

poteca. (1) La razón también es mala porque el art. 44 no da ese poder al testador sino para los legados que hace. Y la hipoteca testamentaria depende de la voluntad del testador. ¿Acaso la hipoteca legal depende, sobre lo que sea, de la voluntad de las partes interesadas? No insistimos más; si hemos hablado de la cuestión es para enseñar á lo que conduce el lenguaje inexacto en esta materia. Se empieza por asimilar la hipoteca legal á la hipoteca convencional, después se da al testador un poder que le niegan la ley y los principios, confundiendo la hipoteca legal con las hipotecas que dependen de la voluntad del deudor (núm. 320).

320. ¿Puede reemplazarse la hipoteca legal por otras garantías? Se asombra uno de ver sentadas tales cuestiones y más aún el ver que las resuelven afirmativamente. En la especie se trataba de la tutela de un interdicto. El tutor había empleado una gran parte de la fortuna del interdicto en compras de inmuebles y en rentas del Estado. En cuanto al excedente de las rentas, dice el tribunal, está bastante protegido por la posición social del tutor, extraño á las operaciones comerciales, por las medidas del empleo y entrega de estados anuales prescriptos para el tutor, agregándose á la oferta subsidiaria de éste de consignarles los créditos ó valores de la Bolsa hasta concurrencia de 2000 francos en garantía de su gerencia. El tribunal acepta dicha oferta y decide que en la especie una inscripción hipotecaria sería una medida negatoria. ¿Cómo motivan los jueces esta decisión? La inscripción hipotecaria forma el principio; pero el tribunal aprecia las circunstancias particulares que puedan dispensar la hipoteca legal. (2) Aquí hay una confusión de ideas. La facultad de dispensar supone que el menor no tiene necesidad de una garantía; y en la especie

1 Cloes, t. II, p. 229, núm. 1285, según Pont, t. I, p. 593, núm. 545.

2 Sentencia del Tribunal de Namur de 5 de Julio de 1875 (Pasirisia, 1876, 3, 49).

el tribunal prescribía garantías; las juzgaba, pues necesarias; queda por saber si le tóca á él contentarse con otras garantías que las que la ley da á los menores é interdictos. Sentar la cuestión es resolverla. La hipoteca legal es esencialmente de orden público, puesto que está establecida en garantía del interés de los incapaces (núms. 187-243). Y sólo el legislador puede establecer las garantías que juzgue necesarias á las personas que en razón de su incapacidad no puedan por sí vigilar sus intereses. El texto mismo de la Ley Hipotecaria lo prueba. Cuando el tutor no tiene inmuebles ó los que tenga sean insuficientes no puede haber hipoteca legal ó la hay insuficiente; en este caso no se trasporta la ley á los tribunales para determinar las seguridades que deba ministrar el tutor? Nó, el legislador mismo las ha organizado. El sistema de la ley, es pues, éste. Há lugar á inscribir los bienes del tutor; el consejo de familia debe hacerlo, no puede aceptar ninguna otra garantía. La inscripción hipotecaria es inútil, no há lugar á exigir otras seguridades. Es insuficiente; la ley ordena lo que debe hacerse.

§ IV.—DEL ESTADO DE LAS TUTELAS Y DE LA VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

*Núm. 1. Del estado de las tutelas.*

321. El art. 63 hace intervenir la autoridad judicial para asegurar la ejecución de las medidas que prescribe para la especificación de la inscripción de la hipoteca del menor. Esto es una disposición de la más alta importancia. No se puede contar con los consejos de familia; la indiferencia de los parientes iguala su ignorancia. Al imponer los deberes múltiples en materia de tutela el legislador, por su parte, contrae la obligación de cuidar de que los hombres estén interesados en sus deberes y que sus sentimientos morales

estén desarrollados á la vez que su inteligencia. ¿Por qué debe agregarse que nuestros legisladores han descuidado enteramente la necesidad de la instrucción y de la educación nacionales? En Bélgica la han abandonado á la Iglesia; es decir, al clero, interesado en mantener la ignorancia, fundamento de su dominio; y en cuanto á la educación estos singulares maestros no tienen más cuidado que crear hombres que sean ciegos instrumentos de su poder. ¡Después de esto se tiene gracia en apelar á la conciencia y abnegación de las familias! Es porque estas conciencias no están ilustradas por lo que los consejos de familia sacrifican tan fácilmente los intereses de los incapaces á consideraciones personales.

Debe tenerse esta teoría en consideración. Los autores de la Ley Hipotecaria han hecho más bien en someter á los consejos de familia y aún á los jueces de paz al registro de la autoridad judicial. Este es el único medio de dar á los menores garantías serias.

