falta de desobediencia, o por un crimen, a una especie de "destierro", sin que dejara de estar bajo potestad paterna y manteniendo su cualidad de heredero, aunque, señala el romanista español, "desde el siglo III d. C. tiende a confundirse con la *apoke-ryxis* helenística, prohibida por Diocleciano en C. Iust. 8, 46, 6". Un caso singular es la posible aplicación al emancipado de lo preceptuado por la *Lex Julia de Maiestate*: cf. Sc. Gentilis, *De coniurationibus libri duo*, Hanoviae, typis Wechelianis, apud cl. Marnium et haeredes Jo. Aubrii, 1602, pp. 71-72, *Ad legem quisquis C. ad legem Iuliam Maiestatis*. *Iuris vocabulo multa intelliguntur. Primum itane adoptivi teneantur, ut naturales filii; deinde spurii vel nothi, ut legitimi: postremo exhaeredati vel emancipati, ut sui et in familia retenti? De emancipatis ita statuunt, non teneri eos poenis huius constitutionis, tum quia non sint de familia patris, tum quia etiam ipsum nomen filiorum amittant* l. senatoris 11 D. de senatoribus, l. quin etiam &finale D. de ritu nuptiarum. *Aliis forte aliud iudicium est, cum omnes rationes praesertim a natura ductae, quae maxime et fere solae hic considerantur, aeque in emancipatis locum habeant, atque in retentis in familia liberis. Quare, et a praetore vocantur ad successionem ut sui, ne quid dicam de Anastasii et Iustiniani novis constitutionibus; et iure feudali nulla oprorsus emancipationis ratio habetur, utpote quod naturam et sanguinem solum spectet, non istos imaginarios iuris civilis actus*.

46 Sc. Gentilis, *De bonis maternis et de secundis nuptiis, libri duo*, Hanoviae, typis Wechelianis, apud Cl. Marnium et heredes Io. Aubrii, 1606, pp. 4-5: *Iuris civilis sive Romanorum civium, propriam esse patriam potestatem. Rationes autem illae sunt, primum quod patria potestas tolli possit, neque solum poena, puta si pater deportatus sit*, l. 9 C. de sentent. Pass. *Sed etiam dignitate, si filius episcopus vel patricius vel magister militum sit factus*: Novela 81 *et communi ac frequentissimo modo, per emancipationem scilicet. Deinde quia naturales liberi non sunt in potestate parentum, neque sequuntur familiam patris, sed matris. Denique naturalis obligatio nascitur inter patrem et filium* lege frater a fratre D. de condict. indebiti, *quae non nasceretur, si filii natura essent in potestate patris, sicut non nascitur obligatio civilis, quia iuris civilis sit patria potestas… De emancipatione respondeo patriae potestatis ius datum esse a natura, sed datum tamen patri. Ergo aequum est licere patri suo iure non uti, iuxta regulam* lege si quis in conscribendo C. de pactis. Ibid., p. 7: Según Scipión Gentile *patriam potestatem proprie esse a natura et penes patrem solum, non etiam penes matrem, idque etiam naturaliter fieri, ut testatur* Aristoteles in dicto libro 8 cap. 8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

merma alguna de sus derechos, como ocurre con los obispos, tal como dispuso Justiniano en la Novela 81 del año 539, al señalar que la liberación no debe importar minoración de sus titularidades jurídicas, *sed sint et familiae adversus ipsos et ipsi adversus familiam intacta iura legitima et ex natura servata*[47].

En las XII Tablas encontramos una regla jurídica que una parte de la doctrina romanista interpreta[48] como penalidad al *pater* por abusar del *ius vendendi* del hijo, a cambio de una contraprestación, cuando dicha facultad de venta es ejercida en tres ocasiones, lo que provocaba una extinción legal de la patria potestad, no voluntaria[49]:

47 G. Cousin, *Brevis et accurata iuris utriusque descriptio. In quo non solum Iuris Pontificii et Caesarei structura proponitur, sed et singularum personarum officia tribus libris ex titulorum serie designantur*, Parisiis, apud Cl. Rigaud, 1609, p. 223: *Quibus modis ius patriae potestatis solvitur*, Instit. Lib. 1 titulo 12. *De emancipatione liberorum*: Codigo lib. 8 titulo 49. Digesto, libro 1, titulo 7. Ibid., p. 124: *Filii dignitate: Constitutio, quae dignitatibus et Episcopatu filium liberat a patria potestate*: Nov. 81, coll. 6 tit. 9. *Ut per episcopatum liberetur filius patria potestate*: Nov. 81 cap. 3 coll. 6 tit. 9. *Ut liberati per dignitatem patria potestate legitima iura intacta habeant*: Novela 81 cap`. 2 coll. 6 tit. 9. Casos de emancipación forzosa, por motivos de piedad hacia los hijos, extinguían la *patria potestas* si se producía la exposición de la prole, o el entregar a la prostitución a las hijas o el matrimonio incestuoso del padre. Vid. P. Bonfante, *Corso di Diritto Romano, vol. I. Diritto di famiglia*, rist. corr. della 1ª ed. por G. Bonfante y G. Crifó, Milano 1963, pp. 180-181.

48 Así lo entienden, por ejemplo, Rascón y José María García, al señalar: «Parece que el precepto relativo a la triple venta quiere sancionar el abuso que el padre pudiera hacer del derecho a vender a su hijo». C. Rascón- J. M. García, *Ley de las XII Tablas. Estudio preliminar, trad. y observaciones de*…, Madrid 1993, p. 75. Otro sector doctrinal, en el que se encuentra Fuenteseca Díaz sostiene, por el contrario: «es menos admisible el suponer que la pérdida de la potestas del pater tenga un sentido de penalidad por la triple venta». P. Fuenteseca, *Lecciones de Historia del Derecho romano*, Salamanca 1970, p. 46. Algunos autores italianos, como Volterra, se limitan a constatar el contenido de la normativa, sin interpretar su finalidad (E. Volterra, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, rist. corr., Roma 1972, p. 76), mientras que otros matizan: «Per evitare abusi, le XII Tavole stabilirono che il padre che avesse venduto per tre volte il figlio, sfruttando la perpetuità della patria potestas, perdesse ogni potere su di lui», recogiendo el precepto decemviral (AAVV., Lineamenti di Storia del Diritto Romano, por M Amelotti y otros, dir. de M. Salamanca, 2ª ed., Milano 1989, p. 296).

49 Desde el punto de vista gramatical y sintáctico, el precepto decemviral ha sido examinado por múltiples autores, de los que destacamos, además de las ediciones de Bruns (C. G. Bruns, *Fontes iuris romani antiqui. Leges et negotia,* 6ª ed. cura Th. Mommsen et O. Gradenwitz, Friburgi in Brisgovia et Lipsiae 1893, p. 21) y Riccobono (S. Riccobono, *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars prima. Leges,* Florentiae 1941, p. 35), o la de Girard (P. F. Girard, *Textes de Droit romain*, publ. et annotés… 6ª ed. ent. revue et augm. par F. Senn, Paris 1937, p. 13; id., *Les lois des Romains*, 7ª ed. par un groupe de romanistes…, Napoli 1977, p. 34), J. Guillén, *El latín de las XII Tablas*, tesis doctoral, dir. por A. Tovar Llorente, Salamanca 1958; id., *El latín de las XII Tablas*, en Helmantica 18 (1967) 341-401; 19 (1968) 43-11 y 193-246; 20 (1969) 67-103, con ambientación histórica y bibliografía especializada; Ruiz Castellano constata, al igual que el latinista precedente, que la norma tiene dos miembros: uno primero, prótasis, en forma de oración condicional, y un segundo miembro o apódosis, en la que se recoge la prescripción, A. Ruiz Castellano, *Ley de las Doce Tablas. Introd., ed. crítica, trad., notas* e *index verborum por*…, Madrid 1991, pp. 64 y 22-23. Los romanistas de los siglos XIX y XX han entendido que con precedencia a este precepto se encontraba otra regla en la misma Tabla, que refería el contenido más amplio de la patria potestad, ya vigente en tiempos de la Monarquía en virtud de una *lex regia*, a tenor de la referencia que hace la *Collatio*, sirviéndose del *responsum* de Papiniano, Coll. 4, 8: *Cum patri lex regia dederit in filium vitae necisque potestatem,* y del texto de Dionisio de Halicarnaso, con remisión a Rómulo. Vid. C. G. Bruns, op. cit., p. 7. D'Ippolito elimina la palabra regia del texto (F. M. d'Ippolito, *Problemi storico-esegetici delle XII Tavole*, Napoli 2003, p. 161. Rascón y García se limitan a precisar en el comentario del precepto decemviral, que además del texto de la *Collatio*, hay la constatación en otra fuente jurídica distinta, los *Fragmenta Gai Augustoduniensia* 4, 85-86 (cf. J. Baviera, *Fontes iuris romani antejustiniani. Pars altera, ed. notisque illustravit*…, Florentiae 1940, p. 224), en la cual se precisa ese mismo reconocimiento del poder paterno: *cum patris* (la cita de Papiniano contenida en la Collatio, aparece en otros autores en dativo: *patri*) *potestas talis est ut habeat vitae et necis potestatem*. C. Rascón- J. M. García, op. cit., pp. 8 y 74-75. Vid. AAVV., *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti,* a cura di M. Humbert, Pavía 2005.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto[50]

El colegio de pontífices se sirvió de esta norma decemviral para articular el instituto que nos ocupa, tal como refieren las fuentes, aunque no sea la única finalidad del ritual señalado, si tenemos presente que también servía para la adopción[51], porque en el derecho primitivo romano faltaba una forma específica, prevista con objeto de liberar al hijo de la patria potestad, y este resultado se tuvo que conseguir indirec-tamente a través de otro recurso jurídico ya existente[52].

Gayo, en sus Institutiones 1, 132[53], completado con el texto del Epítome Gai 1, 6, 3[54], describe la forma de emancipar, utilizada para la *datio in adoptionem* del filiusfamilias[55], y en la emancipación. El rito formal del negocio exigía la presencia de los cinco testigos, el *antestatus* y del *libripens*.

50 Tab. IV, 2. Agnati ha realizado recientemente un acopio sistemático de las referencias alusivas a este precepto, a través de las fuentes literarias y jurídicas. Vid. U. Agnati, *Leges Duodecim Tabularum. Le tradizioni letteraria e giuridica. Tabulae I-VI*, Cagliari 2002, pp. 179-186, con las citas de las fuentes literarias, especialmente de Dionisio de Halicarnaso; por lo que afecta a las fuentes jurídicas, comienza por los fragmentos de Gayo, en sus *Institutiones* y *Epítome*, junto al de Ulpiano en sus Reglas, para finalizar con las *Instituciones* de Justiniano, estableciendo la cronología de cada una de ellas, para mejor identificación de su valor.

51 Señala José Guillén que era costumbre del padre mancipar al hijo que tenía bajo potestad a un tercero, y "con ello el hijo, sin perder su ingenuidad, quedaba equiparado a un esclavo, del que se distinguía únicamente en que su condición era temporal, y el comprador se comprometía a liberarlo al cabo de un tiempo convenido; "si rehusaba hacerlo el censor podía anular el *mancipium*". Este autor, a la hora de interpretar el texto decemviral se fija en la redacción de Dionisio de Halicarnaso, a propósito de las leyes regias: "le concedió (al padre) el recuperar al hijo hasta la tercera venta… después de la tercera venta el hijo quedaba libre con respecto al padre". J. Guillén, *Urbs Roma. Vida y costumbres de los romanos. I. La vida privada*, Salamanca 1977, pp. 121-122.

52 Epit. Gai 1, 6, 4: *Quae tamen emancipatio solebat ante praesidem fieri; modo ante curiam facienda est, ubi quinque testes cives romani in praesenti erunt, et pro illo, qui libripens appellatur, id est stateram tenens, et qui antestatus appellatur, alii duo, ut septem testium numerus impleatur.*

53 *Praeterea emancipatione desinunt liberi in potestate parentum esse. Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate: lex enim XII tabularum tantum in persona filii de tribus mancipationibus loquitur his verbis... Eaque res ita agitur: mancipat pater filium alicui; is eum vindicta manumittit; eo facto revertitur in potestatem patris; is eum interum mancipat vel eidem vel alii (sed in usu est eidem mancipari) (sic) isque eum postea similiter vindicta manumittit; eo facto rursus in potestatem patris revertitur; tertio pater eum mancipat vel eidem vel alii (sed hoc in usu est, ut eidem mancipetur) (sic), eaque mancipatione desinit in potestate patris esse, etiamsi nondum manumissus sit sed adhuc in causa mancipii...* Cf. A. D'Ors, *Gaius Institutiones*, ed. bil. latina-castellana, Madrid 1943, pp. 31-32; A. di Pietro, *Gaius. Institutas*. Texto traducido, notas e introducción por..., La Plata 1967, pp. 51-54; id., eod., 5ª ed., Buenos Aires 1997, pp. 138-141 y notas.

54 *Item per emancipationem filii sui iuris efficiuntur. Sed filius masculus tribus emancipationibus de potestate patris exit et sui iuris efficitur. Emancipatio autem, hoc est manus traditio, quaedam similitudo venditionis est: quia in emancipationibus praeter illum, hoc est certum patrem, alius pater adhibetur, qui fiduciarius nominatur. Ergo ipse naturalis pater filium suum fiduciario patri mancipat, hoc est manu tradit: a quo fiduciario patre naturalis pater unum aut duos nummos, quasi in similitudinem pretii accipit, et iterum eum acceptis nummis fiduciario patri tradit. Hoc secundo et tertio fit, et tertio eum fiduciario patri mancipat et tradit, et sic de patris potestate exit. 4… Tamen quum tertio mancipatus fuerit filius a patri naturali fiduciario patri, hoc agere debet naturales pater, ut ei a judiciario patre remancipetur et a naturali patre manumittatur, ut, si filius ille mortuus fuerit, ei in hereditate naturales pater, non fiduciarius succedat. 5. Feminae vel nepotes masculi ex filio una emancipatione de patris vel avi exeunt potestatem et sui iuris efficiuntur. Et hi ipsi quamlibet una emancipatione de patris vel avi potestate exeant, nisi a patre fiduciario remancipati fuerint et a naturali patre manumissi, sucederé eis naturales pater non potest, nisi fiduciarius, a quo manumissi sunt. Nam si remancipatum sibi naturales pater vel avus manumiserit, ipse eis in hereditate succedit.*

55 Gai Inst. 1, 134.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

El procedimiento era bastante sencillo y esquemático: se realizaban tres *mancipationes* del hijo a un amigo, que se prestaba a ello, como persona de confianza del paterfamilias, por lo que eran *mancipationes* fiduciarias: las dos primeras, concluido el plazo de cesión, se producía por parte del *mancipio accipiens* la manumisión del hijo, quien retornaba bajo potestad de su paterfamilias, pero a continuación de la tercera venta tenía lugar una *remancipatio* a favor del *paterfamilias*[56], para que recibido el hijo *in causa mancipii* lo manumitiera definitivamente, convirtiéndose el *filius* en *sui iuris*[57], mientras el padre, a través de esa manumisión, adquiría el patronato, con los derechos inherentes, tanto en lo relativo a la sucesión como a la tutela[58].

