

## LA PATRIA POTESTAD Y LA EMANCIPACIÓN

*Juan Carlos Ghirardi\**

*María Cristina Filippi\*\**

*Laura Echenique\*\*\**

I. Introducción. II. La familia romana. III. Caracteres de la patria potestad. IV. Finalización de la patria potestad. A) Formas involuntarias. B) La emancipación. V. El derecho argentino. VI. Conclusión.

### I. Introducción

“Fueron nombrados cónsules [...] Fabio Máximo, hijo de Fabio, que había desempeñado ese cargo el año anterior. El padre, que no era más que procónsul, habiendo llegado un día a caballo ante su hijo el cónsul, creyó que la autoridad paterna le dispensaba de echar pie a tierra. Conociendo los lictores la completa armonía que reinaba entre ellos, no se atrevieron a mandarle que se apease; pero cuando estuvo más cerca, el cónsul mandó al lictor que cum-

\* Profesor titular de las Cátedras Derecho Romano I de la Universidad Católica de Córdoba.

\*\* Profesora titular de las Cátedras Derecho Romano II de la Universidad Católica de Córdoba.

\*\*\* Profesora adjunta de las Cátedras Derecho Romano I y II de la Universidad Católica de Córdoba.

pliese con su deber, y éste ordenó al procónsul que se apease enseguida. Obedeció en el acto Fabio, y felicitó a su hijo por haber sostenido la dignidad de una magistratura que había recibido del pueblo" (Aulo Gelio, 2. 2).

Nos ha parecido interesante comenzar nuestro trabajo con este fragmento, porque a poco que se lo analice, se advertirán en él, en esta pintura de la vida real romana, algunas características de la patria potestad que suelen ser dejadas de lado, tanto por quienes enseñan como por quienes estudian la institución.

En efecto, solemos definirla como el "poder que ostenta el *pater* sobre los descendientes que integran su familia civil". Se enseña, y se enseña bien, que es una institución del derecho civil quiritorio, que solamente pertenece al padre y puede ser ejercitada por él, entendiendo por tal al jefe de la familia, y de cuyo ejercicio están excluidas por completo las mujeres. Se dice que estaba instituida —al menos en sus orígenes— más en interés del *pater* que en el de los hijos, razón por la cual se la define como un "conjunto de derechos", y no de "derechos y obligaciones", como lo hacen los códigos modernos, motivo por el cual no la extinguen ni la edad ni el subsiguiente matrimonio de los hijos.

Redondeando el concepto, suele acotarse que en sus orígenes fue absoluta y rigurosa, llegando a comprender el poder de vida y muerte sobre la persona de los descendientes, ejerciéndose asimismo sobre los bienes de éstos. Al par que se añade que el transcurso de los años, la morigeración de las bárbaras costumbres primitivas y, por sobre todo, el advenimiento del cristianismo, fueron acotando y suavizando este poder, otrora omnímodo.

Y por cierto, todo eso es verdad, pero no toda la verdad. Porque narrada de esa forma, la visión de la institución no pasará de ser un enfoque visto y valorado con los ojos de un hombre de hoy. Y para entenderla cabalmente hemos de procurar mirarla con la óptica de su particular momento histórico.

Ubiquémonos entonces en Roma, y procuremos olvidar por un momento la teoría y las construcciones doctrinarias abstractas;

dejemos de lado el afán por rescatar los conceptos puros —tan denostados por Ihering cuando nos refiere su particular visión acerca del cielo de los conceptos jurídicos—, sumerjámonos en la realidad en la que el romano, cualquier romano, hasta el más inculto e ignorante, ejercía la patria potestad, aunque no supiese qué era técnicamente esa potestad, o su naturaleza jurídica.

Y encontraremos que la patria potestad no se entiende, ni tiene sentido, sin la familia. Vaya entonces una breve alusión a la misma.

## II. La familia romana

Obviamente nos referimos a la familia agnaticia, es decir, al grupo de personas que se encuentran sometidas al poder de otra, y cuyo referente más amplio es la *gens*. Hemos sostenido, en otras oportunidades, que el Estado primitivo calca su organización del grupo familiar, así como construye su religión sobre la base y tomando como modelo el culto familiar, los *sacra privata*. Algo tan importante, tan esencial como lo fue la propiedad de la tierra habría sido familiar —los *agri gentilicii*— antes de que surgiera el concepto de propiedad colectiva.

Es el culto privado (a semejanza del cual se desarrollará luego la religión pública) el que da unidad a la familia. Culto que no reside en los templos sino en las casas, y dentro del cual tienen cabida los dioses *lares*, guardianes de los campos y caminos, los *penates*, protectores de las riquezas y graneros de la familia, y los *manes*, espíritus de los antepasados.