322. «En la secretaría de cada juzgado de paz se llevará un estado, bajo la vigilancia y responsabilidad personal del secretario, para todas las tutelas abiertas en el cantón» (núm. 63). La ley declara responsable al secretario. ¿Para con quién? Sólo puede ser para con el menor. Si el secretario descuida de cumplir los deberes que la ley le impone la vigilancia y la acción de la autoridad judicial no podrán ejercerse útilmente en favor de los menores; éstos no gozarán, por tanto, de las garantías hipotecarias que la ley quiso asegurarles. De ahí una acción en responsabilidad. La ley no declara responsable al juez de paz; sin embargo, en caso de negligencia el magistrado es el verdadero culpable, pues debe conocer las leyes y se le enseña respetarlas, mientras que los secretarios la ignoran amenudo. Si los jueces de paz no incurrían en responsabilidad civil son moralmente responsables; es necesario que los tribunales los llamen

á la orden si se descuidan. Volveremos á este punto, uno de los más delicados en la aplicación de la ley.

323. «Este estado contendrá la fecha de la apertura de las tutelas, los nombres, apellidos y domicilios de los menores, interdictos y tutores y subrogados tutores.» La ley no habla de los dementes colocados en un hospicio ó en una casa de salud; como el administrador que se les nombre reemplaza al tutor está comprendido en todas las disposiciones de la ley relativas á los interdictos y menores. Hubiera sido bueno haberlo dicho. El Gobierno puede llenar el vacío, puesto que tiene el derecho de promulgar decretos por la ejecución de la ley.

El estado de las tutelas debe indicar «la fecha y el resumen de las deliberaciones de los consejos de familia relativos á la hipoteca legal de los menores ó interdictos, la fecha de las inscripciones que se habían tomado ó la mención de las causas por las que no se hubieren tomado.» Cuando la discusión de la ley se hizo observar que los secretarios no pueden saber si fué tomada la inscripción, á no ser de ir á verlo á la oficina de conservación de hipotecas; lo que hubiera complicado la ejecución de la ley. Una circular de 11 de Marzo de 1852 rectificó la objeción ordenando á los secretarios comunicar en el corriente del último mes de cada trimestre el estado de las tutelas al conservador de hipotecas de la jurisdicción en que están situados los inmuebles gravados con la garantía de los menores. Los conservadores indicarán en ellos las fechas de las inscripciones tomadas.

Falta un pormenor que se puede fácilmente obtener por la comunicación del estado de tutelas de los secretarios de los tribunales de primera instancia: es la mención de las oposiciones hechas contra las determinaciones de los consejos de familia y las decisiones pronunciadas por los tribunales. Como se reconoce á los jueces de paz el derecho de formar oposición es bueno comprobar, si hacen uso de él,

la causa de su oposición y las decisiones que recibiera. Esto sería una comprobación de la acción de los jueces de paz y, lo repetimos, es sólo con los tribunales con los que se puede contar.

324. Cada año, en el corriente de Diciembre, el secretario dirigirá, bajo su responsabilidad, al Procurador del Rey de su jurisdicción copia entera del estado de las tutelas abiertas en el año, y para los demás la simple indicación de los cambios sobrevenidos en el año corriente relativos á la hipoteca legal, á su inscripción ó á los depósitos que la falta ó insuficiencia de inmuebles hubiera necesitado.

Nos parece que mejor hubiera sido enviar estos informes en el mes de Enero para el año venidero; según la ley pudiera suceder que se abrieran tutelas después de mandado el estado; de modo que no se harán menciones de éstos ni en el año ni en el siguiente.

325. «Los secretarios de los juzgados paz que no cumplan con el presente artículo, independientemente de las penas disciplinarias, serán castigados con una multa que no excederá de 100 francos. Podrá doblarse en caso de reincidencia. Estas penas se aplicarán por los tribunales civiles.»

326. Es el Procurador del Rey quien requiere la aplicación de las penas. ¿Pero esta demanda debe hacer constar la contravención y exigir el estado de tutelas? ¿Y si el Procurador General descuida recordarle su deber? Estas suposiciones están permitidas, puesto que llegamos á saber por la tesis de un joven magistrado que en la jurisdicción de tal tribunal no hay casi ningunas inscripciones hipotecarias en favor de los menores. (1) En una circular de 30 de Diciembre de 1856 el Ministro de Justicia ha pedido que se le mande un cuadro con informes acerca de la aplicación de

1 Timmermáns, p. 18, nota 30. Cloes y Bonjeán, Jurisprudencia de los tribunales, t. XXV, p. 910.

los arts. 49 y siguientes de la Ley Hipotecaria. ¿Le fueron enviados estos cuadros? ¿Por qué no se publicaron? ¿Se exige el envío anual de estos informes? Deberá hacerse esta información permanente y regularmente, y para que fuera eficaz debiera publicarse sin ninguna reserva; no se debe tener consideración para los que descuidan sus deberes, y se trata de deberes que interesan á la sociedad, puesto que el objeto del art. 63 es dar una garantía seria á los incapaces.

