

XIV CONGRESO DEL INSTITUTO INTERNACIONAL
DE HISTORIA DEL DERECHO INDIANO

DERECHO, INSTITUCIONES Y PROCESOS HISTÓRICOS

TOMO II

José de la Puente Brunke / Jorge Armando Guevara Gil
Editores

Capítulo 42



Derecho, Instituciones y Procesos Históricos

XIV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano

Primera edición, agosto de 2008

Edición de José de la Puente Brunke y Jorge Armando Guevara Gil

© Instituto Riva-Agüero de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Jirón Camaná 459, Lima 1

Teléfono: (51 1) 626-6600

Fax: (51 1) 626-6618

ira@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/ira

Publicación del Instituto Riva-Agüero N° 247

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Foto de cubierta: Estantería de la Dirección del Instituto Riva-Agüero (Lima)

Diseño de interiores y cubierta: Fondo Editorial

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio,

total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

ISBN Tomo II: 978-9972-42-858-6

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-09998

Impreso en el Perú - Printed in Peru

PERSONAS: DE LOS HIJOS Y POTESTAD DE LOS PADRES

Mafalda Victoria Díaz-Melián de Hanisch

1. INTRODUCCIÓN

La importancia de un manuscrito anónimo de 1830 titulado *Recopilación de varios principios de derecho civil, de gentes y político*,¹ que refleja las lecciones del profesor Pedro Somellera, ha motivado el estudio del capítulo IV de la *Recopilación* que tiene por título «De los hijos, y potestad de los padres».² Al introducir el tema de los hijos, la *Recopilación* cierra el manuscrito con la expresión «Basta de personas»³ y no se cree posible al tratar el derecho legislado dejar de tratar antes el tema *Personas* pues su explicación es necesaria e inexcusable. Son Las Partidas las que han señalado el concepto romano y la idea de persona *homo in statu quodam consideratus* en la ley 1, tit. 23, Partida IV, y que en derecho castellano es la «condición e manera en que los homes viven o estan». Los Fueros Juzgo y Real y Las Partidas admitieron el principio de que «el concebido se tendría por nacido en las cosas que le favoreciesen».⁴ Ahora bien, cuando se habla de las personas, sin apoyarnos en los entes jurídicos, lo sugerente e interesante es el origen de la capacidad.

Las personas pueden ser físicas o jurídicas. Las primeras son individuos de la especie humana y las personas jurídicas son entes ficticios a las que se les atribuye capacidad de actuar, que es la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones.

El capítulo que se estudia de la *Recopilación* deja en claro que la materia que trata la recoge de la obra cumbre de la época de Asso y de Manuel.⁵

2. LOS HIJOS SON LEGÍTIMOS O NATURALES

La *Recopilación* afirma:

[L]os hijos son legítimos o naturales. Legítimos son los nacidos del justo matrimonio, del que se supone tal. Naturales son los que no nacen de esta

¹ Mafalda V. DÍAZ-MELIÁN, «Una anónima recopilación de varios Principios de Derecho Civil, de Gentes y Político. Con varios detalles de leyes y personajes de la República Romana», *Revista de Historia del Derecho Ricardo Levene*, No. 31, Buenos Aires, 1995, pp. 207 ss. (estudio), 223 ss. (edición).

² Este capítulo aparece entre las páginas 230 y 231 en la edición citada en nota anterior (y entre las páginas 21 y 23 del manuscrito).

³ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

⁴ Fuero Juzgo, Ley 20, tit. 2, Lib. IV; Fuero Real, Ley 3, tit. 6, Lib. III, Partida IV, tit. 23, Ley 3.