El mismo Gayo[59] informa que la jurisprudencia pontifical previó, en caso de emancipaciones de hijas y nietos, que no fuera preciso el rito de la triple venta para que se produjera la extinción de la patria potestad, y estimó suficiente una sola *mancipatio*, seguida de *remancipatio*, y ulterior *manumissio* del *pater*.

Como ha hecho notar Churruca[60], el fragmento de san Isidoro, en *Etimologías* 9, 5, 17, a tenor del cual: «*inde etiam filio fit emancipatio ut sit liber a patre, sicut fit servo manumissio ut sit liberatus a domino*», debió inspirarse o bien en una obra clásica o más bien en una reelaboración posclásica, pero carente de tendencia actualizadora en su contenido, ya que se equipara la emancipación en los hijos con la manumisión en los esclavos[61].

56 Escriche describe el rito en las expresiones verbales utilizadas: "La venta se efectuaba ante siete testigos, ciudadanos romanos, uno de los cuales llevaba una balanza para pesar un precio imaginario, y otro les llamaba la atención tocándolas la oreja para que pudieran dar testimonio. Al hacer la primera y la segunda venta, usaba el padre esta fórmula: *mancupo tibi hunc filium qui meus est*; y el comprador, que se llamaba padre fiduciario, echando una moneda en su balanza, respondía: *hunc ego hominem jure quiritium meum esse ajo, is mihique emptus hoc aere aeneaque libra*. Mas a la tercera venta, empleaba el padre otra fórmula, diciendo al comprador: *ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione ut mihi remancupes, ut inter bonos bene agere oportet, ne propter te tuamque fidem frauder*. J. Escriche, *Diccionario razonado de Legislación y jurisprudencia*, nueva ed. ref. y cons. aum., por L. Galindo y de Vera y J. Vicente y Caravantes, t. II, Madrid 1874, p. 786, s. v. emancipación.

57 Vid. M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und ubre-lieferung einer hochklassischen Juristenschrift. Analyse, Neuedition und deutsche übersetzung*, Göttingen 2005, pp. 293-296.

58 Gayo 1, 132, 135 y 140; Reglas de Ulpiano 10, 1, 13, 3; Pauli Sententiae II, 25, 2, 3 y 4; Teófilo, Paráfrasis Instit. 1, 12, 6; Novela 81, praefatio.

59 Sobre los aspectos biobibliográficos más relevantes de este jurisconsulto romano del siglo II d. C., vid. por todos, M. Lobo da Costa, Gaio. *Estudo biobibliográfico*, Sao Paulo 1989.

60 J. Churruca, *Las Instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao 1975, pp. 79-82.

61 Este romanista hispano pone de relieve que la terminología empleada en el texto isidoriano contiene elementos que no proceden de una fuente jurídica, y la utilización del término *liber* con referencia al *status familiae* choca con el empleo precedente dentro del *status civitatis*, si bien concluye "lo más probable es que el autor de esa frase haya sido o el mismo San Isidoro, o un reelaborador intermedio de una obra jurídica elemental, animado de tendencias lexicográficas". Además, el jurista vasco llama la atención sobre la doble construcción sintáctica *filio fit emancipatio, fit servo manumissio*, ya que carece de precedentes en las fuentes jurídicas conocidas, y es un posible caso de reelaboración, sin olvidar que juzga poco probable que los textos de *Gai Augustodunensia* sean la fuente inmediata de las *Etimologías*, porque "no es verosímil que San Isidoro, no jurista y en su ambiente visigodo, hubiese formulado a base de los elementos que pudiera proporcionarle GA, unos principios que concuerdan con la concepción romana primitiva y clásica". No obstante, avanza la hipótesis de que el obispo español se inspirase en una paráfrasis escolar posclásica de un texto clásico, y quizás éste último fuera Gayo en sus *Institutiones*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

En Derecho clásico, la emancipación podía tener lugar en cualquier lugar, a tenor del fragmento de Paulo, contenido en D. 1, 7, 36[62], y si faltaban los requisitos de solemnidad exigibles era nula, aunque el defecto de forma no podía ser alegado por el paterfamilias[63].

Este sistema de emancipación estuvo vigente como único procedimiento emancipatorio desde los primeros tiempos de la República hasta que el emperador Anastasio, consciente de que era imposible aplicarlo en caso de emancipación entre ausentes, promulgó la constitución del año 502, en la que se permite sustituirlo por un rescripto solicitado y conseguido del titular del poder imperial, y conformaría lo que se denomina *emancipatio Anastasiana*[64].

En el Derecho justinianeo fue abolido el sistema de la triple venta a través de la constitución del año 531, C. Iust. 8, 48 (49) 6, en la que se dispone: *Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et iniuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus, iubemus… vana tantummodo secundum quod dictum est observatione sublata*, y como señala en Inst. Iust. 1, 12, 6: *ea emancipatio antea quidem vel per antiquam legis observationem procedebat, quae per imaginarias venditiones et intercedentes manumisiones celebrabatur... Nostra autem providentia…, ut fictione pristina esplosa…* [65].

62 Paulo lib. octavo decimo resp.: *Emancipari filium a patre quocumque loco posse constat, ut exeat de patria potestate. Apud proconsulem etiam in ea provincia, quam sortitus non est, et manumitti et in adoptionem dari posse placet*.

63 D. 1, 7, 25 pr. Ulpiano, lib. quinto opin.

64 C. Iust. 8, 48, 5. Imp. Anastasius A. Constantino pp. Año 502. Cf. P. F. Girard, *Manuel elémentaire de Droit Romain*, 4ª ed., París 1906, pp. 187-190. Sobre el régimen legal aplicado por Constantino, vid. M. Sargento, *Il Diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano 1938, pp. 105-109. En su criterio, entre las principales innovaciones constantinianas, se encuentra la relevancia jurídica otorgada por primera vez a la causa de la liberalidad como base del acto emancipatorio, lo cual inicia un nuevo sistema que se desarrollará ulteriormente, si bien este emperador no abolió la antigua forma de la emancipación, a pesar de la importancia que se asignaba al acto escrito. Vid. J. Heinecio, *Recitaciones del Derecho civil romano*. Trad. al cast., anot. y adic. cons. por L. de Collantes y Bustamante, 7ª ed., rev. y aum., t. I, Valencia 1879, pp. 155 y ss.

65 Io. Mynsingeri a Frundeck, *Apotelesma, id est, corpus perfectum scholiorum ad Institutiones Iustinianas pertinentium*, Lugduni 1676, t. I, pp. 73-74: *Sextus modus* (el quinto es la *captivitas* del padre) *quo eximitur filius ex patria potestate, est emancipatio, quae est relaxatio nexus patrii, cum consensu patris emancipantis, et filii emancipandi, coram competente iudice, dicta quasi mansi emptio, ficta et imaginaria: Viglius . Emancipatio est actus voluntarius, non necessarius. Item e diverso, nudus consensus, vel aptris vel filii non sufficit: sed requiritur solemnitas quaedam, quae proprie est iudicis accesus*: l. non nudo 3 Cod. De emancip. *Vides itaque causam efficientem emancipationis esse, consensum utriusque et patris et filii, iuncta solemnitate. Non autem necessario pater caussam allegare tenetur, propter quam filium emancipet: similiter nec filius, sed satis est consensus utriusque, accedente solemnitate coram iudice…. Si infans sit filius, aut absens, Principis authoritate interveniente id fieri debet,* iuxta l. iubemus 5 et l. fin. De emancip. lib. *Effectus emancipationis est solutio patriae potestatis, ita quod filius postea suo nomine libere contrahere, testari, et omnia agere possit, sicuti paterfamilias. Secundo, quod acquirat plenum dominium, hoc est, proprietatem et usumfructum in bonis adventitiis: excepta tamen dimidia parte ususfructus, quae ipsi patri, veluti in praemium emancipationis reservatus*: & hoc quoque, per quas pers. nob. acq. et l. cum oportet & penult. De bon. quae lib. *Liquet igitur, emancipationem esse beneficium: quia filius per eam multa acquirit quae prius non habuit*: l. 1 ff. Si a parente quis manumiss. fuerit. *Quare ab Imperatore liberalitas etiam dicitur* d. l. iubemus C. De emanc. lib. *Succedet igitur pater filio emancipato in totum ab intestato, liberis non extantibus: ex testamento in tertia bonorum parte: liberis superstitibus nihil ex eius bonis consequitur. Ad quem spectat commodum successionis ad eundem et tutelae onus pertinet.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Se trata de un modo de exclusión de los hijos del grupo doméstico, a través de un acto directo de liberación de la patria potestad, que algunos autores han interpretado como introducido más en perjuicio que a favor de los hijos, otorgando al paterfamilias un nuevo instrumento de castigo, a modo de pena, respecto de las personas sometidas, al entender que el emancipado tenía más ventajas si permanecía en el grupo doméstico que si se salía del mismo, porque ello implicaba carencia de patrimonio y privación de la futura herencia intestada, tanto del padre como de los agnados[66].

No obstante, desde nuestra opinión, es poco asumible este criterio, porque el emancipado a pesar de que encontrarse solo en la vida, sin patrimonio relevante y sin derechos hereditarios, como recuerda Gayo[67], quedaba liberado del *ius vitae necisque*, y de una posible *datio in mancipium*, que le colocaba en condición semiservil, además de que las adquisiciones patrimoniales ulteriores pasaban a su titularidad[68].

Hay que tener presente que en el devenir histórico se eliminaron, casi en su totalidad, el conjunto de desventajas sufridas por el emancipado, como fue a través de la llamada a heredar prevista en el edicto pretorio respecto de la *bonorum possessio* junto a los *sui*[69], por lo que definitivamente el acto emancipatorio tuvo una clara significación favorable al hijo, y esta orientación se mantuvo desde el período clásico hasta el justinianeo, como demuestran el poder llevar consigo el peculio profecticio, si su paterfamilias no se lo revocaba expresamente en el acto de liberación: D. 39, 5, 31, 2[70], entendiéndose entonces que se lo había donado[71], sin olvidar la propiedad exclusiva de los peculios castrense y

66 B. Biondi, (*Istituzioni di Diritto romano*. Rist. inalt. della 4ª ed. ampl. ed agg., Milano 1972, pp. 562-564) entiende que en los primeros tiempos de Roma la salida voluntaria de la familia ni era normal ni frecuente, a causa de la fuerte y compacta organización familiar, a la que repugnaba toda minoración. Ello explica que salvo la muerte o reducción a la esclavitud del hijo, no había otros modos de obtener la liberación del poder paterno más que a través de los actos voluntarios del paterfamilias, entre los que ocupa un lugar destacado la emancipación, y las escasas excepciones que contemplamos en Derecho clásico, por lo que este romanista no duda en afirmar que la emancipación era un acto absolutamente libre del alter, con las siguientes consecuencias: a) no es necesario el consentimiento del hijo hasta la época posclásica, en cuyo momento se exige al menos que no se oponga, y el consentimiento explícito lo exigen Anastasio y Justiniano; b) el hijo no puede constreñir al padre para que lo emancipe, según Gayo 1, 137; c) no hay requisito o límites para la emancipación, que puede afectar al impúber o al menor, al hijo o al nieto, y en este caso no precisa el consentimiento del generante. Vid. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto romano*, 14ª ed. riv., rist. anast., Napoli 1968, pp. 474-479.

67 Gai Inst. 3, 19.

68 Únicamente tendría la emancipación el carácter de penalidad para el hijo, cuando en atención a las cualidades negativas personales del sujeto liberado, y a la privación de expectativas sucesorias, la emancipación implicaba para él un serio detrimento, de modo que tan solo a tenor de las circunstancias particulares del liberado de la *potestas*, la emancipación podría valorarse en cada supuesto en sentido ventajoso o no para el hijo liberado. Amunátegui, al tratar de la emancipación, entiende que "el rompi-miento del vínculo de dependencia respecto a quien detenta el poder es siempre posible en beneficio de las personas sometidas a su control". C. F. Amunátegui Perelló, C., *Origen de los poderes del pater-familias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid 2009, p. 347.

69 Gai Inst. 3, 25-26.

70 *Pater, qui filiae, quam habuit in potestate, mancipia donavit et peculium emancipatae non ademit, ex post facto donationem videbatur perfecisse.* Papiniano lib. duod. resp.

71 FV 260: *Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro Donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usu capit…*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

cuasicastrense, así como el usufructo de los *bona adventicia*, que es sustituido por Constantino con el premio de la emancipación, en virtud del cual deja en el *filius* la propiedad de los dos tercios del peculio adventicio, quedando para el padre un tercio de dichos bienes, aunque Justiniano lo sustituye por el usufructo de la mitad de los bienes[72]. El mismo fundamento de la sucesión intestada, basada no en la agnación, eliminada en la Novela 118, sino en la cognación, justifica que el único fundamento de la misma sea el parentesco de sangre, con lo cual el emancipado pierde cualquier diferencia con los que estuvieron bajo *patria potestas* hasta el momento de fallecimiento del titular, salvo el deber de colacionar aquellos bienes que hubiera logrado durante su condición de *sui iuris*.

A pesar del significado de beneficio para el emancipado, tal como vemos en las fuentes justinianeas, en las que se habla de *liberalitas* y *beneficium*, hay dos disposi-ciones de Constantino que favorecen al padre, en caso de emancipación del hijo: en C. Iust. 8, 49 (50) 1, se admite la revocación de la emancipación por ingratitud[73], y el emancipado no podía regresar a la potestad del emancipante más que mediante adop-ción[74], siempre que no hubiere ofendido a sus progenitores, ya que en este caso venía sancionado con la vuelta bajo la potestad de quien lo había emancipado[75]; la otra constitución del emperador Constantino, reformada por Justiniano en el año 529[76], era la ya citada, que dispone el *praemium emancipationis* a favor del *pater*.

