

lugar, más bien que parientes quizás más próximos, pero que con motivo de su alejamiento no podrían juzgar con conocimiento de causa si el menor es ó nó capaz? A falta de parientes, los mismos amigos serían más competentes.

¿Habría un recurso contra la deliberación del consejo de familia, que concede ó rechaza la emancipación? Hemos examinado la cuestión en el título de la *Tutela* (1).

CAPITULO III.

DE LA CURATELA.

208. El código civil nada dice de la curatela, sino como de paso, por decirlo así; el art. 480 asienta que la cuenta se rendirá al menor emancipado, asistido de un curador que le nombrará el consejo de familia. De aquí una gran diversidad de pareceres entre los autores. Se pregunta si n hay una curatela legal, como hay una tutela legal (1). Si se coloca uno en el terreno de los principios, la cuestión tiene por qué sorprender. ¿Puede haber una curatela legal, es decir, establecida por la ley, cuando no hay ley? ¿Quién sería este curador legal? ¿El padre ó la madre que emancipa? ¿los ascendientes? Para esto se necesitaría un texto que declarase aplicables á la curatela las disposiciones del código acerca de la tutela. En el silencio absoluto de la ley, es de toda evidencia que no puede tratarse de una curatela legal.

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra *minoría*, número 791.

1 Véase el tomo 4º de mis *principios*, núm. 470.

Es igualmente evidente que los autores que admiten una curatela legal hacen la ley. Uno de ellos, y es el más lógico, decide de propia autoridad, que todas las disposiciones sobre la tutela reciben de derecho pleno su aplicación á la curatela; á los ojos de Dalvincourt, el silencio de la ley equivale á la ley. Se le contesta, y perentoria es la respuesta, que si hay silencio del código sobre la curatela, no puede ser cuestión de curatela legal. Pero no hay silencio del código sobre la curatela; acabamos de transcribir el artículo que establece una curatela dativa. Esto es suficiente para decidir la cuestión. Otros autores dan la curatela legal á los padres y la rehusan á los ascendientes, y ¿con qué derecho? Algunos hay que no quieren más curador legal que el padre y ¿con qué derecho? Creemos inútil entrar en la discusión de estas opiniones. Desde el momento en que se admite una curatela legal sin ley, es inevitable que cada autor haga á su gusto la ley. Nosotros no creemos que el intérprete pueda ocupar el lugar del legislador. La ley ha hablado, tenemos un texto, luego hay que ceñirse á él. Es imperfecto el texto, es la verdad, pero no incumbe al intérprete corregirlo. Luego no hay curatela legal.

209. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitir una excepción: y es que el marido es de derecho curador de su mujer (1). Una excepción que consagra una curatela legal cuando, por regla general, no la hay, supone que existe un texto, porque jamás hay excepción sin texto. El antiguo derecho que se invoca no es suficiente; es una probabilidad en favor de la opinión general, pero una probabilidad no es una ley. Se cita el art. 506, que dice: «El marido es de derecho el tutor de su mujer incapacitada.»

1 Véase la doctrina y la jurisprudencia en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 792. Fallo del tribunal del Sena, de 2 de Diciembre de 1853 (Dalloz, 1854, 5, 293). Hay que agregar una sentencia, de 4 de Febrero de 1863 (Dalloz, 1863, 1, 395).

Este es un argumento de analogía que tiene su valor, pero repetiremos que las excepciones no se establecen por vía de analogía.

El art. 2208 es el verdadero asiento de la materia. La ley supone que un acreedor persigue la expropiación de los inmuebles de la propiedad de la mujer; quiere la ley que las diligencias se dirijan contra el marido de la mujer. ¿Con qué título interviene el marido? No es para autorizar á su mujer, porque con tal calidad el marido no debe intervenir en el acto jurídico, ni en el litigio concerniente á su mujer; ahora bien, lo que sigue del artículo prueba que la ley exige la asistencia del marido. Si el marido se rehusa, continúa el art. 2208, á proceder con su mujer menor, se nombra á la mujer un *tutor* contra el cual se ejerce el procedimiento. Luego cuando el marido procede con la mujer hace veces de dicho *tutor*. Esta expresión de *tutor* es inexacta, porque la ley ha querido decir *curador*. En efecto, el marido no puede hacer las veces de *tutor*, supuesto que la mujer casada no está bajo su tutela; no puede ser más que un *curador*. Luego, dícese, la ley supone que el marido es el curador de su mujer. El argumento no es decisivo. El art. 2208 es una disposición especial relativa á la expropiación. ¿Puede inferirse como regla que el marido es el curador legal de su mujer? Muy difícil nos parece esto, tanto más cuanto que el código ni siquiera pronuncia la palabra *curador* en el art. 2208. Pero si el marido no es el curador legal de su mujer ¿será preciso que la mujer tenga un curador nombrado por el consejo de familia?