Porque el espíritu de los difuntos está presente en la familia, y las efigies en cera de los mismos, que existen en el atrio de toda residencia que se precie de tal, participan de las grandes ocasiones de la vida de sus miembros. Están presentes en los matrimonios, y en los desfiles triunfales —por ejemplo—, y sus tumbas constituyen cosas religiosas donde los descendientes deben concurrir periódicamente a realizar las ofrendas fúnebres de rigor.

Es en ese marco religioso, cuyo centro está en el **hogar** en el

que arde el fuego sagrado, donde impera entre los vivos el *Genius*, el espíritu del *pater*, secundado por el *Iuno* de su esposa, la señora de la casa.

Tal el escenario en el que se desenvuelve la vida de la familia agnaticia (y consecuentemente de la *gens*, su prolongación natural). Son los que están bajo la potestad del mismo jefe, el *pater*, que es el antepasado común varón más antiguo, libre ciudadano y *sui iuris* (o que lo estarían de vivir éste), y lo están porque comparten el mismo culto, del que aquél es el sacerdote supremo. El elemento aglutinante es el culto, que forzosamente debían abandonar los que pasaban a otra familia (por adrogación o matrimonio, por ejemplo), mediante la *detestatio sacrorum*.

En este marco se explica que el *pater*, como sumo sacerdote del culto doméstico, esté dotado de las potestades necesarias para dirigir a las otras personas que comparten el mismo culto, y que, por consiguiente, le están subordinadas, tales como la *manus*, el *mancipium*, la *dominica potestas* y, en lo que nos interesa, la *patria potestas*, de la que pasamos a ocuparnos.

### III. Caracteres de la patria potestad

Así planteadas las cosas nos será más fácil entender que, si bien la patria potestad es —como decíamos al principio— un poder, o mejor un conjunto de poderes que el padre ejerce sobre los hijos que están sometidos a ella, tal no sucede en interés mezquino del padre, o simplemente por su autoritarismo. Muy por el contrario, constituye una de las herramientas esenciales para que este padre, que es a la vez el sacerdote supremo del culto familiar, pueda ejercitar esa función sin limitaciones. Él es el interlocutor del grupo con los dioses de la familia, y el intérprete de los designios de éstos, razón por la cual esas funciones no pueden ser de ninguna manera coartadas ni restringidas, lo que se traduce en que todos los familiares están sometidos a su soberana y omnímoda voluntad.

Así es que las XII Tablas consagran, en su Tabla IV, disposicio-

nes que hoy pueden parecernos tremendas, pero que se comprenden vistas en ese contexto: un padre no solamente puede, sino que también debe matar a sus hijos deformes o monstruosos (Cicerón. *De Legibus* 3. 8); puede también venderlos, matarlos, encerrarlos y azotarlos o mantenerlos encadenados si lo juzga necesario, aun cuando desempeñen altos cargos en la República (Dionisio de Halicarnaso. *Archeol* 2. 26 y 27). Es en virtud de esos poderes que todos vieron como natural que el padre de los Horacios dijese que su hijo había hecho bien en matar a la hermana (que era también su hija), y que él habría hecho lo mismo (Tito Livio, *Los Orígenes de Roma*, 1. 26), o que Virginio quitase la vida a su hija Virginia para que no cayese en poder del decenviro Apio Claudio (Tito Livio, *Los Orígenes de Roma* 3. 48).

Quien está bajo potestad no goza de la total y completa capacidad de derecho, ya que no es *sui iuris* sino *alieni iuris*. Por tal motivo, cuando algo adquiere, lo hace para el *pater* (Gayo, *Institutas*, 2. 86, 90, 96). A tal punto llega la significación del poder del padre sobre el hijo, que Gayo nos enseña en sus *Institutas* (3. 199) que puede inclusive cometerse *furtum* de personas libres, cuando alguien sustrae a un hijo que tenemos bajo potestad. Y por los delitos cometidos por un hijo de familia surge la acción noxal y la posibilidad de entrega en *noxal*, del mismo modo que sucede en el caso de los esclavos (Gayo, 4. 75 a 80).

El hijo debe respeto al padre en el ámbito privado, aun cuando sea magistrado. Tal nos cuenta Aulo Gelio (*Noches Áticas* 2.2), cuando refiere la visita que el procónsul romano en Atenas, acompañado de su padre, hizo al filósofo Tauro, el que sólo tenía una silla que ofreció al padre, por entender que en una visita de cortesía el procónsul no ejercitaba su cargo, sino que concurría en papel de hijo junto a su progenitor.