⁵ Ignacio JORDAN DE ASSO y Miguel de MANUEL, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 5ta. Ed., Madrid, 1792, Lib. I, tit. VIII, Cap. I.

unión. Fundados los autores en las leyes traen otras muchas calidades de hijos; tales son los nothus, los manceres, los espurios, los incestuosos y los hijos de frailes, clérigos o monjas profesas. A todos estos penan las leyes de diversos modos, negándoles lo que ellas mismas conceden a los que llaman hijos naturales.⁶

Esta exposición nos da idea del conocimiento que tenía el profesor Somellera de la legislación en sus variadas y valiosas fuentes. Así, de Asso y de Manuel, refiriéndose a la ley 1, tít. 13, Partida IV, reconocen como legítimos a los hijos de padres «casados verdaderamente según lo manda la Santa Iglesia». Igualmente se encuentran en el sistema normativo de la *Recopilación*, las leyes 1 y 10, tít. 8, L. 5 y a continuación expresan que los hijos naturales son los que no nacen de casamiento según la ley como se ve en la ley 11, tít. 15, Partida IV. El texto de la *Recopilación*⁷ no recoge lo afirmado por Asso y de Manuel, quienes dicen: «También será legítimo el hijo que se concibiese mientras se altercase en juicio este impedimento».⁸ Agregando «son fornecinos o nothos los que nacen de adulterio... los que no logran las ventajas de hijos legítimos».⁹

La ley IX de las Leyes de Toro claramente da fe:

Los hijos bastardos o ilegítimos de cualquier calidad que sean, no pueden heredar a sus madres ex testamento ni ab intestato, en caso, que tengan sus madres o hijo, o descendientes legítimos... y si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento por parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres ex testamento, ni ab intestato... Pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no más de lo que podían disponer por su ánima [...].¹⁰

Seguidamente, el texto de la *Recopilación* dice: «Sobre ello puede verse el Capítulo 8, libro 1, de las Instituciones escritas por Asso y Manuel; y lo dice Gómez en la ley 9 de Toro. Lo siguiente sírvanos de una regla general. No se debe dar al padre un poder, por cuyo ejercicio pierda el hijo, más que lo que pueda ganar el padre».¹¹

3. DE LA PATRIA POTESTAD.¹² MODOS DE ADQUIRIRLA¹³

La *Recopilación* define la patria potestad así: «El padre es respecto al hijo: padre y tutor. A ese señorío de tutela llamamos patria potestad. Ella consiste propiamente en un

⁶ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 230.

⁷ *Idem.*

⁸ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 70.

⁹ *Ibidem*, p. 71.

¹⁰ *Leyes de Toro*, comentadas por Antonio Gómez, Ley IX, p. 559.

¹¹ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 230.

¹² JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 71.

¹³ *Idem.*

dominio económico, que tiene el padre sobre el hijo. Las leyes dan al padre propiedad de ciertos bienes del hijo que le llaman bienes profecticios. El padre debe administrar los bienes de su hijo». ¹⁴

La partida IV, tít. 17, L. 1 define la patria potestad así: «el poder que han los padres sobre los hijos» y «en la ley 2 declara que esta potestad es propia del padre y no de la madre, ni de los parientes de esta... El padre tiene un dominio económico sobre el hijo legítimo y por este principio procede que deban administrar, guiar y defender, así en juicio, como fuera, los bienes adventicios de sus hijos, teniendo el usufructo de ellos y la propiedad de los profecticios». ¹⁵

El texto de la *Recopilación* no nos dice lo que sucede con los hijos en la milicia. Jordan de Asso y de Manuel reconocen «que lo que adquieren los hijos en la milicia o sirviendo en la Corte del Rey, es de ellos con toda propiedad». ¹⁶ Además la partida IV, tít 17, leyes 10 y 12 dicen: «Deben defenderlos en juicio ya sean reos o actores. Pueden obligarlos por el juez a que vuelvan a su tutela, y poder si son vagabundos». Y determina las «razones por las que puede el hijo que está en poder de su padre demandar o responder en juicio». ¹⁷ En cuanto a los hijos legítimos serán los que estarán «bajo la patria potestad, por legítimo matrimonio, los segundos son los legitimados por pedido de los hombres a los emperadores y reyes en cuyo señorío viven los hijos nacidos de barraganas». ¹⁸ También la patria potestad podía adquirirse cuando el hijo emancipado por gracia del padre, delinque contra él ingratamente. «Este delito debe probarse por palabra o hecho, que haya causado deshonor al padre, o si le fuere desobediente». ¹⁹