*Núm. 2. De la comprobación de la autoridad judicial.*

327. El art. 63, después de haber dicho que los secretarios deben enviar una copia del estado de tutelas al Procurador del Rey en el corriente de Diciembre, agrega: «En el mes de Enero siguiente el Procurador del Rey someterá este estado al tribunal que, por informe de uno de sus miembros en Sala de Consejo, estatuirá lo que sea de derecho, tanto de oficio como de requisición del Ministerio Público.» Esta disposición suscita muchas dificultades. Hay desde luego una cuestión preliminar: ¿es todo el tribunal ó sólo la Sala Civil la que está llamada á examinar los estados de tutelas y á estatuir? La ley está interpretada en diversos sentidos por varios tribunales. Es de desear que el tribunal pronunciara en salas reunidas; la comprobación tendría así una autorización mayor. Pero la ley no lo exige; desde luego hay que tomar la palabra *tribunal* en su sentido habitual; es decir, como sinónimo de sala civil. (1)

328. Hay una dificultad más grave: el art. 60 dice que el tribunal *estatuirá lo que sea de derecho*. ¿Qué sentido tiene esta disposición? ¿Qué poder da al tribunal? ¿Estatuye el tribunal por vía de disposición general y reglamentaria aplicable á todos los jueces de paz y obligatoria aun en el

1 Timmermáns, p. 89, núm. 151.

porvenir? Acerca de este primer punto no hay ninguna duda. El art. 5 del Código Napoleón prohíbe a los jueces pronunciar por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que estén sometidas á ellos; esta es una prohibición de orden público, porque tiende á la división del poder; sólo el legislador y el Rey, en el límite de sus atribuciones, pueden formar leyes y reglamentos; es de la esencia del poder judicial disponer por vía de decisión individual y particular. ¿Se puede admitir que el art. 63 deroga una regla tan fundamental? Seguramente el texto no da este poder á los tribunales; dice que los jueces estatuirán lo que sea de derecho; es decir, conforme á la ley que rige la hipoteca legal de los menores; aplican la ley, no la hacen. Hay un camino general, el tribunal puede señalar la necesidad y llamar la atención del Gobierno sobre lo que sería útil hacer, pero no puede hacer reglamentos. El artículo 63 quiere que se transmita una expedición de la *decisión* á los jueces de paz relativos; esto implica que se trata de una decisión especial relativa al estado de la tutela de tal cantón; si el tribunal procediera por vía de disposición general debería comunicar las medidas reglamentarias que diera á los jueces de paz de las jurisdicciones; esto ya no sería una *decisión* sino un reglamento, y la ley le da sólo el poder de dar *decisiones*. Este es el sentido en que los tribunales han interpretado la ley. (1)

329. Los tribunales no deben, pues, dar decisiones particulares é individuales. ¿Tienen en sus límites un poder discrecional? Esto es dudoso; la ley dice que estatuirán lo que es de *derecho*; ¿pero qué cosa es de *derecho*? Es muy difícil precisarlo. Se lee en el informe de M. Lelièvre. «El tribunal de primera instancia estará llamado á ejercer una *sobre vigilancia regular* en los actos de los jueces de paz y *asegu-*

1 Timmermans, p. 91, núms. 152 y 153. Hay una sentencia en sentido contrario de M. Schuermans (Timmermans, núm. 154).

*rarse* de la ejecución escrupulosa de la ley.» Esto también es muy vago. ¿Cuando esté seguro el tribunal de que la ley no ha sido ejecutada qué decisión tomará? M. Lelièvre ha contestado en el curso de la decisión: «El art. 63 impone una *vigilancia* al juez de paz, pudiendo hacérsele *observaciones* si no cumple de un modo conveniente con las obligaciones que la ley le impone, si ha obrado con negligencia al vigilar los actos de su secretario.» (1) ¿Son estos extrañamientos un reproche? Sería esto el ejercicio del poder disciplinario, y los tribunales no tienen en principio este poder sobre los jueces de paz. Y si la ley ha querido dárselo en nuestra materia ¿no debió haberlo dicho de un modo terminante? Somete á los secretarios á una multa y á la acción disciplinaria y no habla de la acción disciplinaria ni de pena en lo relativo á los jueces de paz. ¿Se debe concluir que el legislador se trasladó al derecho común?