En la parte oriental del Imperio, provincias helenísticas, según di Pietro, fue frecuente la emancipación libre de formas, o mediante una mera nota por escrito dirigi-da al magistrado competente, aunque este procedimiento no fue reconocido por la legislación imperial[77].

El año 502, por primera vez, el emperador Anastasio incorporó legislativamente una forma nueva, consistente en la emancipación por rescripto del Emperador, a petición del paterfamilias interesado, que debía insinuar y deponer ante el magistrado competente, por lo que se conoce como *emancipatio Anastasiana*, en la cual se permite la emancipación de todos los descendientes, siempre que estuvieran *absentes et peregre degentes*. Aquel a quien se otorgaba la emancipación de esta manera, si no era infante, debía antes o después del rescripto insinuar su consentimiento ante el mismo u otro magistrado.

72 Inst. Iust. 2, 9, 2. C. Iust. 6, 61, 6. Imp. Iustinianus, año 528.

73 FV 248: *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* (año 340).

74 D. 1, 7, 12. Ulpiano lib. quarto decimo ad Sabinum.

75 C. I. 8, 50, 1. Impp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA ad Praetextatum pu. Año 367.

76 C. I. 6, 61, 6, 3. Imp. Iustinianus Demostheni pp. Esta normativa viene reiterada en Inst. Iust. 2, 9, 2, con abundancia de datos respecto del régimen precedente y los fundamentos de la reforma legislativa.

77 Cf. A. di Pietro, op. cit., p. 140, nota b.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

La Constitución imperial originaria, recogida en C. Iust. 8, 48 (49) 5[78], que ha sido interpolada por los justinianeos[79], preveía un supuesto de hecho bien concreto: dado que la emancipación tradicional exigía la presencia del que salía de la patria potestad, su ausencia no permitía aplicar el procedimiento antiguo, y era causa motivante para utili-zar sustitutoriamente la voluntad favorable del Emperador y lograr esa liberación del poder paterno. En este nuevo procedimiento, se precisaban tres requisitos para el negocio jurídico: en primer lugar, la petición del padre; en segundo lugar, la concesión o rescripto del Emperador, y en tercer lugar la presentación del rescripto al juez para que lo ejecutase, por lo cual era una tramitación larga y compleja.

Ambas formas de emancipación, por *mancipatio-manumissio* y por rescripto imperial, vienen equiparadas en cuanto al resultado por el mismo legislador imperial bizantino, en C. Iust. 6, 20, 18[80], ya que habla de los hijos, "*qui nostrae legis auctoritate per oblationem precum et imperiale rescriptum sui iuris effecti fuerint*" añadiendo en orden a la equiparación "*ad similitudinem ceterorum, qui emancipati ex antiquo iure sunt*", es decir los liberados con la triple venta y los que ahora son emancipados *per rescriptum principis*.

Justiniano, finalmente, introdujo una forma novedosa de emancipación, que es la efectuada por el juez, a la cual se refiere el texto interpolado de la constitución anastasiana ya referida, C. Iust. 8, 48 (49), 5, en la cual se alteró la redacción originaria de la norma mediante una frase concorde con la mentalidad reformadora de los Compi-ladores justinianeos, colocando a continuación de los *absentes et peregre degentes*: "*vel in isdem locis seu regionibus et civitatibus commorantes, in iudicio vero non praesentes*", explanando que a la misma podrían acudir incluso los ciudadanos que habitasen en las mismas ciudades y regiones, a quienes en esta ley imperial se autoriza para servirse de la emancipación mediante rescripto del Emperador, si no pudieran hacer la emancipación judicial, por estar impedidos de acudir ante el juez.

78 *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 filiam, nepotem seu neptem ex filio, pronepotem seu proneptem ceterosque itidem per masculini sexus personas continua generis linea sibi coniunctos, per emancipationem vel absentes et peregre degentes vel in isdem locis seu regionibus et civitatibus commorantes, in iudicio vero non praesentes, iuris sui constituere maluerint, supplicationibus prorrectis mereri super hoc divinum oraculum hocque apud competentem iudicem, ad cuius iurisdictionem actus emancipationis 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 sint, de aliena potestate quasi a parentibus ex emancipatione manumissae liberentur: si tamen ipsae nihilo minus 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. Dat. XI kal Augusti….* Año 502.

79 Cf. *Index interpolationum, quae in Iustiniani Codice inesse dicuntur*, ed. cur. G. Broggini, tomus in quo ea commemorantur, quae viri docti in scriptis ante annum 1936 editis suspicati sunt, Köln Wien 1969, p. 139.

80 Imp. Anastasius A. Constantino pp. *Liberos, qui nostrae legis* (C. Iust. 8, 48, 5) *auctoritate per oblationem precum et imperiale rescriptum sui iuris effecti fuerint, ad similitudinem ceterorum, qui emancipati ex antiquo iure sunt, collationes facere iubemus compelli secundum ea, quae super ceteris emancipatis statuta sunt. D. XII kalendas Augusti…* año 502

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

En esta nueva normativa, la emancipación era posible ante cualquier juez competente, mediante la declaración de la voluntad por parte del padre de querer liberar de su *potestas* al hijo, conjuntamente con la expresión del *filiusfamilias* de venir eman-cipado, extendiéndose un acta del negocio celebrado.

La abolición del modo tradicional que provenía de la República, triple o única venta ficticia, no se produjo, como hemos señalado, hasta la constitución de Justiniano del año 531, contenida en C. Iust. 8, 48 (49) 6, a través de una regla jurídica imperial muy explícita[81]:

> *Cum inspeximus in emancipationibus vanam observationem custodiri et venditiones in liberas personas figuratas et circumductiones inextricabiles et injuriosa rhapismata, quorum nullus rationabilis invenitur exitus, iubemus huiusmodi circuitu in posterum quiescente licentiam esse ei, qui emancipare vult, vel ex lege Anastasiana hoc facere vel sine sacro rescripto intrare competentis iudicis tribunal vel eos adire magistratus, quibus hoc facere vel legibus vel ex longa consuetudine permissum est, et filios suos vel filias, nepotes vel neptes vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam a sua manu dimitiere et legitima iura omnimodo habere, etsi non specialiter haec sibi servaverit; et peculium donare vel alias res liberalitatis titulo in eos transferre, et eas res, quae adquiri indignantur, per usum fructum secundum nostrae constitutionis modum detinere et omnia facere, vana tantummodo secundum quod dictum est observatione sublata. Dat. Kal. Nov…*

Por consiguiente, junto a la emancipación anastasiana, Justiniano instituyó la judicial o ante el magistrado[82], pero esta última con alcance general, sin restricción alguna[83], mientras la primera servía para casos subsidiarios, estableciendo además una clara limitación para esta última: solamente podrían acudir al rescripto imperial aquellos que estaban ausentes, y los presentes que estuvieran impedidos de acudir ante el juez[84].

El modo de conseguir esa emancipación ante la autoridad judicial se traducía en una simple declaración del paterfamilias ante el magistrado competente, a la

81 Vid. V. Arangio-Ruiz, op. cit., pp. 472-473.

82 Vid. D. 1, 7, 4. Modestinus lib. sec. regul: *Magistratum, apud quem legis actio est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est.*

83 Inst. Iust. 1, 12, 6-9. Cf. *Imperatoris Iustiniani Institutionum libri quatuor. Adiecta sunt aliqua ex constitutionibus fragmenta et ex Digestis titulus de regulis iuris*. Con la traducción al castellano por I. Calvo y Madroño, 2ª ed., Madrid 1903, pp. 34-35; *Instituciones de Justiniano,* trad. cast. de F. Hernández Tejero, Madrid 1961, pp., 38-39. D. Dalla, *Note minime di un lettore delle Istituzioni di Giustiniano. Libro I*. 2ª ed. riv., Torino 2007, pp. 169-173; A. Vinnii, I*n quatuor libros Institutionum Imperialium commentarius academicus et forensis*, ed. nova, in usum hispanae iuventutis adornata, t. I, Valentiae 1786, pp. 91-93; J. Heinecio, *Recitaciones del Derecho civil romano*, trad. al cast., anotadas y adicionadas considerablemente por L. de Collantes y Bustamante, 8ª ed., t. I, Valencia 1888, pp. 154-157; M. Ortolan, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperdor Justiniano*…, nov. 5ª ed. rev. y aum., trad. por F. Pérez de Anaya y M. Pérez Rivas, t. I, libros I y II de la *Instituta*, Madrid 1884, pp. 158-161.

84 La emancipación hacía cesar la sujeción a la patria potestad, pero el emancipado se convertía en un extraño respecto de su familia de origen así como de sus agnados, además de convertirse en *sui iuris* si era varón y paterfamilias, porque como señalan las fuentes "*emancipatus familiam habet*", aunque las hijas no podían formar nueva familia, teniendo el resto en común con los varones.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

que seguía el decreto, y en la misma no era preciso explicar los motivos por los cuales el padre emancipaba al hijo, sino que bastaban para su validez y eficacia la observancia de los requisitos legales previstos, tal como habían dispuesto los emperadores Diocleciano y Maximiano[85]:

> *Non nudo consensu patria liberi potestate, sed actu solemni vel casu liberantur, nec causae, quibus motus pater emancipavit filium, sed actus sollemnis quaeritur.*

Respecto de la cuestión relativa a si el paterfamilias necesitaba el consentimiento del emancipando para llevar a cabo su liberación de la *potestas*, es evidente que en los primitivos tiempos de Roma la respuesta es negativa, dado el carácter absoluto de la patria potestad, máxime si tenemos presente que podía disponer *ad libitum* de sus hijos, vendiéndolos o dándolos en noxa, por ejemplo. En derecho clásico, no se requería el consentimiento del *filiusfamilias*[86], y éste fue un requisito introducido en la época posclásica por el emperador Anastasio, manteniendo Justiniano la misma exigencia[87]. En Derecho justinianeo se exige el consentimiento del emancipando si se trata de descendientes naturales, en cuya materia tenemos un fragmento muy importante de Paulo, contenido en la *Lex Romana Wisigothorum*, II, 26, 5[88], que ha sido objeto de discusión en la doctrina.

A la vista de su tenor literal: *Filiusfamilias invitus emancipari non cogitur*, se podría entender que en Derecho clásico era exigido el consentimiento del emancipando, aunque entendido restrictivamente, tan solo en cuanto a su mera aceptación de la volun-tad libre del paterfamilias, o no oponerse a la misma, es decir, no contradecirla, en modo similar al texto recogido en la Nov. 89, cap. 11 pr., al disponer que no está permitido a los padres disolver la patria potestad contra la voluntad del hijo[89]. Longo[90] estima que dicha interpretación no se concilia con las fuentes jurisprudenciales del período clásico, ya que dicho fragmento habría sido modificado por los visigodos para ajustarlo a su propia normativa, aunque el pasaje del jurista, en su redacción original, diría lo contrario: el emancipado podía

85 C. I. 8, 48 (49) 3. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Heliodoro. Año 293.

86 El paterfamilias, a tenor de D. 1, 7, 28. Gaio lib. primo inst., podía emancipar indistintamente a sus filiifamilias naturales y adoptivos de cualquier grado, como juzgase oportuno, de modo que tenía capacidad de emancipar a los hijos y retener bajo potestad a los nietos, y a la inversa, e incluso emancipar a todos los hijos.

87 Tratándose de un hijo o nieto adoptivo, tanto en derecho clásico como en Justiniano, la respuesta es negativa, ya que todos los textos que tratan explícitamente de emancipaciones de adoptivos, y que se remontan al período clásico: Inst. Iust. 1, 11, 3 y D. 45, 1, 132, así como una constitución imperial de Justiniano, C. I. 8, 48, 10, no solamente no exigen la necesidad del consentimiento del emancipando, sino que en su contexto parece rechazarse cualquier atisbo de la misma.

88 Cf. *Lex Romana Visigothorum*, inst. G. Haenel, ed. post Sichardum prima, Lipsiae 1849, p. 372. Sobre la regulación relativa a esta regulación de la emancipación y su reflejo en el Breviario, vid. M. Conrat, *Breviarium Alaricianum. Rómisches Recht im fränkischen Reich in systematischer Darstellung*, Leipzig 1903, reimpr. Aalen 1963, pp. 142-148.

89 *Generaliter autem in omnibus… Nam si solvere ius patriae potestatis invitis filiis non permissum est patribus…*

90 C. Longo, op. cit., pp. 70-78.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

ser emancipado incluso contra su voluntad[91].

La exigencia legal del consentimiento del emancipando se encuentra por primera vez en la constitución anastasiana, que introdujo la emancipación por rescripto: C. Iust. 8, 48 (49) 5. En la misma se exige un consentimiento expreso y positivo, declarado ante el juez o magistrado, prescripción que Justiniano incorporó en su código, acogiendo la normativa del emperador Anastasio, con el requisito del consentimiento del emanci-pando, si bien no estableció distinción alguna al exigir el consentimiento del *filius* en la emancipación, sea cual sea la forma de obtenerla[92].

Otra cuestión diferente es la que se refiere a si el paterfamilias podía ser constreñido a emancipar los hijos. Mientras en época clásica, el principio del *ius civile* era la incoercibilidad de la emancipación, cuya ejecución forzosa habría significado una grave limitación de la *patria potestas*, por lo cual no hubo más que escasas y esporá-dicas excepciones, siempre que hubiera posibilidad de acudir a un recurso extraor-dinario en vía administrativa o de *imperium*, Justiniano transformó este régimen y aumentó su número, respecto de los supuestos clásicos[93].

Gayo en sus Inst. 1, 137 y Marciano, en D. 1, 7, 31, refieren el principio

91 El argumento principal para sostener esta interpretación vendría en el hecho de que dicho fragmento no ha sido acogido por los compiladores bizantinos en el Digesto, en el cual se encuentran algunos textos que pueden ser coherentes al mismo, sin olvidar que no hay un solo pasaje jurisprudencial en el cual se exija el consentimiento positivo del emancipando, y las implicaciones en caso de denegación, a efectos de indicar la autoridad a la que podría acudirse, sin olvidar que la inobservancia del requisito generaría la nulidad de la emancipación.