Pero eso cede cuando el hijo actúa como magistrado y en calidad de tal, porque en tal caso representa la majestad del pueblo de Roma, y en tal carácter no puede ni debe sujetarse al mandato de potestad alguna, tal y como lo refiriéramos en el fragmento que Aulo Gelio

expone a continuación, y que transcribimos al comienzo de este trabajo. La calidad de cónsul o de presidente de alguna provincia concede al hijo un beneficio adicional, y es que —dado que reviste el carácter de magistrado— puede ser emancipado (o dado en adopción) ante sí mismo (Paulo, D. 1. 7. 3). Correlativamente, un cónsul o presidente puede emancipar (o dar en adopción) ante sí mismo (Paulo, D. 1. 7. 4).

En consecuencia, la calidad de soldado, senador o cónsul no produce la extinción de la patria potestad. Sin embargo, Justiniano nos enseña (I. 1. 12. 4) que “la elevada dignidad de patricio, inmediatamente después que sean expedidas las patentes imperiales, liberta al hijo de la potestad del padre”. Ello es así porque si cualquier padre puede libremente hacer cesar la potestad sobre su hijo, nadie podría dudar de que “la posición sublime del emperador” puede producir el mismo efecto.

Ahora bien, cuando la importancia de la religión doméstica se debilita, lo hace también la autoridad con que el *pater* ejercita todas sus potestades, entre ellas la patria potestad. Y como ese debilitamiento es seguido, sino provocado, por la aparición del cristianismo, la doctrina de la nueva religión va a llenar los vacíos que la antigua dejó vacantes. Los llenará, obviamente, con sus conceptos propios que son distintos de los del culto familiar primitivo, conceptos para los que el padre no es ya un sacerdote, porque los ministros del nuevo credo son otros.

Y entonces, lo férreo y absoluto del poder del padre y del vínculo agnaticio va a perder por completo su razón de ser y su importancia, ya de por sí bastante deterioradas para ese entonces, por el paulatino abandono de las viejas costumbres y tradiciones. El vínculo entre padre e hijo ya no se sustentará en el poder, sino en el amor, lo que abrirá el camino para las construcciones jurídicas que imperan en la actualidad.

Así, en el siglo III, el emperador Antonino Caracalla va a declarar ilícita la venta de los hijos (C. 7. 16. 1), salvo en épocas de mucha penuria económica y siempre que se destinase el producido

a la adquisición de alimentos. Diocleciano y Maximiano prohibieron cualquier enajenación de los hijos (venta, donación o prenda), por una constitución que recoge el Código justiniano (C. 4. 43. 1). Constantino renovará la prohibición, permitiendo solamente al padre indigente vender al hijo recién nacido, siempre que lo hiciese reservándose el derecho de volver a adquirirlo del comprador (C. 4. 43. 2). El mismo Constantino va a poner límites al abandono de los hijos, disponiendo que quien recogiese a un hijo abandonado lo tuviese ya en el carácter de hijo, ya en el de esclavo, y Justiniano finalmente resolverá que el abandonado se considerará a todos los efectos como libre, ingenuo y *sui iuris*.

Los tiempos, como se ve, han cambiado, y el derecho también, porque sus valores ya son otros.

#### IV. Finalización de la patria potestad

Clasifiquemos el cese de la patria potestad, como lo hacen Diocleciano y Maximiano en C. 8. 48. 3: “los hijos se libran de la patria potestad, o por acto solemne o por accidente”. De donde deducimos que existen modos que podríamos denominar involuntarios (como la muerte, o la *capitis deminutio*), y la forma voluntaria, a través de la emancipación. De ambas se ocupa el título sexto del Epítome de las Instituciones de Gayo, que lleva precisamente por rúbrica “*Quibus Modis Filii Exeunt de Potestate Patris*”.

##### A) Formas involuntarias

Derivan ya de la muerte, ya de otras circunstancias o actos que pueden inclusive ser deliberados, pero en los cuales lo buscado no es la ruptura del vínculo, aunque ésta se produce como consecuencia necesaria (como sucede en el caso de la ida al destierro por parte del padre). Pero quienes salen de la potestad por estos medios no sufren *capitis deminutio*, y por ese motivo no cambian de grupo familiar (Gayo, 3. 114).