4. LA ADOPCIÓN

La adopción ha sido conocida por casi todos los pueblos: egipcios, hebreos, babilonios, en donde fue regulada jurídicamente por el código de Hanmurabí, y los atenienses. Entre los árabes no existía porque la poligamia no hizo necesaria la adopción verdadera. En Roma esta institución surgió como una necesidad en una sociedad autocrática que deseaba la perpetuación de la familia y el de su culto por considerar un deshonor no dejar descendencia. La adopción es una institución del *ius civile*.

La *Recopilación* reconoce que «de cuatro modos puede adquirirse la patria potestad: 1º Por legítimo matrimonio; 2º Por sentencia que declare ser hijo legítimo

¹⁴ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

¹⁵ Partida IV, tít. 17, leyes 1 y 2.

¹⁶ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], Partida IV, tít. 17, leyes 6 y 7, p. 72.

¹⁷ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 72.

¹⁸ Partida IV, tít. 15, Ley 4.

¹⁹ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 73, citan Ley 19, tít. 18, Partida IV.

aquel de quien esto se dudaba; 3º Cuando el hijo emancipado por gracia del padre, delinque contra él ingratamente; 4º Por adopción».²⁰

La adopción o porfinamiento (en romance) es una manera que establecieron las leyes por la cual según la ley 1, tít. 16, Partida IV pueden los «omes ser fijos de otros, maguer no lo sean naturalmente».²¹ Y continúa la *Recopilación*: «la adopción es de dos modos; o bien se adopta los que no están bajo otro poder, o bien los que están bajo la patria potestad de otros. Para que valga la adopción, es necesario el consentimiento del que ha de ser adoptado; si está en estado de ser *sui iuris*, se requiere el consentimiento expreso; pero para adoptarse el que está bajo la potestad de otro, basta su consentimiento tácito».²²

El texto no propone una definición completa de la adopción y que en el derecho castellano no faltaba como se ve en la Ley VII, tít. VII, Partida IV; en efecto, existe adopción cuando era el hijo sometido a la potestad paterna. La Partida además agrega «que ella se hacía con autorización judicial en presencia del padre natural».

En la *Recopilación* se omite también que las Partidas distinguían la adopción plena o perfecta de la menos plena o imperfecta ya tratada por la legislación justiniana. A propósito, recordaremos que en tiempos de Cicerón «se admite la adopción por testamento que le daba calidad de heredero al adoptado y el uso del nombre».²³ Ahora bien, «la forma que obtuvo mayor acogida fue la adopción en acta, extendida ante magistrado competente y expresiva del consentimiento de las partes (*adoptio per scripturam*)».²⁴

5. ARROGACIÓN

Sobre este tema la *Recopilación* solo dice «que la adopción necesita la autoridad suprema».²⁵ La arrogación es el acto por el cual un *sui iuris* adopta a otro *sui iuris*, «adquiriendo la condición de hijo del arrogante».²⁶ También es definida por la ley 7, tít. 7 de la IV Partida. A este tema no le ha propuesto otras definiciones el texto que se estudia. Este tipo de adopción requiere formalidades. El arrogante debe ser mayor de 60 años, y no tener hijos propios adoptivos. Esta es una forma de hacer nacer la patria potestad y además le daba continuidad familiar a quien carecía de ella. No está permitido arrogar a más de una persona.

²⁰ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

²¹ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 73.

²² DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

²³ CICERONE Giurisconsulto citado por COSTA, *Storia del Diritto Romano dalle origino alle compilación giustiniana*, 2da. Edic. Turín, 1925, vol. I.

²⁴ JUAN BENEYTO PÉREZ, *Capacidad, familia, Derechos Reales*, Barcelona, Librería Bosch, 1930, p. 126.

²⁵ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

²⁶ Faustino GUTIÉRREZ ALVIS, *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, Instituto Editoria Reus, 1948, p. 44.