92 A. Chassaneux, *Enchiridion iuris civilis seu paratitla in IV libros Institutionum. Index in L. libros Pandectarum. Paraphrasis in titulos XII librorum Codicis et in II Novellas Imperatoris Iustiniani*, Parisiis, apud Ia. Quesnei, 1632, pp. 21-22: De adoptionibus, p. 24: Pérdida de la *patria potestas*, por emancipatio, "*idem est in filiisfamilias quod in servis manumissio, Fiebat olim solemnibus quibusdam intercedentibus, et trina venditione, et circunductionibus inextricabilibus, quas tandem Iustinianus abrogavit, eo constituto, ut fiat apud praetorem. Patre palam protestante, se liberos a manu sua dimittere* l. fina. C. de emancip. Lib. *Sed et ante Iustinianum fuit Anastasiana emancipatio quae ita fiebat* ex l. penultima C. eod. tit.. *ut rescriptum a principe impetraretur, et actis intervenientibus insinuaretur, quo patri licebat filios vel absentes vel praesentes sacris suis dimittere.*

93 Los doctores medievales resumieron las excepciones a través de las cuales el padre podía ser obligado a emancipar a sus hijos en algunos casos, a través de los siguientes versos: a) *si genitor saevus sit.* B) *prostituatque pudorem/ natae,* c) *aut pupillo forsan damnosus adoptet;/* d) *legatum aut* e) *nummos capiat si hac conditione,/ invito solvi poterit genitori potestas*. En realidad, según Heinecio, son tres las causas previstas: si el padre prostituye el pudor de su hija y la obliga a comerciar torpemente con su cuerpo; si el padre expone o permite que se exponga a un infante, y si el padre contrajera nupcias incestuosas. J. Heinecio, op. cit., reimpr. de la 8ª ed. rev. y aum. con notas sobre el derecho romano y español…, Pamplona 2003, pp. 156-157. A tenor de las fuentes, y dejando aparte la vigencia en derecho clásico del principio general por el que un descendiente no podía constreñir al ascendiente, a quien competía la patria potestas, a emanciparlo, tal como aparece en D. 1, 7, 31 y C. I. 8, 48, 4, encontramos en la Compilación una serie de supuestos en lo que parece imponerse la emancipación forzosa, como son el hecho ya referido de obligar al padre a emancipar al hijo porque le maltrataba gravemente, conforme a D.37, 12, 5, así como si le ordenaba realizar cosas contrarias al pudor, a tenor de C. I. 1, 4, 12, o si lo abandonaba o le negaba los alimentos, C. I. 8, 52, 2 y Novela 153, cap. 1, o si contraía un matrimonio incestuoso, tal como dispone la Novela 12, cap. 11, o si probaba que al darlo en adopción, el menor probaba que era dañosa para él, D. 1, 7, 33 y D. 4, 4, 3, 6, o si el padre prostituía a la hija a su arbitrio, C. I. 11, 40, 6, y aunque la dignidad emancipaba: D. 1, 7, 3, Justiniano estableció que ciertas dignidades superiores, eclesiásticas y laicales, operasen de pleno derecho la extinción de la patria potestad. En esta materia, los estudios de Solazzi y Bonfante han permitido establecer una divergencia entre el derecho clásico y el justinianeo, acerca de los supuestos relativos a la emancipación forzosa. Vid. por todos, P. Bonfante, op. cit., pp. 177-181.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

del *ius civile* que excluye la emancipación forzosa, ya que el primero afirma que la hija no puede obligar al padre a que la emancipe, mientras el segundo sostiene paladinamente: "*non potest filius qui est in potestate patris ullo modo compellere eum ne sit in potestate*. Lo contrario sucede en Derecho justinianeo, favorable a la emancipación forzosa, atenuando con las interpolaciones el principio clásico, tal como vemos en Inst. Iust. 1, 12, 7, en el cual el *ullo modo* de Gayo y Marciano es atenuado en *ullo paene modo*, añadiendo el *paene*[94], y en D. 38, 6, 8, en el cual la frase *nec facile pater emancipare filium cogi poterit*, ha sido interpolada[95].

A modo de conclusión, para el análisis del documento notarial que nos ocupa, es preciso señalar que el régimen justinianeo de la emancipación tiene cuatro presupuestos de validez: 1. En primer lugar, descansa sobre el consentimiento del paterfamilias, al que no se puede obligar contra su voluntad, salvo los supuestos previstos en la legislación. 2. Se exige el consentimiento del *filiusfamilias*, con su presencia en la emancipación justinianea, y a pesar de su ausencia, si fuere la forma anastasiana. 3. Debían observarse las formalidades previstas en Derecho, para obtener el rescripto imperial de Anastasio, o si resulta de la presencia ante el magistrado, que emite el decreto de liberación de la patria potestad[96]. 4. Si la emancipación afectaba a un impúber, el padre manumitente adquiría la tutela sobre el emancipado, además de atribuir en cualquier caso al emancipante el derecho de patronato[97].

94 Es la redacción de Inst. Iust. 1, 12, 10: *Et quod neque naturales liberi neque adoptivi ullo paene modo possunt cogere parentem de potestate sua eos dimitiere.*

95 Cf. G. Beseler, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, t. III, Túbingen 1913, p. 63. Vid. M. Ruben de Couder, *Compendio de lecciones escritas de Derecho Romano*, vert. al esp. de la 5ª ed. fran. y adic. por A. Lope Orriols, Madrid 1883, pp. 119-120; P. Jörs, *Derecho Privado Romano*, ed. tot. Ref. por W. Kunkel, trd. de la 2ª ed. alem. por L. Prieto Castro, Barcelona 1937, pp. 418-419; M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, t. I, 2ª ed., München 1971, pp. 349-350; C. Ferrini, *Manuale di Pandette*, 4ª ed. cur. e int. por G. Grosso, Milano 1953, pp. 705-706; B. Biondi, *La patria potestas. Basi e fini etici della famiglia*, en Il diritto romano cristiano. III. La famiglia – Rapporti patrimoniali – Diritto pubblico, Milano 1954, pp. 52-57; S. Solazzi, *Sulla condicio emancipationis*, en Scritti di Diritto romano. II (1913-1924), Napoli 1957, pp. 476-477, 492 y 502; G. May, *Éléments de Droit Romain a usage des etudiants des Facultès de Droit*, 15ª ed. rev. et auge., París 1923, pp. 155-157; P. Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano,* trad. de la 8ª ed. ital. por L. Bacci y A. Larrosa, rev. por F. Campuzano, Madrid 1925, pp. 155- 158; J. Santa Cruz Teijeiro, *Manual elemental de Instituciones de Derecho Romano*, Madrid 1946, pp. 66-67; B. Ortíz Román, *Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 2ª ed. rev. Oviedo 1950, pp. 433-434; M. Kaser, *Derecho Romano Privado*, vers. de la 5ª ed. alem. por J. Santa Cruz Teijeiro, 2ª ed., Madrid 1982, pp. 283-284; A. Torrent, *Manual de Derecho Privado Romano,* Zaragoza 2002, pp. 552-553; R. Panero, *Derecho Romano,* 4ª ed., Valencia 2008, p. 255; L. M. Robles Velasco, *Unidades didácticas de Derecho Romano Privado,* Valencia 2010, p. 457.

96 No deja de ser relevante que la emancipación sea revocable en caso de ingratitud del hijo, a tenor de FV 248 y C. Iust. 8, 49 (50) 1.Imppp. Valentinianus, Valens et Gratianus AAA. Ad Praetextatum. Año 367.

97 En derecho bizantino posterior a Justiniano, observamos que n la *Eisagogé* de Focio, tít. 31, 10.i, se indica claramente: "El que quiere librar de su potestad a su propio hijo, que se presente ante el juez competente y le diga: 'Hago a este *sui iuris* y lo libero de mi potestad'. *La introducción al Derecho (Eisagoge) del patriarca Focio*, por J. Signes Codoñer y F. J. Andrés Santos, Madrid 2007, p. 457. En el *Exabiblos* de Armenopoulos, al tratar de la disolución de la patria potestad, y después de referir los casos bien conocidos de la muerte del padre, o su cautividad, con la suspensión del poder a la espera del *ius postliminii*, que también vemos en Partidas, se refiere la emancipación justinianea con las siguientes palabras contenidas en el libro I, título 17, 7: "*Qui filium suum emancipare volet, competentem adeat iudicem, eique dicta: Hunc sui iuris facio manuque mea mitto*". K. Harmenopulos, *Manuale legum sive hexabiblos*, ed. por G. E. Heimbach, Leipzig 1851, reimpr. Aalen 1969, pp. 185-187. Este jurista bizantino recuerda lo dispuesto en una novela posterior del emperador León, que redujo al máximo grado de sencillez el procedimiento emancipatorio a la simple declaración de voluntad por parte del pater-familias, con lo cual ya se producía su eficacia: "*suo eum ore emancipaverit*", añadiendo que si un padre permitía a su hijo tener un negocio particular

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Teófilo, en su paráfrasis a las Instituciones justinianeas, reproduce inicialmente el sistema antiguo de las tres *mancipationes* seguidas de manumisiones, pero a continuación afirma la vigencia, en el siglo VI d. C., del nuevo modo de emancipar introducido por Justiniano mediante constitución imperial, que por su simplicidad se reduce a los tres requisitos siguientes: 1. La comparecencia ante el juez o magistrado de los dos implicados, *paterfamilias* y *filiusfamilias* 2. La declaración verbal solemne del titular de la *patria potestas* y 3. La referencia directa material que hace el padre, en presencia del juez, al sujeto que liberaba[98]:

> *sed haec quidem olim: postea vero lata est piissimi principis nostri constitutio, quae haec in melius reformavit, ut vetere fictione et imaginariis venditionibus explosis, apud competentem iudicem seu magistratus liceat parentibus intrare, suosque filios filiasve vel nepotes neptesve et deinceps sua manu dimittere, id tantum dicentes: hunc emancipo meaque manu dimitto[99].*

Si tomamos como referente las Sentencias de Paulo, incorporadas en la *Lex Romana Visigothorum*, podremos destacar que: a) la emancipación podía tener lugar incluso en día no hábil para administrar justicia[100]; b) se podía realizar ante el magistrado municipal[101] y c) exigía, inicialmente al menos, que no se opusiera el hijo a la voluntad emancipatoria del padre, aunque en aquel momento la legislación imperial implicaba el necesario consentimiento del hijo[102].

---

y viviese fuera de la casa paterna, en esta situación se considera que el hijo está emancipado y libre de la potestad paterna: *Quandoquidem praeter alios modos etiam hic filium sui iuris efficiebat sive pater sive avus, filii tutelam administrans, suo eum ore emancipaverit, nos etiam hoc adiicimus: ut si filius in vitae ratione separatim instituenda solus consistere cernatur, vel si hoc lingua quidem non concesserit, sed alioqui tacitus consensus ac separatim agenti filio non adversans atque ipsum per se agere permittens, etiamsi consortes vitae sit expers, rata sit haec quoque patriae potestatis dissolutio.* Aunque el emperador León admitía la emancipación a través de la expresión oral del emancipante, el autor del *Manuale Legum* afirma que esa voluntad puede verse presunta con la conducta observada por las partes.

98 *Institutionum graeca Parafrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, rec. prol. notis criticis vers. lat. E. C. Ferrini, Berlín 1884, reimpr. Aalen 1967, pp. 60-61.

99 Una síntesis del instituto, a tenor de las fuentes jurídicas romanas, vid. B. Schotano, *Examen iuridicum: quo omnes materiae titulique Iuris Civilis in Digestis, Codice, nec non in Novellis propositi, explicantur*, Amstelodami, ex officina Jo. Janssonii, 1643, pp. 64-65: *De emancipationibus. Emancipatio, quae nihil aliud est, quam voluntaria dimissio ex potestate*: Cod. Lib. 8, tit. 49, &6 Inst quibus modis pat. pot. solv. *Quomodo fit: vel expresse, cum pater adit judicem et coram eo declarat suam de emancipando filio voluntatem, et filius consentit*: l. finale C. hoc titulo, *adeo, ut rescripto Principis non sit opus; vel tacite, cum pater diu passus est, filii res, ut patrisfamilias, geri: sive per eos, qui testamento matris tutores nominati sunt*, l. 1 C.d e patria potest. *Sive per ipsum filium. Sic etiam ex moribus, cum filius legitime contrahit matrimonium a potestate liberatur. Possuntne parentes vel liberi cogi ad emancipandum: Nequaquam*, dicta lege finale C. hoc titulo, *nisi justa fuerit causa, uti, si male filium contra pietatem afficiat*, l fin. Ff. Si quis a parent.; si filiam prostituat l. 12 C. de episcopali audientia; *si pecuniam acceperit ad emancipandum*, l. 1 &3 D. si quis a par. *Si agnoverit legatum sibi relictum sub conditione emancipandi* l. 92 D. de cond. et demostr.; *si filius arrogatus probet, se ese circumscriptum in arrogatione*, l. 32. 33 D. de adopt. *Liberi vero possunt cogi, si patrem injuria afficiant, aut gravent nimium. At quando id fiat, Judex aestimabit. Estne abdicatio permissa? Nullo modo*, l. 6 C. de patr. potest.

100 Pauli Sent. 2, 26, 3: *Emancipatio etiam die feriato fieri potest.*

101 Pauli Sent. 2, 26, 4: *Apud magistratus municipales, si habeant legis actionem, emancipari et manumitti potest.*

102 Cf. J. Beneyto Pérez, *Instituciones de Derecho Histórico Español. Ensayos, vol. I. Capacidad, familia, derechos reales,* 1ª ed., Barcelona 1930, pp. 131-141.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Bellomo[103], apoyándose en las investigaciones de Leicht[104], constata que en el derecho longobardo los hijos no estaban bajo *patria potestas*, gozando de una separa-ción personal y patrimonial respecto de sus padres, aunque una glosa del *Edicto de Rotario* afirma: *emancipatio fit lege romana*, lo cual explicaría que progresivamente se aproximaran al esquema jurídico bárbaro con la emancipación vigente en Roma, unifi-cándose la tradición longobarda con la romana durante el período preirneriano. Una vez consolidada la *patria potestas* de tradición romana, en la práctica y en la legislación local, la doctrina reconstruyó el esquema jurídico de la compilación justinianea, con la alta significación que se atribuía a la emancipación, y su significado de liberación del poder paterno, convirtiendo al emancipado en *sui iuris*[105].

Piacentino[106] define la emancipación como *"filii de parentis potestate vel de filiatione exemptio, iudicis intercedente autoritate"*, admitiendo que podía hacerse espontáneamente por el padre, o venir impuesta al mismo, si bien era más frecuente la primera de ellas.