Obviamente, la patria potestad cesa con la muerte del hijo, ya que la institución pierde el objeto sobre el cual se ejerce. También lo hace con el fallecimiento del padre, pero esta extinción natural no implica por fuerza excluir al hijo de la familia agnaticia, aunque se vuelva *sui iuris* —de no tener otro ascendiente masculino varón vivo—, ya que siempre continuará formando parte de la misma *gens*.

Si bien Ulpiano (Reglas 10. 2) menciona el tema, Gayo se ocupa extensamente del mismo en sus Institutas (1. 127), señalando que si muere un ascendiente se hacen independientes sus sucesores, a menos que el fallecido sea el abuelo, ya que en ese caso sólo se vuelve *sui iuris* el padre, quedando sus hijos sometidos ahora a la potestad de éste (en igual sentido, Justiniano, en I. 1. 12. pr.).

Algo similar sucede en el caso del destierro, puesto que en tal supuesto, y en virtud de la ley Cornelia, se debe considerar que el desterrado ha perdido la ciudadanía, lo que produce efectos equivalentes al de la muerte, ya que ningún extranjero puede tener bajo su potestad a un ciudadano romano (Gayo, 1. 128, y Ulpiano 10. 3. En igual sentido, las Instituciones de Justiniano 1. 12. 1).

Ahora bien, enseñan las mismas Institutas de Justiniano que los padres relegados en una isla retienen a sus hijos bajo su potestad, y recíprocamente, los hijos relegados permanecen bajo dicha potestad (I. 1. 12. 2). Entendemos que padre e hijos han sido enviados a la isla conjuntamente.

Deja de tener a sus hijos bajo potestad quien se hace esclavo de la pena, como sucedía con los condenados a las minas y los expuestos a las fieras (I. 1. 12. 3).

Cosa curiosa: si un hijo se radicaba en una colonia, aunque fuese por orden del padre, ese hecho implicaba la extinción de la potestad paternal, ya que se convertía en ciudadano de otra ciudad (Gayo 1. 131).

En el caso en que un *pater* haya caído en poder del enemigo, su potestad queda pendiente en virtud del derecho de postliminio (I. 1. 12. 5), y podrá ser recuperada si regresa (Ulpiano 10. 4). Pero si muriese en cautiverio, sus descendientes se harían independien-

tes, aunque queda la duda que nos plantean las Institutas de Gayo acerca de cuándo se produce tal resultado, si en el momento de caer en cautiverio, o en el de la muerte efectiva (Gayo 1. 129). Por aplicación de la ficción de la ley Cornelia, debida a Lucio Cornelio Sila, parecería que la primer solución es la acertada. De más está decir que si el cautivo o muerto es el descendiente, se aplican las mismas reglas (Gayo 1. 129).

Cesa también la patria potestad si el hijo varón se consagra como sacerdote de Júpiter, o la hija mujer es aceptada como virgen vestal, según enseñan Ulpiano (10. 5) y Gayo (1. 130). Lo atinente a las vestales, por su parte, es referido extensamente por Aulo Gelio (1. 13).

Igual sucede en el caso de adopción plena, cuando por ejemplo el padre da al hijo en adopción a su abuelo o bisabuelo natural. En este caso la patria potestad se extingue en la persona del padre natural, y pasa a la persona del padre adoptivo (I. 1. 12. 8), de modo tan completo, que si luego cesase por cualquier motivo el vínculo por adopción, ello no haría renacer la patria potestad del padre originario (Papiniano, en D. 1. 7. 13, y Pomponio, en D. 1. 7. 14).

Si el adrogado, que como *sui iuris* podía tener hijos bajo su autoridad, efectivamente los tuviese, estos hijos mudan de potestad y pasan a depender de la del adrogante (Paulo, en D. 4. 5. 3. pr. y 1).

### **B) La emancipación**

Lo que verdaderamente nos interesa es la finalización intencional y voluntaria de la patria potestad, que tenía lugar mediante la emancipación. Teniendo presente lo que hemos expuesto en los puntos anteriores, emancipar a un hijo en la época primitiva no era precisamente un premio, sino un castigo. Significaba excluirlo del abrigado refugio del núcleo familiar, y de los *sacra privata*, algo que no se podía tomar a la ligera, y con lo que nadie —ni siquiera el *pater*— podía permitirse jugar, de allí que ya las XII Tablas (Tabla IV) limiten a tres las ventas de que son pasibles los hijos de familia.

Una emancipación implicaba *capitis deminutio* para el emanci-

pado. Era *minima*, ya que su consecuencia natural era el cambio del grupo familiar del hijo, que salía del que correspondía a quien lo emancipaba, para pasar al suyo propio (Gayo 1. 162, 163, 166).