Nosotros creemos que no hay para qué nombrar un curador á la mujer casada, y que no puede decirse tampoco que el marido sea su curador legal. ¿Por qué debe tener el menor emancipado un curador? A causa de la inexperience de su edad, necesita guía y consejo. La mujer casa-

da no necesita de un curador para guiarse y aconsejarse; el marido debe autorizarla para todos los actos jurídicos. Esta es una protección más eficaz que la curatela. El curador sólo interviene en algunos actos; mientras que el marido debe dar á su mujer una autorización especial para todos los actos que ella quiere ejecutar. Esta autorización por más que difiera de la asistencia, equivale á ella, supuesto que el marido y, á rehusarlo él, la justicia, no la da sino con perfecto conocimiento de causa. Debiendo estar autorizada la mujer, es inútil que además esté asistida. Esto explica el silencio del código acerca de la curatela legal de la mujer casada; no habla de ella porque es inútil hacerlo. Hay, sin embargo, un régimen en el cual la mujer puede ejecutar actos de administración y aun disponer de su mobiliario sin autorización marital. Si una mujer menor está separada en bienes ¿quién la asistirá cuando vaya á ejercitar un acto de administración? Deberá estar asistida de un curador, y como toda curatela es dativa, el curador deberá ser nombrado por el tribunal ó por el consejo de familia, porque se trata de un curador *ad hoc*.

¿Se nos echará en cara lo que á menudo decimos á los autores? ¿Se dirá que hacemos la ley? Nosotros contestaremos que invocamos el texto del código. Nosotros lo invocamos para dar validez á los actos que la mujer casada ejecuta con autorización marital. Cuando el marido ha autorizado á su mujer, ¿se necesita además de la asistencia de un curador nombrado por el consejo de familia? Si el consejo nombrase curador al marido, el debate se reduciría á una cuestión de palabras: el marido asistiría y autorizaría, y en realidad, los dos actos vendrían á confundirse. Si el consejo nombrase curador á persona que no fuese el marido, se vendría á parar ó en una asistencia inútil si el curador no hiciese mas que aprobar lo que el marido ha aprobado

ya, ó un conflicto insoluble si el curador y el marido estuviesen desacordes. La más sencilla vía para salir de tales embarazos ¿no es la de conformarse con la autorización marital? El art. 2208 viene en apoyo de esta opinión; pone en la misma línea la asistencia del *tutor*, ó si se quiere del curador, y la autorización del marido; y á decir verdad, estos dos actos aunque no sean idénticos, tienen el mismo objeto.

210. Si no hay curatela legal, no hay, por la misma razón, curatela testamentaria. En una materia de orden público, todo debe basarse en la ley. Es cierto que el último de los padres que muere, no habría tenido el derecho de nombrar un tutor por testamento, si el código no le hubiese conferido expresamente ese derecho. Luego también se necesitaría un texto para darle el derecho de nombrar un curador. ¿Se dirá que hay una razón de analogía? Cuando se trata de un interés general, tal como el orden público, la argumentación por analogía no es admisible sino cuando hay absoluta identidad de razón. Ahora bien, esto no es el caso que estamos tratando. El último de los padres que muere no puede nombrar un tutor sino cuando ejerce la tutela legal; delega entonces á un amigo poderes que debe á la naturaleza. Mientras que el padre, si es curador, debe su mandato al consejo de familia, y no puede delegar una autoridad que no ejerce sino como mandatario. Con mayor razón el padre no puede, viviendo, nombrar un curador al hijo que él emancipa (1).

Nuestra conclusión es que toda curatela es dativa y debe emanar del consejo de familia. Esta opinión no se halla al abrigo de toda objeción. Hay una de éstas que se funda en el texto del código. La única disposición que habla del

¹ *Caen*, 27 de Junio de 1812 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 791).

nombramiento del curador, es el art. 480; y este artículo supone que él se nombra al curador para que reciba la cuenta de la tutela. Lo que implica que el menor está en tutela. Si sus padres viven y si está emancipado, no hay cuenta de tutela que recibir; luego no hay lugar, se dice, para aplicar el art. 480, y no hay otro que aplicar. ¿Qué consecuencia se deriva de esto? Que el padre es tutor legal (1). Esto es lo que en legítimo derecho pudiera llamarse una interpretación judaica. Es verdad que con motivo de la rendición de cuentas de tutela es cuanto la ley habla del nombramiento del curador. ¿Quié debate decir esto que el curador no debe ser nombrado sino cuando el menor está en tutela? La consecuencia lógica que debe sacarse del art. 480 es, al contrario, que el curador no puede ser nombrado sino por el consejo de familia, supuesto que aquél es el único artículo que se ocupa de este nombramiento.