Las formalidades requeridas para su validez eran muy rígidas: 1. Se necesit aba la escritura, tal como sostiene Azón en la *Summa Codicis*[107]. 2. Era precisa la presencia simultánea del patre y del hijo ante el juez, aunque existía una forma de emancipación distinta en caso de no ser posible la asistencia simultánea de ambos. 3. Se ejecutaban, por cada una de las partes, las preguntas y rituales correspondientes, advirtiéndose por Azón, que era cosa necesaria y en ella se indagaba la causa que la motivaba[108] 4. La intervención del juez en el acto emancipatorio *in iurisdictione voluntaria, non conten-tiosa consistere dicitur*[109].

103 M. Bellomo, en *ED*, vol. XIV, Varese 1965, pp. 809-819, s. v. emancipazione, b) Diritto intermedio.

104 Este historiador del Derecho italiano indica que la emancipación, durante la dominación longobarda, conforme a la costumbre de los romanos que vivían en el reino de Italia, tenía lugar en juicio, ante el conde. Se observaban las prescripciones introducidas por Justiniano, a tenor de las cuales era suficiente para tal acto una declaración judicial. La fórmula se conserva en el *cartularium* descubierto por Canciani: "*licentiam ire in placitum, et stare et appellationem faciendi et recipiendi et cartas venditionis et donationis et omnes scripturas et obligaciones faciendi*", aunque más tarde la declaración se hizo ante los cónsules del común, y desde el siglo XIV delante del notario que tenía la competencia de juez ordinario para tales actos. P. S. Leicht, *Storia del Diritto italiano. Il diritto privato. Parte prima. Diritto delle persone e di famiglia. Lezioni,* rist., Milano 1960, pp. 226-227.

105 En este planteamiento, la doctrina del *Ius Commune* daría respuesta a tres interrogantes: qué es la emancipación, cuales son sus especies y cómo se hace.

106 Piacentino, *Summa*, al C. 8, 49, *de emancipatione liberorum*, in proemio. En el comentario a las *Instituciones* de Justiniano, Piacentino afirma: *Emancipatione quoque dissolvitur (patria potestas), et in bonis liceo non in omnibus filii emancipati, eadem iure praestantur parenti, quae patrono in bonis liberti attribuuntur. Eadem inquam iura quo ad successionem, id est, ut emancipator emancipato quandoque succedat… quandoque succedat in nihilum… In quatuor casibus pater cogitur emancipare…*". Placentinus, *in Summam Institutionum sive elementorum D. Iustiniani… libri IIII…*, en *Corpus glossatorum juris civilis,* rect. ac mod. M. Viora, Augustae Taurinorum 1973, p. 11.

107 "*In emancipationibus… dic quod in contractu ista scriptura debeat considerari et fieri, quod speciale est: caeteri enim contractus bene valent sine scriptura… Speciale tamen est hic…*". Azo, *Lectura super codicem*, en *Corpus glossatorum juris civilis*, III, Augustae Taurinorum 1966, p 665-666.

108 Azo, op. cit., pp. 665-666.

109 Azo, comentando C. Iust. 8, 49, 1, op. cit. p. 565. "*Actus solemnitas. Scilicet coram iudice facta scriptura… Iudices tamen consueverunt inquirere causam cul aliquis emancipat… sed secundum legem Islam (8, 48, 2) non requiritur causa, imo sufficit pro ratione voluntas… Competentis iudicis. Id est, ordinarii, vel etiam extraordinarii*", ibid., p. 566.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

No era necesaria una edad mínima del hijo para la realización del acto, pero resultaba relevante la voluntad del *filiusfamilias*, si bien algunos estatutos locales establecían una edad mínima.

En Derecho histórico español no existe una regulación sistemática de esta materia más que en el código alfonsino de Las Partidas, en las que se aportan conceptos generales, a partir del proemio del título 17 de la Partida 4[110], al definir la patria potestad como el poder y señorío que tienen los padres sobre los hijos, según razón natural y según derecho, porque en el primer caso nacen de ellos, mientras en el segundo han de heredar lo suyo[111].

Durante la Baja Edad Media renace dentro de los reinos hispanos, por influencia del Derecho Romano, la emancipación como forma de extinción voluntaria del poder paterno[112], por causas tales como la muerte natural o civil del paterfamilias[113], pero también por encartamiento y otras conductas del padre[114], así como por imperativo de la ley, en caso el ascenso del hijo a una de las doce dignidades enumeradas en Partidas[115], que casi en su totalidad eran características

110 Vid. *Las Siete Partidas del sabio rey don Alonso el nono, glosadas por el licenciado Gregorio Lopez, t. II, que contiene la III^a, IV^a y V^a Partida*, en Madrid, en la oficina de Benito Cano, 1789, p. 565.

111 En el Fuero Real, III, 10, 8, se limita claramente el contenido de la patria potestad, señalando que aunque en el Fuero Juzgo se contemplaba un gran poder a favor del padre sobre los hijos, sin embargo "no queremos que los pueda vender, ni empeñar, ni dar: e quien contra esto los comprare, o los recibiere en peños, pierda el precio, e los fijos no hayan ningun daño: e si fuere dado, el donadío no vala". Minguijón traza una breve síntesis del régimen legal correspondiente a este instituto, tanto en lo relativo a los derechos de los generantes como a los de los hijos. Cf. S. Minguijón, *Historia del Derecho español*, 3ª ed., Barcelona 1943, pp. 150-152.

112 Cf. A. Otero, op. cit., p. 238; J. Lalinde Abadía, *Iniciación histórica al Derecho español*, 2ª ed. act., Barcelona 1978, p. 739..

113 Partida 4, 18, proemio, y leyes 1 y 2: "La una es por muerte natural. La segunda es por juizio, que sea dado en razon de desterramiento para siempre, a que llaman en latin mors civilis. Ley I. Como se desfaze por muerte natural el poder que ha el padre sobrel fijo… Ley II. Como se tuelle el poder que ha el padre sobre el fijo, por juyzio de desterramiento; a que llaman en latin, muerte civil". Cf. *Las Siete Partidas…*, op. cit., pp. 571-572.

114 Partida 4, 18, 4 y 6: "Ley IIII. Como los padres que son encartados, pierden el poder que han sobre sus fijos…Ley VI. Por qual yerro que faze el padre pierde el poder que ha sobre sus fijos". Cf. *Las Siete Par-tidas…*, op. cit., p. 573.

115 Partida 4, 18, 7-14. Proemio: "La tercera es por Dignidad a que pujasse el fijo". Ley VII: "Por quales Dignidades sale el fijo de poder de su padre. Señaladamente son establecidas doze maneras de Dignidades, que por cada una dellas sale el fijo de poder de su padre. La primera dellas es, quando el Emperador, o Rey elige a alguno por su consejero… Ley VIII. Como sale de poder de su padre el que es esleydo Procónsul, o por Prefecto pretorio…. Ley IX. Que quiere dezir *Praefectus Urbis*, e *Praefectus Orientis*… Ley X. Que quiere dezir Questor… Ley XI. Que quiere dezir Maestro de Caballeria… Ley XII. Que quiere dezir *Patronus Fisci et Princeps agentium in rebus*… Ley XIII. Que quiere dezir *Magíster sacri scrinii libellorum*… Ley XIV. Que quiere dezir *Magíster sacri scrinii memoriae Principis*".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

del pueblo romano[116], y por la emancipación[117], cuyas características son las ya citadas del Derecho común, que provenían del Derecho justinianeo: 1ª. Mediante escritura pública, para que sirviera de medio de prueba[118]. 2ª. En presencia del juez, que aprueba la emancipación. 3ª. Con asistencia personal del padre y del hijo, declarando el primero su voluntad de emancipar, mientras el segundo presta su consentimiento para ser emancipado. No obstante, cabe suplir la ausencia del hijo, si es menor de siete años o está ausente, a través de la autorización regia. Si el hijo es mayor de siete años, debe prestar necesariamente su consentimiento ante el órgano judicial[119].

De ordinario, la emancipación es un acto voluntario del padre, pero al igual que ocurría en la Compilación justinianea existían unos supuestos, tomados del Derecho romano[120], en los cuales el padre se veía obligado a realizarla, como

116 La ley 47 de Toro, que paso a la Novis. Recop. 5, 1, 8, se dispone que los hijos casados o velados se tienen por emancipados, de forma que en el mismo acto de casarse quedaron fuera de la patria potestad, y sus hijos no recaen bajo poder del abuelo, muertos sus generantes. Esta emancipación proviene de las costumbres francesas, como la de Toulouse, en sus artículos 121 y 122, o las de Montpellier y Carcassonne, en el art. 53, así como en otras disposiciones del Derecho intermedio, en las que se preveía, apartándose del Derecho romano, que si el hijo se casaba *"habeatur et intelligatur quod est emancipatus"*, siendo más común la salida de la esposa de la casa paterna por razón del matrimonio, de manera que es una emancipación tácita, luego recogida en el Cc italiano de 1865, art. 310, que acogió el 476 del Code civil napoleónico. Cf. P. Torelli, *Lezioni di Storia del Diritto italiano. Diritto privato. La famiglia*, Milano 1947, pp. 83-84. Dos eran los requisitos de esta emancipación: la celebración del matrimonio y la habitación distinta de la que tenía el padre de familia. Vid. A. Tardif, *Le droit privé au XIIIe siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, Paris 1886, reimpr. Aalen 1974, pp. 43-44. Una síntesis del planteamiento general en este período, cf. A. Marongiu, *Matrimonio e famiglia nell'Italia meridionale (sec. VIII-XIII)*, Bari 1976, pp. 242-249; H. Coing, *Derecho privado europeo. T. I. Derecho común más antiguo (1500-1800)*, trad. y apostillas de A. Pérez Martín, Madrid 1996, pp. 319-320.

117 Partida 4, 18, 15 y 17. Ley XV: "Como sale el fijo de poder de su padre por emancipación. *Emancipatio* es otra manera sin las que diximos de suso, por que salen los fijos de poder de sus padres. E fazese de esta guisa. Ca debe venir el padre, con aquel fijo que quiere sacar de su poder antel juez que es dado para todos los pleytos, a que llaman en latin Ordinarius. E leyendo ambos delante del Juez, el padre e el fijo, debe dezir el padre, como lo saca de su poder, e el fijo otorgarlo. E por esta razon, quel saca de su poder, puede el padre retener para si, de los bienes aventicios del fijo, la mentad del usufruto. E esta mentad siempre se entiende que la puede aver por gualardon, porque lo saco de su poder; fueras ende, si señaladamente gela quitasse. Ley XVII. Que la emancipación debe ser fecha con voluntad, tambien de los padres como de los fijos. Constreñido non debe ser el padre como para emancipar su fijo, bien assi como non deven apremiar el fijo para emanciparlo; ante debe ser fecha la emancipación con voluntad, tambien del uno, como del otro, sin juyzio, e sin ninguna premia que pueda ser. Pero esto se ha de faxes concejeramente; que quier tanto dezir en este logar, como antel Juez, ante quien se deven acordar las voluntades de ambas las partes, tambien del padre, como del fijo. E ha menester que el padre mande fazer carta, como saca el fijo de su poder; porque se pueda provar la emancipación, e non venga en dubda". *Las Siete Partidas*…, op. cit., pp. 576-577

118 Part. 3, 18, 93.

119 . Cf. A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias*…, op. cit., t. XXII, Madrid 1797, pp. 190-205, s. v. patria potestad; J. Escriche, op. cit., p. 787.

120 F. Vázquez de Menchaca, *De successionibus et ultimis voluntatibus libri IX, in tres tomos divisi*, Francofurti ad Moenum 1577, Emancipatio quid & 20 nº 35, fol. 217v: *Emancipatio est voluntaria patriae potestatis liberatio, secundum Iasone. Exigitur enim voluntas, tam patris, quam filii, estque utilis ipsi filio*: l. cum oportet &cum autem C. de bonis quae lib. &hoc quoque Inst. Per quas personas nob. acq. *Emancipatio cur fiat* & 20 numero 36, fol. 217v: *Emancipatio autem fit propter utilitatem filii, abdicatio propter utilitatem patris: quia patri expedit filium perditis moribus praeditum ex domo propulsare. Emancipatio non fit ab initio nec confertur in invitum, cum communi* & 10 numero 181, fol. 92r. *Emancipationis et patriae potestatis differentia est sublata tantum in successione ab intestato cum communi* &10 numero 596: *in fratribus uterinis non procedit, qui praeteriti, non possunt movere querellam, etiam si esset instituta turpis persona. Neque ad rem pertinet, quod hodie sit sublata differentia emancipationis, et patriae potestatis liberationis*, ut in Authentica de haeredibus ab

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

si castigaba cruel-mente al hijo, o si prostituía a la hija, o si recibía un legado sometido a la condición de emancipar al hijo, o si hizo *adrogatio* de un menor de 14 años, quien al superar la pubertad, tiene capacidad para reclamar del juez que por cualquier causa justa lo eman-cipe [121].

Las *Costums* de Tortosa prevén la emancipación voluntaria y la forzosa, exigiendo para la primera el otorgamiento por el padre de una escritura notarial de emancipación y libertad, denominada *carta de emancipacio o de franquea*, o por docu-mento privado, a favor de los hijos solteros o de los casados que han contraído matrimonio contra la voluntad paterna, aunque también es posible se realice por comparecencia ante el tribunal[122].

El rey Felipe V, por decreto de 1713[123], acogió el modo de emancipar previsto por el emperador Anastasio, al observar que los jueces ordinarios autorizaban las emancipaciones sin examinar las causas, y que una vez realizadas aquellas, los padres solían hacer donación de todos o de la mayor parte de sus bienes al emancipado, con perjuicio de sí mismos y del resto de hijos, por lo cual dispuso que las justicias ordinarias no podían decretar las emancipaciones sin que primero dieran cuenta al Consejo Real con los instrumentos de la justificación y causas de ella[124]. En conse-cuencia, sin abolir el sistema precedente, añadió a lo previsto en Partidas dos nuevos requisitos para la validez del negocio emancipatorio: la necesidad de justificar las causas[125] y obtener el permiso del Consejo de Castilla[126].

Señala Escriche[127], que el procedimiento habitual de la práctica era muy complejo, puesto que primeramente había que emancipar ante el juez, conforme a las leyes de Partidas, justificándose la causa que motivaba el acto y extendiéndose la escritura notarial, que posteriormente se presentaba a la aprobación del Consejo Real, quien oía al fiscal de dicho organismo y expedía la provisión, a fin de que la justicia del pueblo emitiera la diligencia o informe acordado; evacuado todo,

intesta. veni. & nullam vero. *Nam illud procedit in successionibus ab intestato, secus in successionibus contra testamentum*, fol. 126r.