Ulpiano, en sus Reglas (10. 1), nos recuerda la fórmula consagrada por la legislación decenviral: "*si pater filium ter venum dabit, filius a patre liber esto*" (si el padre vende al hijo tres veces, quede libre el hijo del padre). Exactamente en los mismos términos la reproduce Gayo (1. 132).

A partir de entonces fue posible emancipar mediante la triple venta del hijo varón. Para ello, el *pater* buscaba el concurso de un tercero de buena voluntad (*coemptionator*), quien lo adquiriría y mediante un pacto de fiducia se comprometía a manumitirlo inmediatamente. Repetida la operación por tres veces, el hijo quedaba emancipado. Como una sola venta surtía el mismo efecto en relación a las hijas y los demás descendientes (siempre según la misma Tabla IV), solamente una mancipación era necesaria en el caso de éstos. Gayo lo expone así acabadamente en sus Institutas (1. 132 a 141).

Ya en el Imperio, el emperador Anastasio incorporó, en el año 502 de nuestra era, una nueva forma de emancipación por la vía del rescripto del príncipe (según nos recuerda una constitución de Justiniano, en C. 8. 48. 6). Por este medio el padre podía emancipar inclusive a sus hijos ausentes, debiendo dejarse constancia de lo obrado en un acta que se levantaba ante el magistrado. Justiniano simplificó las formalidades, y a partir de entonces fue suficiente con una mera declaración paterna hecha delante de un magistrado imperial (I. 1. 12. 6).

Rescriptos posteriores, contenidos en un título del Código Justiniano (C. 8. 48. *De emantipationibus liberorum* 1 a 6) que recopila constituciones de Diocleciano y Maximiano, de Anastasio y del mismo Justiniano, completan la regulación de la institución en el Bajo Imperio. En ellas leemos que un padre puede emancipar a sus hijos ante los *duumviros* de un municipio; que la regla en materia de emancipaciones es que habrá que ajustarse no tanto a lo escrito como a la verdad de los hechos; que el padre no necesita

expresar las causas por las que emancipa; que pueden emanciparse tanto al hijo o hija cuanto a los nietos o bisnietos.

Obviamente, si alguien tiene bajo potestad a un hijo y a un nieto o nieta, o aún un bisnieto, habidos de éste, es libre de emancipar a unos o a otros, conservando el resto bajo potestad. Además, si hallándose la nuera encinta el suegro emancipa al hijo, ello no obsta para que el nieto dado a luz por aquélla nazca bajo potestad. La excepción sería el caso en que la concepción se produjese luego de la emancipación, porque en este caso la criatura no nacería bajo la potestad del abuelo emancipante, sino de su padre, el hijo emancipado.

Si bien, en principio, un padre no puede ser obligado a emancipar, según la regla que fijan Diocleciano y Maximiano (C. 8. 48. 4), hay excepciones. Así, si un padre aceptase y tomase posesión de un legado que se le ha dejado con la condición de que emancipe a sus hijos, una constitución de Severo (que nos recuerda Ulpiano en D. 35. 1. 92) dispuso que en este caso tenía el deber de realizar la emancipación. De todos modos, el hecho es excepcional, como se encarga de recordárnoslo Papiniano (en D. 38. 6. 8): "el padre no puede ser fácilmente obligado a emancipar al hijo".

El hijo emancipado conservaba con su padre un vínculo similar al que une al patrono con el liberto, y si la emancipación se producía siendo el hijo impúber, el padre tenía la tutela legítima, por razón de la emancipación (I. 1. 12. 6). Al igual que en el caso del patrono, el padre emancipante tenía la posesión de los bienes del hijo fallecido aun en contra del testamento de éste, ya que el pretor interpretó que ésa era la solución justa, porque de no haberse producido la emancipación dichos bienes habrían ingresado al patrimonio del padre. Existen no obstante algunas excepciones, como por ejemplo el caso del hijo emancipado que es militar, caso en el cual el padre no puede adquirir sus bienes por la *possessio contra tabulas*. (Ulpiano, en D. 37. 12. 1, pr. a 6). Y hay una diferencia con la situación del esclavo liberado, ya que el derecho de poseer *contra tabulas* los bienes de su sucesión no se extiende a los herede-

ros del padre emancipante, como sí sucede en cambio con los del patrono manumisor (Ulpiano, en D. 37. 12. 1. 5).

Por lo demás, la emancipación producía resultados que no eran demasiado halagueños para el hijo en más de un aspecto, ya que implicaba la salida de la familia civil originaria, con la pérdida de la agnación con quienes habían sido hasta entonces parientes del emancipado, y la consiguiente *capitis deminutio minima*, como se lleva dicho (Modestino, en D. 38. 10. 4. 10). Como el mismo jurisconsulto lo enseña, conserva, no obstante, los vínculos cognaticios y por afinidad.