¿En dónde debe formarse y convocarse el consejo de familia? La corte de casación aplica á la curatela su jurisprudencia sobre el domicilio de la tutela, y decide, en consecuencia, que el consejo de familia debe formarse, no en el domicilio actual del menor, sino en el domicilio que él tenía cuando se abrió la tutela. Esta extensión de un principio que ni siquiera está escrito en la ley, nos parece inadmisibles. La corte dice que las reglas de la tutela se derivan de los mismos principios y de las mismas disposiciones de la ley (2). Semejante asimilación, y en términos tan absolutos, es inexacta. La curatela puede abrirse, y ordinariamente se abre en vida de los padres, cuando jamás ha habido tutela. ¿Cómo, pues, habría un domicilio de la tutela? Supuesto que la ley enmudece, ¿no es más jurídico ceñirse al princi-

1 Marcadé, t. 2º, p. 268, art. 480 núm. 2.

2 Sentencia de denegada apelación, de 17 de Diciembre de 1849 (Daloz, 1850. 1, 77).

pio general, en virtud del cual todos los actos extrajudiciales se hacen en el domicilio de la persona á quien dichos actos conciernen?

211. ¿Quién puede ser nombrado curador? La ley deja la mayor amplitud al consejo de familia para la elección que debe hacer. Según el proyecto del código civil, las funciones de curador deberíalas desempeñar necesariamente el antiguo tutor. Se suprimió tal disposición, porque, por interés del menor, el consejo debe estar libre para escoger al curador que sea más conveniente. Las más de las veces será el antiguo tutor, si se ha mostrado digno de la misión que tenía confiada. El art. 485, que quiere que la cuenta de tutela se rinda al menor asistido por su curador, no es obstáculo á que al tutor antiguo se le encargue la curatela; se podrá nombrar un curador *ad hoc*, como debe hacerse en todos los actos en que los intereses del curador estén en oposición con los del menor emancipado (1).

El código civil nada dice de las causas de excusa, de incapacidad y de exclusión. ¿Débese, en el silencio de la ley aplicar á la curatela las disposiciones que rigen la tutela? La cuestión es debatida y es dudosa. En cuanto á las excusas; se presenta una primera dificultad, ¿la curatela es un cargo obligatorio? Esto mismo se debate (2). No hay más que un principio que pueda guiarnos, y éste es el de la analogía. La tutela es un cargo obligatorio. ¿Por qué? Porque es un cargo público, en el sentido de que la sociedad tiene el deber de proteger á los que no pueden protegerse á sí mismos. Este motivo se aplica evidentemente á la curatela tanto como á la tutela; si no fuese obligatoria, el menor

1 Ducanroy, *Comentarios*, t. 1º, p. 494, núm. 687. Sesión del consejo de Estado, de 6 brumario, año XI, núm. 8 (Loché, t. 3º, p. 393).

2 Véanse las diversas opiniones en Daloz, en la palabra *minoría*, número 795.

emancipado podría hallarse sin curador, lo que es absurdo. Viene ahora la cuestión de las excusas. Aquí no puede decirse que haya el mismo motivo para decidir; las funciones del tutor son mucho más difíciles y más onerosas que las del curador; por lo tanto, el curador no puede prevalerse de las excusas que se han establecido en favor del tutor. Esto equivale á decir que podrá haber excusas de hecho tomadas á la tutela, pero el consejo de familia no estará obligado á aplicarlas. Quedan las causas de incapacidad y de exclusión. En este punto, hay analogía completa: ¿se concibe que el curador designado á un menor sea él mismo un menor? ¿Se concibe que el que ha sido restituido de la tutela venga á ser curador? Queda, no obstante, una duda. ¿Pueden extenderse incapacidades y causas de exclusión que por su naturaleza son infamantes? Nó. Luego hay un vacío, y no atañe al intérprete colmarlo. El buen sentido y el sentido moral del consejo de familia suplirán al silencio de la ley.

CAPITULO IV

DE LOS EFECTOS DE LA EMANCIPACION.

SECCION I.—*En cuanto á la persona del menor.*

212. El menor emancipado queda libre de la patria potestad y de la tutela; luego, en cuanto á su persona, es asimilable á un mayor. Cierto es que queda bajo curatela; pero la curatela no es concerniente á los bienes, y en nada limita la libertad que la emancipación da al menor. La misma ley marca esta diferencia que ella establece entre el menor emancipado y el menor no emancipado; éste tiene un domicilio legal, signo de la dependencia en que se encuentra, mientras que el otro ya no tiene domicilio legal; es decir, que ya no es dependiente, que es libre. Hace de su persona lo que quiere.

Hay, sin embargo, algunas diferencias entre el menor emancipado y el mayor. El menor, aunque emancipado, no puede casarse sin el consentimiento del consejo de fami-