121 Partida 4, 18, 18. Ley XVIII: "Por que razones pueden los padres ser costreñidos, que saquen de su poder a sus fijos". *Las Siete Partidas*…, op. cit., pp. 577-578. Cf. I. Jordán de Asso y del Río- M. de Manuel y Rodríguez, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, 5ª ed. corr. not. y aum., Madrid 1792, pp. 75-76; J. Sala, *Ilustración del Derecho Real de España*, ed. corr. y ad., t. I, Coruña 1837, pp. 43-44;

122 En cuanto a los efectos de esta emancipación, debe señalarse que solo tiene por objeto conceder al hijo de familia la plena capacidad de derecho para todos los actos de la vida civil, por lo cual podrá obligarse válidamente y ser responsable de sus actos sin necesidad del consentimiento paterno, ya no son una sola persona el padre y el hijo, sino distintas, de tal manera que no podrá ser obligado a volver bajo poder paterno, cualesquiera que sean las faltas que cometa, y a pesar de ser ingrato con su padre, no pierde la plenitud de su derecho. Cf. B. Oliver, *Código de las Costumbres de Tortosa,* t. II, Madrid 1878, pp. 376-380.

123 Auto 20, t. 9, l. 3.

124 Novis. Recop. 10, 5, 4.

125 No se indican las justas causas de emancipación, pero entre otras se estimaron válidas en la práctica la "habilidad del hijo para dirigir una labranza u otro negocio industrial", o el "ser sobresaliente en alguna profesión u oficio para subsistir independientemente de los padres", teniendo siempre el emancipando una conducta nada reprochable, así como falta de perjuicio a terceros y a la causa pública.

126 Cf. A. X. Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España e Indias, por orden cronológico de sus cuerpos, y decisiones no recopiladas*, t. XI, Madrid 1796, pp. 369-370, s. v. emancipación y emancipado..

127 J. Escriche, op. cit., p. 787.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

aprobaba, con nueva audiencia del fiscal, la escritura de emancipación, mandando expedir el correspondiente despacho, sin necesidad de retornar nuevamente al juez ordinario para poder usar del mismo.

La ley de 14 de abril de 1838, completada con la R. O. de 19 del mismo mes y año[128], dispuso que el padre, que quisiere emancipar a un hijo, debía acudir direc-tamente a la Audiencia territorial, presentando en ella la solicitud documentada para el Rey. La Audiencia trasladaba dicha solicitud al juez de primera instancia competente, el cual abría un expediente informativo, en virtud del cual oía por vía de instrucción, sin figura de juicio, a las personas o entidades que tuvieran interés en el asunto, así como admitía las justificaciones presentadas por los interesados o expedidas de oficio, en su caso. Concluido este trámite, devolvía a la Audiencia el expediente original con su informe, y este órgano jurisdiccional, oyendo al fiscal, examinaba si el expediente se hallaba debidamente instruido, porque en caso negativo, ampliaba la instrucción. Si estaba completa, elevaba el expediente al Gobierno con la censura fiscal, informando por su parte lo que se le ofrecía y parecía, para que finalmente el Rey concediera o denegara la emancipación.

En el proyecto de Código civil de 1821 encontramos la emancipación regulada en el art. 381, a partir de una definición de la misma como a*cto por el cual los padres se desprenden de la potestad patria sobre alguno de los hijos*, fijando como régimen para su ejercicio, que: "*el padre, y por su muerte o incapacidad la madre, pueden emancipar al hijo varón mayor de veinte años, prestando éstos su consentimiento, y otorgándose el acto por instrumento público*"[129].

El nuevo proyecto de 1836 trata de la emancipación en su art. 405 nº 4, a propósito de las causas por las que se disuelve la patria potestad, aunque le dedica todo el capítulo V, arts. 408-414, a "los diferentes modos con que puede verificarse la emancipación", dado que el art. 407 es una definición del instituto: "acto legal en cuya virtud el padre o la madre se desprenden de la potestad que tienen sobre sus hijos". Los tres modos de emancipar son: mutuo consentimiento del padre y del hijo, la gracia regia y el decreto judicial. En cuanto al primero de los modos, el art. 409 dispone que "la emancipación por el expreso consentimiento de los padres y de los hijos debe hacerse en escritura pública", y añade el artículo siguiente, que para su validez deben concurrir en el hijo dos requisitos: 1º. Que haya cumplido dieciocho años y 2º. Que pueda subsistir independientemente de su padre, o que éste le asegure su subsistencia[130].

En el proyecto de Código civil de 1851, también conocido como proyecto de García Goyena[131], se establecía la regulación del instituto en los artículos 272

128 Vid. B. Gutiérrez Fernández, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, 3ª ed., t. I, Madrid 1871, p. 693.
129 Cf. J. F. Lasso Gaite, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil*, vol. II, Madrid 1970, p. 60.
130 Cf. J. F. Lasso Gaite, op. cit., pp. 163-165.
131 F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español,* t. I, Madrid 1852 , reimpr. Barcelona 1973, pp. 260-263.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

a 275, contemplando dos supuestos o modos de obtener la emancipación: el matrimonio y la denominada emancipación voluntaria por decisión del titular de la patria potestad, respecto de la cual se exige: a) que el hijo sea mayor de 18 años y menor de 20; b) que el emancipado consienta dicha emancipación; c) que se otorgue en escritura pública; d) que intervenga el alcalde del domicilio del emancipante[132].

El proyecto de Romero Ortiz de 1869 dedica al régimen legal de la eman-cipación desde el art. 204 a 207, asumiendo la emancipación tácita por matrimonio, y en cuanto a la expresa, establece los siguientes requisitos: a) que el hijo sea mayor de 18 años y menor de 21, que es ahora la mayoría de edad legal, conforme al art. 176; b) que el emancipado consienta la emancipación; c) que se otorgue por la sola declaración del padre o de la madre, recibida por el Juez de paz del domicilio, con asistencia del Secretario; y d) que se haga constar al margen de la partida de nacimiento del emancipado, para que pueda producir sus efectos legales[133].

El proyecto de Alonso Martínez de 1882 preveía en el art. 134 cuatro modos de acabar con la patria potestad, el segundo de los cuales era la emancipación, además de referir, como causas de extinción de la patria potestad, la muerte de los padres o del hijo y la adopción, e incorporar el hecho de que la madre pasara a segundas nupcias, "no habiendo establecido nada en contrario el testamento del padre difunto"[134].

La regulación de la emancipación aparece en los artículos 280 a 285, en los que se dispone que la emancipación "del menor" tiene lugar por matrimonio y por concesión de quien ejerce la patria potestad, padre o madre, y en su defecto, por el consejo de familia. Los requisitos de la emancipación voluntaria, a tenor de los arts. 282 y 283 son los siguientes: a) que el menor tenga 18 años; b) que consienta en dicha liberación; c) que se otorgue por escritura pública o por comparecencia ante el Juez municipal; y, d) que se inscriba en el Registro de tutelas, por mandato judicial[135].

El Código civil español de 1889 recogía el instituto de la emancipación en el art. 314, previendo en el nº 3 que tenga lugar "por concesión del padre o de la madre que ejerza la potestad". Su régimen venía contemplado en los arts. 318 y 319, ya que exige para su validez: a) que el menor tenga 18 años cumplidos[136]; b) que consienta; c) que se otorgue por escritura o por comparecencia ante el Juez municipal; y, d) que se anote en el Registro Civil, no produciendo entretanto

132 Cf. J. F. Lasso Gaite, op. cit., p. 342. Sobre el modo de extinguirse la patria potestad en España a mediados del siglo XIX, vid. por todos, F. García Goyena- J. Aguirre, *Febrero o librería de jueces, abogados y escribanos,* corr. y aum. por J. Aguirre y J. M. Montalban, 4ª ed. de J. de Vicente y Caravantes, t. I, Madrid 1852, pp. 123-127, con un formulario de la escritura emancipatoria.
133 Cf. J. F. Lasso Gaite, op. cit., p. 523.
134 Cf. J. F. Lasso Gaite, op. cit., p. 561.
135 Cf. J. F. Lasso Gaite, op. cit., p. 575.
136 Cc vigente, art. 315.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

efecto contra tercero", además de esta-blecer que no admite revocación, a tenor del art. 319[137].

Las reformas introducidas en dicho texto legal, llevan a la actual redacción del Código civil español, porque manteniendo la ubicación del régimen legal previsto para la emancipación, han incorporado novedades de mucho interés, como es en el art. 317, la de que el menor tenga 16 años cumplidos, conservando otros requisitos, como b) que éste la consienta; c) que se otorgue en escritura pública o por comparecencia ante el juez encargado del Registro, y d) para que afecte a terceros, ha de inscribirse en el Registro Civil, es decir, requiere publicidad[138].

Como señala Lacruz[139], la emancipación obtenida de este modo se produce por declaración de voluntad de los padres que ejerzan la patria potestad, adhiriéndose al criterio de Federico de Castro, de que no precisa justificar su otorgamiento ni su negativa, aunque en todo caso ha de redundar en beneficio del hijo; es necesario el consentimiento del emancipado, y no cabe condicionar, limitar ni ampliar su eficacia. Se trata de un acto o negocio jurídico unilateral, pero está sometida su eficacia a la *conditio iuris* de la aceptación del hijo, además de encuadrarse dentro del derecho de familia, y ser de naturaleza formal e irrevocable[140].

El Código civil brasileño de 1916, actualmente derogado, disponía en el art. 392. II, que se extingue el poder paterno "*pela emancipaçao, nos termos do parágrafo único do art. 9º. Parte Geral*", si bien es un error material, porque dicha norma aludida fue modificada y se trata del parágrafo 1º, en el cual se establece que cesa la incapacidad para los menores "*I. por concessão do pai*", y debía ser inscrita en el registro, conforme al art. 12.II. El actual Código civil vigente, de 2002, recoge su régimen legal en el art. 1635.II, como causa de extinción de la *patria potestas*, añadiendo el art. 5, parágrafo único, que se obtiene, entre otros

137 Sobre su valoración y análisis, vid. F. Sánchez Román, *Estudios de Derecho Civil y el Código Civil* e *Historia general de la Legislación española*, t. V, 2ª ed., ref., corr. y aum., vol. 2º. Derecho de familia, Madrid 1912, pp. 1197-1200; G. M. de Brocá, H*istoria del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y exposición de las instituciones del Derecho Civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la Jurisprudencia*, Barcelona 1918, facs. de 1985, pp. 678-680.

138 Observa Castán que mientras la emancipación era en Derecho romano un medio de extinción de la patria potestad, mostrando una utilidad evidente porque el poder paterno subsistía mientras viviera el padre, y convertía al hijo de familia en sui iuris, sin embargo no ejercía influencia sobre su capacidad, ya que el emancipado seguía con la correspondiente a su edad, sometido a tutela si era púber, o a curatela, si impúber. Por el contrario, la emancipación sirve en derecho moderno tanto para salir de la patria potestad como para extinguir las instituciones protectoras, patria potestad o tutela, y de reconocimiento de una capacidad de obrar, más o menos limitada, aunque en el código español se siga una vía media entre ambas nociones, ya que el instituto se aplica a huérfanos, donde no hay extinción de la patria potestad, pero además se admite la emancipación por mayoría de edad, que otorga capacidad plena, y no se incluye en esta figura a los habilitados de edad sometidos a tutela. Cf. J. Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral. T. V. Derecho de familia. Vol. II. Relaciones paterno-filiales y tutelares,* 9ª ed., rev. y puesta al día por G. García Cantero y J. M. Castán Vázquez, Madrid 1985, pp. 263-269.

139 J. L. Lacruz Berdejo - F. de A. Sancho Rebullida – F. Rivero Hernández, *Derecho de familia*, 3ª ed., vol. 2º, Barcelona 1989, pp. 271-272.

140 Cf. L. Díez Picazo - A. Gullón, *Sistema de Derecho civil, vol. I. Introd. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª ed., rev. y puesta al día, Madrid 1992, pp. 243-246.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

medios, "*I. pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou per sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver 16 (dezesseis) anos completos*", y debe ser inscrita en el registro público, a tenor del art. 9º.II, sirviendo la emancipación para extinguir la tutela, conforme al art. 1763.I.

Como resultado de la emancipación, en Derecho español de la Edad Moderna, el hijo salía de la patria potestad, se convierte en *sui iuris*, y no vuelve bajo poder del paterfamilias[141], aunque cese la causa de la emancipación, a no ser que fuera ingrato con el padre, deshonrándole de palabra o de obra[142]. En consecuencia, considerado como un padre de familias, está legitimado para marcharse de la compañía paterna, domiciliarse en otro lugar y adquirir en propiedad cuando consiga en su negociación, además de disponer libremente de sus bienes, celebrando contratos, compareciendo en juicio y practicando todos aquellos actos que un titular jurídico pleno es capaz de ejercitar[143].

No obstante su salida de la patria potestad[144], el hijo tiene una capacidad de obrar que depende de su edad biológica, por lo cual, si no había llegado a la mayoría de edad, cifrada entonces y hasta el siglo XX en los 25 años, necesitaba un curador, igual que el resto de los menores de edad, que se denominaba *curator minoris*[145], y que se daba en interés exclusivo del sometido a ella. En Roma no hay curatela legítima, por lo que no recae en los agnados y gentiles del menor, sino que se trata de una curatela dativa, aunque en Justiniano cabe el nombramiento testamentario hecho por el padre y la confirmación por el magistrado

La protección del menor se inició con la *Lex Laetoria de circunscriptione*

141 P. Surdo, casalense, *Tractatus de alimentis… in quo universa alimentorum materia, nempe cui et a quibus, quando, quomodo, qualiter, quandiu, ea praestari, peti, repeti, aut denegari debeant, vel durante lite, vel eadem cessante: additis cum spscialibus eorundem privilegiis, tum praeceptis generalibus, 397 quaestionibus docte et fideliter absolvitur*, Coloniae Allobrogum, excudebat P. de la Roviere, 1613, pág. 27: nº 11: *Emancipatio non tollit obligationem naturalem* de alimentar al padre. Nº 12: *Emancipatus debet patri eandem reverentiam.* Nº 13. *Emancipatio non tollit iura sanguinis*. Nº 14. *Pater emancipando exercet potestatem erga filium. Nº 15. Pater emancipando exercet liberalitatem*. Nº 16. *Filius per emancipationem lucratur et recipit beneficium*. Nº 17. *Filius emancipationis causa tenetur ad praemium erga patrem*. "*Emancipatio non tollit affectionem naturalem, nec eam obligationem (11) quae a natura ipsa, vel naturali ratione descendit. Etsi emancipatione solvatur ius patriae potestatis, non tamen solvitur reverentia debita et* (13) *iura sanguinis deleri non possunt, l. iura sanguinis ff. De regulis iuris, alia est ratio, quia pater emancipando pietatem exercet erga filium* (14) *l. quod et lex &si cum quis ff. De liberis hom. Exhib. Et non debet ideo filius esse patri impius, a quo pietatem recepit, item pater exercuit* (15) *liberalitatem emancipando lege finali ibi, liberalitatis titulo C. de mancip. Liber. Et filius ab emancipatione lucrum consequitur et* (16) *beneficium, leg. 1 Cod. De ingrat. Libe. Et patri praemium debet* (17) *filius, leg. Si viva matre, quasi a remunerationis gratia a filio accipere*. Por todo lo cual, seguirá debiendo alimentos al padre, como gratitud y deber por esa concesión graciosa.