A cambio de estas desventajas, podía, ya que era *sui iuris*, comenzar a adquirir para sí y formarse su propio patrimonio.

La emancipación supuso en un principio la exclusión de la sucesión hereditaria *ab intestato* del *pater*, por lo menos en lo que hace al orden del derecho civil arcaico. Pero como el emancipado mantenía la vinculación cognaticia, tuvo también la correlativa posibilidad de ser designado *bonorum possessor* por el pretor, y fue llamado por éste a la sucesión de su padre conjuntamente con los demás hijos que habían permanecido hasta el final bajo la autoridad paternal. Así lo enseña expresamente Papiniano en sus Responsa (6. 22).

A partir de entonces, y cuando el vínculo agnaticio comienza a perder importancia reemplazado por el parentesco de sangre, lo que obviamente se produce cuando el culto privado pierde trascendencia y se van abandonando los antiguos ritos familiares, los que ceden terreno a pasos cada vez más agigantados frente al ateísmo primero y al cristianismo después, a partir de entonces —decimos— la emancipación comenzará a ser considerada un beneficio, una ventaja, óptica con la que se la mira en la actualidad.

## V. El derecho argentino

Dalmacio Vélez Sársfield se ocupó de la patria potestad en su Código Civil (arts. 264 a 310), y la regulación dada por él al tema estaba mucho más próxima al derecho romano de lo que se encuentra la ley actualmente vigente.

En efecto, el art. 264 la definía como “el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”. El ejercicio del derecho estaba a cargo del padre. Así, correspondía a éste:

1) Darles alimentos y educación, en caso de divorcio o nulidad del matrimonio (art. 271).

2) Autorizar al hijo para estar en juicio (art. 281).

3) Dar licencia al hijo para ausentarse de la casa paterna, o viajar al extranjero (art. 284).

4) Administrar los bienes de los hijos (art. 293), y usufructuar de los mismos (art. 295).

Todas estas facultades recién correspondían a la madre luego de la muerte del padre (art. 305), mientras permaneciese viuda, ya que si se casaba perdía la patria potestad (art. 308).

La ley 10.903, de patronato de menores, reformó drásticamente el título en cuestión (el 3 de la Sección Segunda del Libro Primero), y a partir de ella comienza a hablarse —a la par de los derechos— de los deberes de los padres. Así, el art. 264 define la potestad que nos ocupa como “el conjunto de deberes y derechos [...]” La misma norma, por lo demás, se encarga de puntualizar que, si bien la patria potestad es de ambos progenitores, la ejerce el padre, y solamente en caso de muerte o pérdida de la misma por cualquier motivo por parte de éste, lo hace la madre.

El último paso lo da la ley 23.264, que define: “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado [...]” (art. 264, Cód. Civil). La ejercitan conjuntamente padre y madre en el caso de los hijos matrimoniales (inc. 1) o extramatrimoniales reconocidos por ambos, siempre que convivan, ya que si no lo hacen la ejercita el que tiene la guarda (inc. 5). Si lo reconoció uno solo de los padres, él la ejerce (inc. 4), y si no lo hizo ninguno, le corresponde a quien

judicialmente hubiese sido declarado padre o madre (inc. 6). Se prevén asimismo los casos del divorcio o separación, casos en los que la ejerce el progenitor que tiene la tenencia (inc. 2), y el de muerte de uno de los padres, en que la ejerce el otro (inc. 3).

Finaliza la patria potestad (art. 306, reformado por ley 10.903) por muerte de padres o hijos, por profesión de fe de unos u otros en institutos monásticos, por adopción de los hijos, por mayoría de edad de éstos, o por su emancipación.

Para mayores precisiones hemos de acudir a lo regulado en materia de menores de edad, en el Título 9 de la Sección Primera del Libro Primero del Código Civil, que comprende los arts. 126 a 139. En su redacción originaria, debida a Vélez Sársfield, concretamente aludiendo al tema que nos ocupa, el art. 128 establecía que "Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintidós años, y por su emancipación antes que fuesen mayores". La nota, con citas de Savigny y del Digesto justiniano (14, 9), se encarga de aclararnos que la interdicción del menor se limita al campo del derecho privado, y no se extiende al ámbito del derecho público.

La mayoría de edad produce una emancipación *ministerio legis*, que debe ser declarada por los jueces mediante la simple acreditación de haber llegado a la edad habilitante (22 años en ese momento). Ello implica la libre posesión y administración de los bienes (art. 130).