6. IMPEDIMENTOS PARA ADOPTAR

En la *Recopilación* se cita que «la adopción debe imitar a la naturaleza». El que atendida esta no puede ser padre de aquel a quien va a adoptar, no puede adoptarlo. Ya la ley 2, tít. 16, Partida IV dice que solo puede profijar el que no esté bajo otra potestad. A continuación la *Recopilación* dice «de aquí es, que no puede hacerlo el que tiene una imposibilidad física, no proveniente de enfermedad o de otra desgracia; como tampoco aquel que no tiene una mayoría competente respecto del prohijado».²⁷ Jordán de Asso y Manuel recogen la ley 2, tít. 16, Partida 4, la que dice que sea mayor de diez y ocho años el que ha de ser profijado; que no tenga impedimento natural para tener hijos; por lo que si este impedimento se ha seguido de enfermedad o desgracia, no podrá profijar».²⁸

7. INHABILIDAD DE LA MUJER PARA ADOPTAR

El texto de la *Recopilación* dice que «la mujer no puede adoptar, a no ser en el caso de haber perdido el hijo en servicio de la patria; pero esta adopción nunca tendrá por efecto la potestad patria, que no puede recaer en la mujer».²⁹ Debe recordarse que, en cuanto a la inhabilidad de la mujer, las Partidas precisan que «la mujer carece de natural autoridad paterna» salvo excepciones previstas por la ley y también mediando el consentimiento del rey: ley 2, tít. XVI, Partida IV. Jordán de Asso y de Manuel señalan que «no puede profijar la mujer, a no ser que sea por alivio y consuelo, habiendo perdido un hijo en el servicio del Rey, o de algún Consejo; pero ha de intervenir autoridad Real».³⁰ Nada dice la *Recopilación* que el emperador Diocleciano lo permitió a una pobre madre que se la habían muerto los hijos.³¹

8. EDAD PARA ADOPTAR

La *Recopilación* nos dice que «Como la adopción necesita el consentimiento tácito o expreso del adoptado lesiona que el joven menor de siete años, siendo huérfano, no puede ser adoptado; como ni tampoco el mayor de siete años hasta catorce, sin perfecto consentimiento de las ventajas que han de venirle, y el otorgamiento de la autoridad suprema». En cuyo caso se requiere a más que el que hace la prohijación asegure la devolución de los bienes del adoptado a sus sucesores, caso de morir antes de los catorce años».³² El texto no es lo suficientemente explicativo pues en la adopción debe

²⁷ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

²⁸ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 73.

²⁹ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

³⁰ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 73.

³¹ C., de Adop. T. VIII, 48.

³² DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

intervenir el otorgamiento Real como lo afirma la Ley 4, tít. 16, Partida 4. Asso y de Manuel confirman el texto de la *Recopilación* en cuanto a la devolución de los bienes del adoptado.³³

Y continúa el texto: al prohijamiento del pupilo, el tutor «ni el curador no podían prohijar a su pupilo a no ser después que haya salido de la minoridad».³⁴ La ley 6, tít. 16, Partida IV exigía que el adoptado tuviera veinticinco años cumplidos. Asso y de Manuel recogen la ley y sostienen al respecto «que el tutor no pueda profijar al mozo, que tiene guarda, por la sospecha en que podría caer; y solo lo podrá hacer teniendo el mozo 25 años, y con licencia real».³⁵ Las leyes 7, 8 y 9, tít. 16, Partida IV completan la solemnidad del prohijamiento pues afirman «que causa el efecto de que el profijado esté bajo la potestad del profijador, lo mismo que en los hijos legítimos; bien con alguna diferencia por lo que pertenece a la sucesión».³⁶

9. TERMINACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD

En la parte final de la *Recopilación* agrega que «la patria potestad se acaba por la muerte natural, por la proscripción, por la dignidad del hijo, y por la emancipación. También por el casamiento del hijo, exigiendo la ley de la velación».³⁷ Al hablar de la muerte natural se entiende en este caso que el hijo «recaería bajo la potestad del abuelo, según la ley 1, tít. 18, Partida 4 aunque por derecho de la *Recopilación* procederá otra cosa».³⁸