142 Partida 4, 18, 19.

143 Ello no elimina una serie de conductas que debe observar respecto de su padre, como rehusarle alimentos en los casos previstos por el derecho, o entablar acción criminal, de que pueda resultarle infamia, muerte o perdimiento de miembro, ni reconvenirle civilmente en juicio, sin pedir venia al juez en la demanda, ni faltarle al respeto y reverencia, de palabra u obra.

144 No resulta posible analizar las consecuencias de la emancipación en todos sus aspectos, como es nuestro propósito, y menos desde la perspectiva histórica de la Recepción, que es el enfoque del congreso, porque excede de la materia que presentamos como comunicación.

145 El vigente art. 216 del Cc español dispone que "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejer-cerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

ado-lescentium, de principios del siglo II a. C., tal como refiere Paulo en D. 44, 1, 7, 1: *pro minore vigenti quinque annis circunscripto*, al que se protege mediante la *exceptio* dimanante de la ley pública, si el negocio se hubiere celebrado sin la asistencia del curador, ya que éste debía consentir el negocio antes o después de celebrarse; también el pretor creó la *restitutio in integrum ob minorem aetatem*, para el supuesto no solamente de fraude consciente y querido por la contraparte, sino cuando hubiera un abuso objetivo derivado de la inexperiencia del menor, es decir, *infirmitas aetatis*, pues en caso contrario, concurriendo el curador, esos actos serían válidos de pleno derecho, evitando que el menor pudiera acogerse a los remedios antes citados[146].

No era obligatorio para el menor tener un curador, de modo que, si no lo solicitaba[147], el tercero podía exigir del juez competente que se le nombrase, tal como refiere la constitución del emperador, fechada el año 214[148]. Dicha petición debía ser motivada, y el emperador Marco Aurelio dispuso que se podían silenciar los motivos. Aunque lo normal fue que el curador ejerciera una guarda general y duradera de los intereses patrimoniales del menor, sin embargo no era obligatoria, y Justiniano admitió que *inviti adolescentes curatores non accipiunt*[149], si bien desde el siglo II d. C., con el emperador antes citado, las atribuciones de éstos no se limitaban a consentir los negocios realizados por el menor, sino que implicaban la administración de su patrimonio[150], por lo cual se trata de un curador general y permanente, tal como se consolida en época posclásica. Además de la facultad de dirigir en época clásica contra el curador la *actio negotiorum gestorum*, puesto que en la actividad asumida se incluía, al menos implícitamente, la gestión patrimonial, se estableció en Derecho clásico la necesidad de prestar la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, y en época posclásica el ejercicio de la *accusatio suspecti curatoris*.

La ley Partidas 6, 16, 13, relativa a la curatela, comienza por definir a los "curadores", calificando por tales "aquellos que dan por guardadores a los mayores de catorce años é menores de veinticinco, seyendo de acuerdo". En este cuerpo legal se hace diferencia entre tutores y curadores, lo cual era una novedad en el

146 Cf. F. Musumeci, *«Quod cum minore… gestum esse dicetur»Formulazione edittale e sua concreta attuazione in età imperiale*, en RH de Droit français et étranger 84. 4 (2006) 513-531, quien entiende que se pasó de la protección del menor, respecto de los actos en los que hubiera intervenido, a la tutela jurídica del menor respecto de cualquier acto que le afectase a sus intereses, hubiese o no intervenido en su realización, por lo que se habría pasado del "*cum minore gestum*" al "*adversus minorem gestum*".

147 En general, los menores suplicaban al pretor dicho curador, y éste accedía a su ruego, conforme a D. 26, 5, 13, 2. Papinianus libro undecimo quaestionum:… *quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari solent…".*

148 C. Iust. 5, 31, 1. Imp. Antoninus A. Chrysanthae. *Admone adulescentem, adversus quem consistere vis, ut curatores sibi dari postulet, cum quibus secundum iuris formam consistas. Qui si in petendis his cessabit, potes tu competentem iudicem adire, ut in dandis curatoribus officio suo fungatur.*

149 Inst. Iust. 1, 23, 2.

150 Señala Kaser que en Derecho posclásico, el consentimiento del curador es un requisito de validez de todos los negocios jurídicos que implicaban para el menor la pérdida de un derecho o la asunción de una obligación. Vid. S. Solazzi, *La minore età*, Roma 1913; J. Santa Cruz Teijeiro, op. cit., pp. 76-78; P. Bonfante, op. cit., pp. 232-233; M. Kaser, op. cit., pp. 295-296; T. Wallinga, *La minoría de edad en Derecho Romano y Derecho Común,* en El Derecho de familia: de Roma al derecho actual, Huelva 2004, pp. 845-852; E. Sánchez Collado, *Lex Laetoria. Aspectos procesales de la cura minorum*, ibid., pp. 707-724.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

Derecho histórico español[151], y aunque se trata también en dicho precepto de la curatela de los locos o furiosi, y de los desmemoriados, fatuos o mentecatos, el punto de partida es que a los púberes se les otorgaba el curador[152], tomando como referente el planteamiento del Derecho romano: "*Licet puberes sint, adhuc tamen ejus aetatis sunt, ut sua negotia tueri non possint*"[153].

Aunque el curador puede ser designado para una cosa o negocio determinado, o para un pleito concreto, *curator ad litem*, sin embargo, siguiendo al Derecho romano posclásico, en España podía ser nombrado para la administración general por parte del padre, y se le discernía el cargo, previa prestación de las garantías, salvo que el primero le relevara de esta obligación, aunque el juez podía exigir fianzas, si el guardador no daba garantías suficientes, además de hacer inventario de los bienes del menor y de responder al término de su gestión[154].

Existió una controversia entre los juristas hispanos de este período acerca de si no podía nombrarse curador contra la voluntad del menor, a la luz de Partida 6, 16, 12 y 13, puesto que se hallan ambas leyes en aparente contradicción; de la primera, parece deducirse que el menor siempre ha de estar bajo curaduría, mientras de la segunda parece que es potestativo de los menores que reciban o no el curador, ya que dispone: "no pueden ser apremiados que reciban tales curadores si no quisieren", de modo que mientras algunos interpretaban que el tutor debería seguir con la guarda hasta que tuviera curador, siguiendo al Derecho romano, otros se limitaban a reseñar que los menores no estaban obligados a recibir como curador a una persona que no fuera de su agrado, de tal manera que si el menor designaba la persona que quería para tal oficio, el juez del domicilio del menor debía aprobarla si la consideraba digna y segura, pero en ningún caso el menor quedaría sin curador, tal como ocurría en la práctica, y de este modo se daba respuesta al interés del menor, porque de otra manera nadie querría contratar con él, y se exponía a graves riesgos por su inexperiencia[155].

El menor de 25 años que había sido emancipado por su padre el 24 de julio de 1559, presentó ante el mismo teniente de corregidor de Ciudad Rodrigo, Soto Salazar, una petición para que hiciera el discernimiento de su curador en la persona de Miguel Sánchez, de la misma vecindad, a quien el juez de la localidad

151 Recuerda García Goyena que el Fuero Juzgo y el Fuero Real reconocieron únicamente la tutela, no la curaduría, para las personas de menor edad, y duraba hasta los 20 años: FJ 4, 1, 13 y 4, 3, 3; Fuero Real 3, 7, 1 y 2. Vid. F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. I, Madrid 1852, p. 184.

152 Vid. S. Coderch Manau – D. S. Coderch y Mir, T*ratado de la menor edad. Estudio de la situación legal del menor mientras está sujeto a la patria potestad y a tutela, cuando ha obtenido su emancipación y al llegar a la mayor edad, así como de los derechos y deberes de sus padres, de su consejo de familia, de su tutor y de su protutor*, Barcelona 1917, pp.404-450.

153 Inst. Iust. 1, 23 pr.

154 Vid. I. Jordán de Asso y del Río – M. de Manuel y Rodríguez, op. cit., pp. 11-12; J. Sala, op. cit., pp. 84-114.

155 Cf. F. Sánchez Román, op. cit., pp. 436-437.El curador, antes de entrar en el cargo, debía hacer inventario escrito de todos los bienes del menor con otorgamiento del juez del lugar y por mano de escribano público; dicho inventario seguirá el modelo de escritura previsto en Partida 3, 18, 99.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

le otorgó la curatela, prestando la *satisdatio rem pupilli salvam fore*, el 31 de agosto de 1559[156], y ambos conjuntamente, con la presencia del padre emancipante, realizan el 2 de noviembre de 1560, es decir, cuando el menor tenía todavía 18 años, la venta de unas casas sitas en la localidad, cuya cuota, cifrada en la mitad, pertenecía en propiedad del emancipado, para cuyo acto está presente y prestan el consentimiento tanto el menor como el curador[157].

156 Vid. Apéndice I.
157 Vid. Apéndice II.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

APÉNDICES

I

Escritura notarial que refiere el nombramiento judicial de curador, para el emancipado Francisco Sauzedo

"Curaduria.

En la noble Çibdad de Çibdad Rrodrigo a treinta y un dias del mes de agosto año del nacimiento de nuestro señor Ihesuchristo de mill e quinientos e çinquenta e nuebe años antel muy magnifico señor el licenciado Soto de Salazar theniente de corregidor en la dicha çibdad de Çibdad Rrodrigo e su tierra por la majestad rreal y en presencia de mi Francisco de la Carrera scrivano publico uno de los del numerod e la dicha çibdad y de los testigos de yuso scriptos parecio presente Francisco de Sauzedo vecino de la dicha Çiudad Rrodrigo hijo legitimo de Christoval de Sauzedo vecino de la dicha çibdad de Çibdad Rodrigo como persona emançipada sacada y apartada del poderio paternal del dicho su padre dixo que por quanto el es mayor de catorze años y menor de beinte e çinco y para rregir y administrar su persona e bienes tiene nesçesidad de ser proveido de un curador y porque para lo ser es persona abil e sufiçiente Miguel Sanchez vezino de la dicha çibdad questava presente por tanto que le pidia e pidio por tal curador y adminis-trador de la dicha su persona y bienes y pidio y pidio a su merced le conpela a que açepte y use de la dicha curaduria pidio sobre ello justiçia e ynploro el oficio de su merced y lo pidio por testimonio.

E luego el dicho señor theniente bisto el dicho pedimiento hecho por el dicho Francisco de Sauzedo menor y constandole/ como dixo que le consta por el aspecto e dispusiçion del dicho menor ser mayor de catorze años y menor de veinte e çinco pregunto al dicho Miguel Sanchez sy queria ser tal curador del dicho menor el qual dixo y rrespondio que si queria e questava para esto de hazer el juramento e solenidad y dar las fianças nesçesarias e luego el dicho señor theniente visto lo susodicho tomo y resçibio juramento en forma devida de derecho del dicho Miguel Sanchez questava presente y el lo hizo bien e cumplidamente e segun e como en tal caso se requiere por Dios nuestro señor y por Santa Maria su vendita madre e por las palabras de los santos quatro Ebangelios y sobre una señal de cruz tal como esta † e so cargo del dicho juramento prometio que siendole encargada e disçernida la curaduria y administración de la persona y bienes del dicho menor bien y fielmente usaria el dicho oficio e cargo de tal curador e que con toda diligençia soliçitud e cuidado regiria y administraria la persona y bienes del dicho menor y donde biese su provecho se lo allegaria y sin daño se lo arrediaria y haria ynbentario bueno y verdadero en tiempo y en forma de los bienes y hazienda del dicho menor y lo çerraria y acabaria en el termino de el derecho y los dichos bienes y hazienda los arrendaria y beneficiaria como al dicho menor mas conviniese y cobraria las rentas// y otros cualesquier bienes y deudas debidas al dicho menor y que se le debieren de aqui delante y seguira los pleitos y causas del dicho menor ansy los movidos como los por mover en demandando y en defendiendo y donde su saber no vastare se aconsejara con

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

letrados y personas que mas quel sepan por manera que los dichos pleitos e causas no queden yndefensos en juicio ni fuera del y fenecido y acabado el cargo de la dicha curaduria daria buena quenta con pago al dicho menor y a quien por el lo aya de aver de sus bienes y hazienda frutos e rentas dellos y haria todo lo demas que buen curador de persona y bienes de menor debe y es obligado a hazer e que sy ansy lo hiziese Dios nuestro señor le ayudase e lo contrario haziendo se lo demandase e para que mejor cumpliría todo lo que dicho es dixo que daba e dio por su fiador y principal cumplidor y pagador de todo ello a Diego Maldonado de Soria vezino de la dicha Çibdad Rrodrigo que estava presente al qual rrogo que lo quisiese ser y el dicho Diego Maldonado de Soria dixo que le plazia de lo ser e que por tal su fiador e principal pagador e cumplidor dixo que se constituia e constituyo haziendo como para ello dixo que si nesçesario hera hazia e hizo de deuda e hecho ageno suyo proprio y el dicho Miguel Sanchez como/ principal y el dicho Diego Maldonado como su fiador e principal pagador y cumplidor anbos juntamente y de mancomun y a boz de uno y cada uno dellos por sy e yn solidun renunçiando como dixeron que renunçiavan e renunçiaron la *autentica hoc yta de duobus rex de vendi* e la *autentica presente de fideyusoribus* y la *epistola del dibo Adriano* y los *rremedios debisorios y descursion* segun en ellas y en cada una dellas se contiene dixeron que se obligavan y obligaron por sus personas y bienes ansy muebles como raizes avidos y por aver quel dicho Miguel Sanchez hara guardara e cumplira todo lo por el de suso dicho segun e como jurado lo tiene e que sy por no lo hazer y cumplir algun daño perdida e menoscabo biniese e se recreciese al dicho menor y a sus bienes y hazienda quellos y cada uno dellos con lo demas que dicho es lo pagaran por las dichas sus personas y bienes *ren pupili salvan fore* y mas con las costas y daños que sobrello se recrecieren e para que mejor cumplirían lo que dicho es según en esta escritura va declarado por ella dixeron que daban e dieron todo su poder cumplido a todas e cualesquier justicias e juezes competentes de cualesquier parte que sean para que todo lo que dicho es asy como// en esta escritura va declarado se lo hiziesen cumplir pagar y manthener estar y pasar por ello… en testimonio de lo qual dixeron que otorgavan y otorgaron escritura de obligacion y fiança en la manera que dicha es ante mi el dicho scrivano dia mes y año susodichos.