Por su parte, y sin distinción de sexo, un menor puede también recibir la emancipación de la patria potestad a través del matrimonio, cualesquiera fuese la edad en que se hubiese casado, siempre que lo hubiese hecho con la autorización que el Código impone (art. 131). Habría que acotar que si el matrimonio se anula, la emancipación pierde su valor (art. 132).

Fuera de este supuesto, y aunque el matrimonio se disuelva por el motivo que fuese (como la muerte de uno de los cónyuges, por ejemplo), la emancipación será irrevocable, y habilitará al emancipado para todos los actos de la vida civil (art. 133).

Sin embargo, los artículos siguientes (134 a 137) se encargan de enunciar una serie de restricciones a la capacidad del menor emancipado. Así es que aquél, salvo autorización judicial, que no será dada excepto en casos excepcionales, no puede:

- 1) Aprobar las cuentas de sus tutores, ni siquiera con autorización del defensor de menores.
- 2) Vender o hipotecar bienes raíces.
- 3) Realizar arrendamientos por plazos superiores a tres años.
- 4) Recibir pagos superiores a mil pesos.
- 5) Hacer transacciones o sujetar un negocio a juicio arbitral.
- 6) Estar en pleito civil.
- 7) Cobrar una obligación, constituida con la cláusula de que solamente sería exigible luego de la mayoría de edad.

Los dos últimos artículos (138 y 139) consagran reglas de derecho internacional privado, estableciendo que si un menor, que sería tenido como emancipado según las reglas del Código (pero no según la ley de su lugar de origen), muda su domicilio al territorio nacional, será tenido por tal, sin importar lo que dispusiesen las leyes de su domicilio anterior. A la inversa, si fuese emancipado según la norma vigente en su domicilio anterior, será tenido por tal en el país, aunque para el Código Civil no lo fuese.

La ley 17.711, de reforma general al Código Civil, derogó en su mayor parte estas disposiciones, manteniendo solamente los arts. 129, 130, 136, 137, 138 y 139. Los artículos restantes fueron remplazados con otra regulación. A su vez, la ley 23.264 sustituyó las reformas del art. 131, y la ley 23.515 las del art. 133, por una nueva redacción, a resultas de lo cual, se sale de la patria potestad por:

- 1) Alcanzar el menor los veintiún años de edad (arts. 127 y 128).
- 2) Emancipación por matrimonio (art. 131).
- 3) Emancipación por habilitación de edad (*venia aetatis*), con consentimiento del hijo y por decisión de quien ejerza la patria potestad, o del juez si está bajo tutela, una vez que hubiere llegado a los dieciocho años. En tal caso, la habilitación se inscribe en el

Registro General de Estado Civil y Capacidad de las Personas, pero puede revocarse, a pedido de los padres, si los actos posteriores del menor demostraren su inconveniencia (art. 131).

Sería importante destacar que, aunque no haya sido emancipado, un menor que ha cumplido los dieciocho años puede celebrar contrato de trabajo o ejercitar su profesión, si tiene título habilitante, administrando y disponiendo lo que gane en virtud de esas actividades (art. 128).

Para terminar, digamos que aunque estén emancipados, los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, y están obligados a cuidarlos y proveer a sus necesidades en la ancianidad, demencia, enfermedad, o cualquier otra situación de la vida que lo hiciese necesario (art. 266).

## VI. Conclusión

Después de todo lo expuesto sería caer en un simplismo injustificable si concluyéramos afirmando que el derecho romano elaboró una concepción arcaica y rigurosa de la patria potestad y de la forma de salir de ella a través de la emancipación.

Más simplistas seríamos todavía si afirmásemos que en virtud de una sostenida evolución, provocada por ideas humanizadoras y de respeto a la dignidad de la persona humana —inspirada quizás por el cristianismo—, el panorama ha cambiado en la actualidad y se ha pasado a una visión en la que la patria potestad no está solamente considerada como derecho del padre, sino como una institución destinada a velar, por sobre todas las cosas, por el desarrollo de la personalidad del hijo, tarea que compete a ambos progenitores y para la cual uno y otro están investidos de las facultades necesarias para llevarla a cabo.

Pensamos, sinceramente, que si termináramos este trabajo con la exposición de una conclusión del género que acabamos de señalar, estaríamos incurriendo en una ligereza injustificable, porque, y a esto ya lo dijimos antes, no se puede medir con los ojos

del hoy la realidad del ayer; porque la configuración de la patria potestad en Roma, y correlativamente la de la emancipación, estaba inspirada en ciertos y determinados valores, valores que nada tienen que ver con los que orientan la norma de hoy.