A la proscripción pertenece «el destierro perpetuo del padre a una isla u otro lugar cierto, que la deportatio de los romanos».³⁹ El otro destierro se refiere «a la condenación a las obras públicas, minas».⁴⁰

El tercer modo de perder la patria potestad es cuando el hijo es encerrado para siempre. Según la Ley 3, tít. 18, partida IV habla de los que se destierran por tiempo determinado o para siempre, no confiscándoles los bienes, que son relegados.⁴¹ Las partidas en las leyes 17 a 25, tít. 18, Partida IV hablan también de doce dignidades, hoy día no se conocen pero, generalmente que tengan anexa jurisdicción «y toda dignidad eclesiástica es bastante para sacar al hijo de la patria potestad».⁴²

³³ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 74.

³⁴ DÍAZ-MELLÁN [1], p. 231.

³⁵ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 74. Se citan la Partida IV, tít. 8, Ley 15; Aut. 20, tít. 9, Ley 3.

³⁶ *Idem.*

³⁷ DÍAZ-MELLÁN [1], p. 231.

³⁸ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 75.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ Véase Partida IV, tít. 18, Ley 2.

⁴¹ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 75.

⁴² *Idem.*

Recogiendo las Partidas y los Autos Acordados del Consejo dicen en efecto Asso y de Manuel que «la emancipación se haga ante juez ordinario... y dando cuenta al Consejo; que delante del padre e hijo manifiesten su voluntad el uno de querer emancipar, y el otro de ser emancipado; que siendo el hijo menor de siete años, puede el padre pedir al Rey le otorgue licencia para emanciparlo y sin este otorgamiento, el juez del lugar donde esté el padre, no podrá actuar la emancipación; la cual en este caso puede hacerse no estando presente el hijo; pero si fuese mayor de siete años, a más autoridad Real, se requiere que el hijo otorgue ante el juez querer emanciparse».⁴³

Por último, en la *Recopilación* se lee que la patria potestad se acaba «también por el casamiento del hijo, exigiendo la ley la velación».⁴⁴

En efecto, Asso y de Manuel, recogiendo el derecho castellano, dicen «que los hijos casados o velados se tienen por emancipados en virtud de lo cual, los hijos que tuvieren no deberán recaer bajo el poder del abuelo, muerto ellos; pues en el mismo acto de casarse quedaron fuera de la patria potestad».⁴⁵

10. CONCLUSIÓN

Los temas que ofrece la *Recopilación* sobre el derecho de las personas, «de los hijos y los padres» han sido tratados como enunciados y/o con explicaciones breves. Probablemente para obligar a los alumnos a profundizarlos, pues al referirse a los hijos el profesor dice: «puede verse el capítulo 8, Libro 1, de las Instituciones escritas por Asso y de Manuel y la Ley de Toro IX comentaba por Gómez».

El texto estudiado corresponde al estilo de las clases de derecho civil de Pedro Somellera. No puede atribuírsele defectos en cuanto a sus afirmaciones conceptuales y ellas han permitido, además, reconocer que el derecho enseñado es el castellano-indiano y como ha sucedido en el resto de América aproximadamente durante la primera mitad del siglo XIX. En Argentina el derecho castellano-indiano reguló las instituciones jurídicas hasta que se inicia la independencia jurídica al entrar en vigencia el Código Civil de Dalmacio Vélez Sársfield el 1º de enero de 1871.

Los temas estudiados representan un testimonio importante de la época pues a través de dichos apuntes, o bien copia ordenada por algún abogado, se puede conocer la formación y enseñanza que se estaba impartiendo a los aspirantes a ser abogados en la joven universidad de Buenos Aires.

⁴³ *Idem.*

⁴⁴ DÍAZ-MELIÁN [1], p. 231.

⁴⁵ JORDAN DE ASSO y MANUEL [5], p. 75.