330. El tribunal debe, pues, limitarse á dar decisiones en interés de los menores cuyos derechos no han sido suficientemente resguardados. De este modo el estado de las tutelas le enseña que los consejos de familia no han deliberado sobre la especificación de la hipoteca legal; ordenará al juez de paz convocar los consejos y vigilar que se cumpla la ley. El estado menciona las dispensas de inscripción que no están suficientemente justificadas; el tribunal ordenará además al juez de paz provocar una nueva deliberación. (2) ¿Se debe ir más lejos y permitir al tribunal decidir por sí mismo? Se sostuvo esta opinión ante la Corte de Casación por el Abogado General M. Mesdach. (3) En principio se la puede admitir, pues se dice que el tribunal *estatuirá* lo que sea de *derecho*; la ley da el poder de decidir en interés del menor.

1 Lelièvre, informe (Parent, p. 132). Discursos en la sesión de 7 de Febrero de 1851 (Parent, p. 329). Timmermans, p. 95. Beckers, 112, núm. 98.

2 Cloes, t. II, p. 241, núms. 1308 á 1310. Timmermans, p. 98, núms. 157 y 158.

3 Pasierisia, 1874, 1, 95 y siguientes.

Pero de hecho el tribunal estará muy amenudo en la imposibilidad de decidir indirectamente, porque no posee los elementos legales en los que deba apoyar su decisión. Lo que pasará en todos los casos en que no haya habido deliberación; ¿decidirá el tribunal que se deba hacer una inscripción? No sabe si há lugar á hacerla ni si el tutor tiene bienes ni sobre cuáles conviene requerir la inscripción. Sucede lo mismo si el consejo de familia ha decidido que no había lugar á especificar la hipoteca; el tribunal puede declarar que se haga la inscripción, pero ¿por qué cantidad y sobre qué bienes? No teniendo el tribunal los antecedentes necesarios; estará forzado á trasladarse al consejo de familia y al juez de paz, salvo que se exija que éste dará cuenta de la deliberación al consejo.

331. El art. 63 supone que el tribunal hace su comprobación cuando el examen que hace cada año del estado de las tutelas. ¿Es esto una condición del ejercicio del poder con que la ley inviste á los tribunales? Nó, seguramente; la condición no tendría razón de ser. Si por la homologación pedida el tribunal se apercibe que no se ha ejecutado la ley puede y debe estatuir inmediatamente, porque cuando se trata de una garantía hipotecaria la eficacia depende de la fecha de la inscripción; interesa, pues, especificar é inscribir la hipoteca lo más pronto posible. Hay una sentencia en este sentido de la Corte de Gante. (1)

332. El art. 63 contiene además otra disposición relativa á la ejecución de las decisiones tomadas por el tribunal. Si há lugar se dará una copia á los jueces de paz á que corresponda; la ley agrega que la copia puede comprender toda la decisión ó una parte de ella. ¿Por qué la ley dice *si há lugar*? Si el estado de las tutelas se ha llevado exactamente y se ha ejecutado la ley como debe ser en interés de los menores el tribunal se limitará á aprobar lo que

1 Gante, 14 de Marzo de 1873 (Pasicrisia, 1873, 2, 219).

se ha hecho y, por consiguiente, no hay ninguna comunicación que dirigir al juez de paz; el tribunal no tiene por misión distribuir elogios, como tampoco la de infligir penas disciplinarias. Se ha preguntado en qué sentido se deben entender las palabras del art. 63 *en todo ó en parte*. Si el tribunal toma una decisión relativa á todos los estados de la tutela que se le han remitido en este caso es inútil comunicar la decisión entera á cada uno de los jueces de paz de los departamentos; se mandará á cada uno de ellos la parte de la decisión que le corresponda. Si el tribunal estatuye por una decisión particular en cada estado enviará copia de toda la decisión á cada uno de los jueces de paz, á menos que haya consideraciones generales destinadas á ser comunicadas al Ministro de Justicia. (1)

*ARTICULO 3.—De la hipoteca legal de la mujer casada.*

§ I.—DE LOS DERECHOS GARANTIZADOS POR LA HIPOTECA LEGAL.

333. El art. 47 dice que las mujeres casadas tienen una hipoteca legal sobre los bienes de su marido, por sus *derechos y créditos*. Es un principio común á todas las hipotecas legales; pero los derechos y créditos varían naturalmente conforme á las diferentes hipotecas. El principio es idéntico en lo relativo á las mujeres y á los menores; es decir, que todo derecho de mujer casada tiene, como tal, contra su marido la garantía de la hipoteca legal; de igual modo que todo derecho que el menor tome, como tal, contra su tutor está garantizado por hipoteca que la ley le da. Los arts. 64 y 67 enumeran los derechos más usuales que la mujer tiene contra su marido. Esta enumeración no es limitativa, no es ni una enumeración; la ley tiene por objeto

1 Cloes, t. II, p. 244, núm. 1311. Timmermans, p. 106, núm. 166.