En el derecho romano de lo que se trataba era de apuntalar, de defender a toda costa la familia agnaticia y la *gens*. Cosa natural y lógica si se quiere, ya que en ellas se asentaba la organización del Estado. En el parentesco agnaticio se basa el primer comicio conocido: el curiado; en razón de la subsistencia del patrimonio de la familia civil es que se instituye la interdicción del pródigo, por ejemplo. Y ya se ha dicho, razón por la cual no cabe volver sobre el tema, que el padre necesita de un poder absoluto para conducir y dirigir esa familia agnaticia, en fiel consonancia con los dictados de su culto privado, del que es supremo sacerdote.

Es por ello que un menor no salía de la patria potestad cuando llegaba a la mayoría de edad. Es por ello también que la calidad de *alieni iuris* entrañaba una *capitis deminutio*, una incapacidad de derecho que como tal era absolutamente insubsanable. En una concepción así, la emancipación, en tanto y en cuanto significaba la exclusión del hijo del núcleo de la familia agnaticia, no podía ser un beneficio, ni mucho menos.

El derecho moderno tiene otras miras, miras que ya no consideran a la entidad familiar como un bien supremo que debe defenderse a toda costa. Ahora se repara no ya en la familia, sino en el individuo. La interdicción del menor es simplemente tuitiva, es en su beneficio y, por consiguiente, subsanable. Está llamada a terminar lo antes posible, ni bien se alcance la edad mínima en la que el derecho considera que una persona es capaz de obrar en la vida civil, sin encontrarse en una situación de inferioridad por falta de discernimiento.

Por eso, porque se mira a la persona y su desarrollo integral, es que los padres (no ya el padre solamente) tienen el deber de proteger y asegurar ese desarrollo, misión para la cual —sí— están dotados de los derechos y correlativos deberes que surgen del ejercicio de la patria potestad.

Por eso también es que se favorece la emancipación, que los padres en definitiva van a apadrinar, ya sea autorizando al menor para casarse, ya proveyendo a otorgarle la *venia aetatis*. Uno y otra cosa no son sino lo mismo, una manifestación de fe de los progenitores acerca de la capacidad y madurez del hijo. Esta emancipación, ahora sí, será un premio, una concesión anticipada de los beneficios de la capacidad antes de haber alcanzado la mayoría de edad.

Entonces, y finalizando, no hablemos de derecho arcaico o de legislación moderna. Hablemos de concepciones diferentes de la vida. La romana fue la de ayer, ¿será otra vez la de mañana?

### Bibliografía

- AULO GELIO, *Noches Áticas*, Bs. As., Ejea, 1959.  
 CICERÓN, *Obras escogidas*, Bs. As., El Ateneo, 1951.  
 CODIGO CIVIL ARGENTINO, 2ª ed. oficial, Bs. As., Talleres Tipográficos La Pampa, 1883.  
 CODIGO CIVIL ARGENTINO, Bs. As., Zavalía, 1998.  
 COULANGES, FUSTEL DE, *La ciudad antigua*, Bs. As., Albatros, 1942.  
 GARCÍA DEL CORRAL, ILDEFONSO, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, Lex Nova, 1898.  
 GAYO, *Instituciones*, ed. coordinada por Francisco Hernández Tejero, Madrid, Civitas, 1985.  
 GHIRARDI, JUAN CARLOS, *Manual de derecho romano I*, Córdoba, Eudecor, 1997.  
 —, *Roma y la laicización del derecho*, Córdoba, Explanatio, 1996.  
 GIRARD, PAUL, *Textes de droit romain*, 7º ed., París, Dalloz, 1967.  
 IHERING, RUDOLF VON, *Bromas y veras en la jurisprudencia*, Bs. As., Ejea, 1974.  
 MAYNZ, CARLOS, *Curso de derecho romano*, Valencia, Jaime Molinas, 1892.  
 ORTOLAN, M., *Instituciones de Justiniano*, Bs. As., Heliasta, 1976.  
 RICCOBONO, J. Y OTROS, *Fontes iuris romani antejustiniani*, Florencia, J. Furlani, 1940.

SAMORANO, RUPERTO Y OTROS, *Derecho romano*, Madrid, Imprenta del Colegio de Sordomudos, 1842.

TITO LIVIO, *Los orígenes de Roma*, Madrid, Akal, 1989.

ULPIANO, *Reglas*, trad. de Francisco Hernández Tejero, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1946.