E luego el dicho señor theniente dixo que visto lo suso dicho fallaba e fallo que debia de disçer-nir y discernio la curaduria de la persona e vienes del dicho Francisco de Sauzedo menor al dicho Miguel Sanchez que estava presente y lo abia y obo por tal su curador y le daba y dio licencia y poder cumplido qual en/ tal caso se requiere y es nesçesario para que desde luego pueda entrar y apoderarse en la persona y bienes del dicho menor con que los dichos bienes y hazienda los pueda arrendar y beneficiar como al dicho menor mas convenga y para que pueda otorgar dellos escritura y escrituras de arrendamientos en forma ante cualesquier escrivanos con las fuerças y firmezas nesçesarias y para que pueda cobrarlo porque lo arrendare y otros cualesquier bienes y rrentas del dicho menor y que se le deban al presente y debieren de aquí delante y para que pueda pedir a cualesquier personas cualesquier bienes que tengan del dicho menor y los

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

recibir y cobrar y pueda dar y otorgar carta y cartas de pago y finiquito las quales valgan y sean firmes como sy el dicho menor syendo de hedad cumplida las diera y otorgara y para que en las escrituras de arrendamientos y cartas de pago y otras cualesquier que en nombre del dicho menor otorgue al cumplimiento de lo que en ellas se contubiere pueda obligar los bienes del dicho menor y seguir sus pleytos y causas asy los movidos como los por mover en demandando y en defendiendo y para que sy fuere nesçesario sobre rrazon de los dichos pleytos y cobranza de lo susodicho e sobre cualquier otra cosa// al dicho menor tocante pueda parecer y parezca en juicio e fuera del ante cualesquier justicias e juezes de cualesquier partes que sean y pueda hazer y aga todos abtos y diligençias asy judiciales como extrajudiciales y todo lo demas que conbenga y sea nesçesario de se hazer e para que pueda hazer y sostituyr un procurador dos e mas los que sean necesarios e rebocar unos y poner otros de nuevo y darles poder en forma y para que pueda hazer todo lo demas que convenga y sea nesçesario de se hazer y todo aquello que buen curador de persona y bienes de menor debe y es obligado a hazer a todo lo qual syendo fecho rretamente el dicho señor theniente dixo que ynterponia y ynterpuso su autoridad e decreto judiçial en quanto pueda y aya lugar de derecho para que valga y haga fee en juicio e fuera del y lo firmo de su nombfre testigos que a ello fueron presentes Melchor Pacheco y Alonso de Paz y Pedro Ruyz de Bustillo vecinos y estantes en la dicha Çiudad Rodrigo e los dichos curador y fiador a los quales yo el dicho scrivano conozco lo firmaron de sus nombres en el registro desta carta y dicen las firmas ansy el liçenciado Soto. Miguel Sanchez. Diego Maldonado de Soria. En testimonio de verdad, signa y rubrica, Francisco de la Carrera".

AHPSa. Sección protocolos. Escribano Francisco Núñez Vela. Sign. 1513, fols. 149r-152r

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

II

Venta de unas casas en Ciudad Rodrigo

Cristóbal de Sauzedo, y su hijo Francisco de Sauzedo, que interviene junto con su curador Miguel Sánchez, afirmando que interviene "como persona emancipada por virtud de la emancipación que de pedimiento del dicho Christoval de Sabzedo mi padre me fue fecha por la justicia rreal de la dicha Ciudad ante Francisco de la Carrera escribano e a mayor abundamiento con licencia e autoridad e expreso consentimiento que pido e demando a Miguel Sanchjez curador de mi persona y vienes vezino de la dicha Çiudad Rrodrigo que esta presente para que por mi mesmo e juntamente con el dicho Christoval de Sauzedo mi padre pueda hazer e otorgar lo que en esta escriptura de venta sera contenido… a vos el concejo justicia e regidores de la dicha ciudad de Ciudad Rodrigo… conbiene a saber unas casas que nosotros abemos e tenemos situadas en esta dicha ciudad Rodrigo en la plaza publica della que lindan de una parte con las carnecerías de la dicha ciudad y de otra parte lindan con casas de la de Joan de Mançanedo e por la trasera con corrales de Hernando de Chaves e por la delantera la plaza publica de la dicha Ciudad… vendemos e damos en venta a la dicha ciudad… según e como nosotros la tenemos e posehemos e nos pertenece sobre la qual dicha casa… tiene de censo perpetuo en cada un año al comendador de San Juan… media dobla e una gallina… por precio e quantia de trescientas e veinte y ocho mill e quinientos maravedis en dineros fechos e contados que por la dicha casa nos dia e pago la dicha ciudad e su mayordomo en su nombre de los quales nos damos por bien contentos pagados y entregados a nuestra voluntad… e confesamos que al tiempo que quesimos vender las dichas casas arriba deslindadas e declaradas hezimos muchas diligenciass e procuramos si avia alguna persona que mas nos diese e prometiese que la dicha ciudad e no hallamos quien mas ni tanto por ellas nos diese y prometiese e si mas valen o pueden valer de la tal demasia e valor hazemos gracia e donacion a la dicha ciudad pura mera ynrrebocable que el derecho llama entre bibos sobre los qual renunciamos la ley del hordenamiento real que el catolico rrey don alonso de gloriosa memoria hizo e hordeno en las cortes de alcala de henares que son e hablan sobre y en razón de las cosas que son vendidas e compradas en mas o menos de la mitad del justo precio e tercia parte con el ellas y en cada una dellas se contiene y desde oy dia de la fecha desta carta en adelante e por la tradición della nos apartamos desistimos e desapoderamos a nosotros e a nuestros herederos e sucesores de todo el derecho boz titulo e causa e razón que abemos e tenemos e podriamos aver e tener a la dicha casa arriba deslindada e declarada… En Ciudad Rodrigo a 2 de noviembre de 1560".

AHPSa. Sección protocolos. Escribano Francisco Núñez Vela. Sign. 1513, fols. 143r-146v

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

III

Emancipación de Alonso de Armentero

"En la ciudad de Salamanca a doce de henero de mill y seiscientos y ocho años ante el licenciado Juan de Heredia alcalde mayor en la dicha Ziudad y ante mi Juan Albarez Maldonado scrivano rreal y del numero de la dicha ciudad de Salamanca parecio presente Alonso de Armentero el biejo vecino del lugar de Tardaguila de esta jurisdicion y dijo que Alonso de Armentero su hijo lejitimo de Toribia Herrera su muger difunta es mayor de veinte y un años y tiene necesidad de tratar y contratar y hacer otras cosas tocantes a su persona y hacienda lo qual por estar devajo del dominio del dicho su padre y ser menor de veinte y zinco años no lo puede hacer sino es emancipandole. Por tanto dijo que en la via y forma que mas aya lugar de derecho para que dicho su hijo pueda hacer lo susodicho y lo demas que le conbenga y sea necesario como persona mayor el ante su merced dijo que emencipava y mancipo al dicho Alonso de Armenteros su hijo y le lançava y lanço de su poderio y de mano paternal y le dava y dio licencia poder y facultad cunplida para que por su persona sin yntervencion ni licencia suya pueda tratar y contratar con qualesquier personas de qualquier parte que sean en la forma y manera quel quisiere y por bien tubiere como si fuera mayor de veinte y zinco años y estubiera fuera de su dominio paternal porque para todo ello dijo que le hacia e hiço sui juris libre y capaz pidio a su merced le aya por tal persona libre y emancipada y aprovando la dicha emancipacion ynterponga a ella y a todo lo que en birtud della fuere fecho su autoridad y decreto judicial y pidio justicia.

El dicho alcalde mayor pregunto al dicho Alonso de Armentero si quiere ser emancipado y consiente la emancipacion que el dicho su padre le a fecho, el qual dijo quel consiente la dicha emancipacion y la quiere y tiene por bien porque le es cosa util y necesaria y ansi pide y suplica a su merced que de su pedimiento la apruebe e ynterponga a ella y a lo que en birtud della por el susodicho fuere fecho su autoridad y decreto judicial para que balga y sea firme lo que ansi se hiciere.

El dicho señor juez visto todo lo susodicho y el consentimiento fecho por el dicho Alonso de Armentero moço dijo que en quanto a lugar de derecho avia e obo por emancipado al dicho Alonso de Armentero suy juris libre y capaz para tratar y contratar con qualesquiera personas y para hacer y otorgar qualesquiera escrituras de benta y otros contratos que quisiere y para que pueda hacer y aga todo lo demas que qualquiera persona libre suy juris capaz mayor de beinte y zinco años pueda hacer y para lo susodicho y en señal de ques tal persona libre le toco con la bara de justicia que en sus manos tenia y aprovando y rratificando como dijo que aprovaba y rratificava la dicha emancipacion y livertad por el dicho Alonso de Armentero el biejo dada al dicho Alonso de Armentero el moço su hijo a ella y a todo lo que por el en birtud della fuere fecho por el dicho Alonso de Armentero el moço y lo que hiciere tratare y contratare y escripturas y contratos que otorgare su merced dijo que ynterponia e ynterpuso a todo ello

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173

su autoridad y decreto judicial en quanto podia y con derecho devia para que todo ello balga y sea firme y aga fee en juicio y fuera del do quier que pareciere y el dicho Alonso de Armentero el moço acepto la dicha emancipacion y auto y aprovacion della fecho por el dicho alcalde mayor y pidio a su merced se le mande dar de todo ello testimonio signado y en publica forma y en manera que aga fee para en guarda de su derecho. Y el dicho alcalde mayor se lo mando dar todo por testimonio signado en forma segun y como y para el efecto que lo pide, siendo a todo ello presentes por testigos Juan Rruano y Juan de Tapia procurador y Rroque Hernandez vecinos de Salamanca y el dicho juez y lo firmo y por los otorgantes que dijeron no saver a quien yo el escrivano doy fee que conozco lo firmo un testigo. El licenciado Joan de Heredia. Testigo. Roque Hernandez. Paso ante mi, Joan Alvarez Maldonado. Rubricados. Rreal y medio en derechos"[158].

AHPSa. Sección protocolos. Escribano: Juan de Heredia. Legajo 4972, fols. 494r-495v

158 En Salamanca a 12 de enero de 1608. Ibid., fols. 496r-497v: Emancipación de Miguel de Armentero, mayor de 17 años, el mismo dia, y por la misma persona: su padre, Alonso de Armentero el viejo, vecino del lugar de Tardáguila, provincia de Salamanca. En idéntica fecha y por el mismo emancipador, ibid., fols. 498r-499v: emancipación de Francisco de Armentero, mayor de 14 años. Todos ellos son menores de 25 años y se obtiene la liberación del poder paterno con decreto judicial, en presencia del juez. De gran interés, para ver la responsabilidad de un tutor en su gestión, ibid., fol. 300r-301v: María de Armentero, hija de Jorge de Armenteros, difunto, y cuyo tutor había sido Alonso de Armenteros el viejo, negocia a través de Miguel Fraile, su curador, la compra de tres tierras para en pago del alcance impuesto por la tutela contra su antiguo tutor Alonso de Armenteros el viejo, en el mismo día y ante el mismo escribano, interviniendo el alcalde mayor salmantino, y por ello el padre y sus tres hijos le traspasan la propiedad de dichas tierras, cuya titularidad correspondía al citado Alonso de Armentero y a sus hijos, recién emancipados, Alonso de Armentero el mozo, Miguel de Armenteros y Francisco de Armenteros: "y porque son menores de veinte y cinco años, aunque emancipados por el dicho su padre ante su merced para mas seguridad de la dicha su menor y de la dicha venta de los dichos bienes pidio a su merced mande poner en libertad a los dichos Alonso y Miguel y Francisco de Armenteros hijos de dicho Alonso de Armenteros y les pregunte si quieren otorgar la dicha escriptura de venta de su boluntad o an sido apremiados o forçados para ello por el dicho su padre o por otra persona pidio justicia. E luego el dicho alcalde mayor puso en livertad a los dichos Alonso Miguel y Francisco de Armenteros hijos del dicho Alonso de Armenteros y estando en ella les pregunto si quieren de su boluntad otorgar la dicha escriptura de venta con el dicho su padre en favor de la dicha Maria de Armenteros de las dichas tres tierras por los dichos sesenta y ocho mill maravedis en que se tasaron o han sido para ello amenaçados o forçados por el dicho su padre o por otra persona lo digan que esta presto de hacer sobre ello justicia. Y los dichos Alonso de Armentero moço y Miguel y Francisco de Armenteros respondieron que ellos no an sido forçados ni apremiados por el dicho su padre ni otra persona para otorgar la dicha venta de las dichas tierras en favor de Maria de Armenteros antes la quieren otorgar de su libre y agradable boluntad porque de otorgarla confesaron les biene mucha utilidad y provecho por que el dicho su padre ganara de comer para los sustentar y ansi pidieron a su merced les conceda licencia para otorgar la dicha venta juntamente con el dicho su padre y no firmaron por no saber y a su ruego firmo un testigo… testigo Roque Hernandez…". A continuación se incorpora la licencia judicial en la que se indica: "puedan otorgar y otorguen a favor de la dicha Maria de Armenteros menor del dicho Miguel Frayle las scripturas de venta de las dichas tierras por los dichos sesenta y ocho mill maravedis en que se tasaron para en pago de lo que le deve el dicho su padre con las fuerças y firmeças necesarias y con obligacion de sus personas y bienes a la seguridad dello, a la seguridad dello a lo qual y a su validación dijo que ynterponia e ynterponia su autoridad y decreto y lo firmo…".

https://doi.org/10.55104/FRDC_0173