

15. La *extinción* de la *patria potestad civil* producía en Francia, como en todos los países, el estado legal de *emancipación* á favor del hijo originada por distintas causas. Figura entre las primeras el cumplimiento de la mayoría civil de edad entre los veinte y veinticinco años, hasta quedar establecido el tipo legal de los veintiuno (1).

Las comarcas regidas por el Derecho escrito mantuvieron el principio del romano, de conservar los hijos mayores en la patria potestad durante toda la vida del padre, á no ser que fueran voluntariamente emancipados; el nieto entraba en la del abuelo y no quedaba sujeto á la del padre sino por la muerte de aquél (2); pero es lo cierto que las costumbres habían borrado por completo este sentido romano de la patria potestad, que desaparecía de hecho ante la mayor edad, y se conservaba tan sólo sobre los bienes, excepto en los peculios castrense y cuasi castrense.

En los territorios regidos por Derecho consuetudinario, hecha excepción de alguno (3), la mayoría civil de edad era causa legal de emancipación (4). Son causas de emancipación la muerte natural ó la civil del padre, y en algunos países de Derecho consuetudinario (5), también la de la madre; la manifestación ante la municipalidad (6), ó ante los jueces de la villa de Marsella (7), ó ante el Chatelet de París (8); la venia de edad otorgada en sus orígenes por el Príncipe en virtud de las llamadas *lettres de bénéfice d'âge*, que se convirtieron en fuentes de renta para la Cancillería real y rigieron tan sólo en el país de Derecho consuetudinario, á pesar de su origen romano, que no deben confundirse con otras formas usadas en los últimos siglos que precedieron á la revolución, verdaderas concesiones reales llamadas *lettres d'emancipation*.

respeto á las capitulaciones matrimoniales y derechos adquiridos hasta la Convención. Ésta derogó también dichas excepciones relativas al derecho de primogenitura, que había amparado, dentro de esa esfera excepcional, el decreto de 15 de Marzo de 1790.

(1) Por el decreto de 20 de Septiembre de 1792, tit. IV, art. 2.º

(2) Julien, *Éléments de jurisprudence*, Aix, 1785, pág. 72. Como testimonio de lo dicho, se cita el caso de emancipación de un hijo que contaba cerca de cuarenta y siete años, verificada por el padre nada menos que el 12 de Junio de 1792, en Limoges.—L. Guibert, *La Famille limousine*, págs. 23 y 24.

(3) Como *Poitou*, 310 á 318, en el que el hijo no casado, aunque fuera mayor, continuaba en la patria potestad.

(4) Los tipos de la mayoría de edad legal variaban en las distintas costumbres, y aun por razón del sexo, generalmente dentro de los límites de veinte á veinticinco años, aunque no faltan ejemplos, como en Bourbonnois, de diez y seis las hijas y veinte para los hijos, y aun en una costumbre más antigua, catorce para los varones y doce para las hembras, si bien con el beneficio de restitución *in integrum* hasta los veinticinco años.

(5) *Cout. de Chartres*, 103; Dreux, 93; Montargis, cap. VI, 3; Chateaufort-en-Thimerais, 133, y Vitry, 63, 143. (Viollet, ob. cit., pág. 434.)

(6) De Provins, textos publicados por Bourquelot en la *Bibliothèque de l'École des chartes*, IV, t. II, núm. 201. (Viollet, ob. cit., pág. 436.)

(7) R. de Fresquet, *Étude sur les Status de Marseille*, París, 1865, pág. 85. (Viollet, ob. cit., pág. 436.)

(8) Archivos nacionales, Chatelet, Y. 5.220, fol. 144. (Viollet, ob. cit., pág. 436.)

La emancipación por domicilio del hijo separado de el del padre para el ejercicio de cualquier actividad ó trabajo, fué muy practicada en la Edad Media, designándose con las palabras *mise hors de pain* (1). La realizada por matrimonio lleva implícito el cambio de domicilio, y se generalizó desde el siglo XIII (2). La obtención de cargos ó dignidades civiles superiores y el episcopado (3) eran causas también de emancipación en los países de Derecho consuetudinario (4).

El Código de Napoleón admite la emancipación, como medio de salir de la patria potestad, por el matrimonio, por acto voluntario del padre, en virtud de declaración ante el Juez de paz, y por el cumplimiento de la mayor edad, fijada á los veintiún años (5); pero atribuyéndole un doble sentido legal, puesto que considera como tal también la habilitación del menor que no tiene padres y ha cumplido diez y ocho años, otorgada por el consejo de familia, reconociéndole capacidad civil suficiente. Por este medio viene á ser la emancipación una causa de salir de la patria potestad y de la tutela (6).

16. El sentido en extremo expansivo ó igualitario de las leyes de los celtas, en cuanto á los hijos naturales, á quienes su filiación ilegítima no les privaba de suceder en el feudo, y aun en la misma dignidad real, dominó en Francia en los primeros tiempos del Derecho consuetudinario, hasta ser expresamente rectificado por la declaración de Hugo Capeto (7). En el orden civil su condición se empeoró también é hizo visiblemente inferior á la de los hijos y descendientes legítimos (8), según la regla del antiguo Derecho «*en formariage le jure emporte le bon*», observándose á lo sumo, en algunos casos, la doctrina del Derecho romano, *partus sequitur ventrem* (9).

Para contener el desarrollo de la procreación ilegítima y proteger su nacimiento y bautismo, una vez engendrada, se castigaban con severas penas los hechos que pudieran darla ocasión, como el adulterio y el

(1) *Cout. de Clermont-en-Beauvoisis* de 1496; de *Bordeaux*, art. 2; de *Bretagne*, art. 528; de *Reims*, 7; de *Sedan*, 6. (Viollet, ob. cit., páginas 439 y 440.)

(2) *Cout. de Paris*, 239; de *Reims*, 39; de *Bourbonnois*, cap. XXIII, art. 26. (Viollet, ob. cit., pág. 441.)

(3) El sacerdocio, en general, era causa de emancipación en Bourbonnois, 166. (Viollet, ob. cit., pág. 441.)

(4) Julien, ob. cit., pág. 110. (Viollet, ob. cit., pág. 441.)

(5) Art. 488.

(6) Art. 476 y sigs., Cód. civ. francés.

(7) Estableciendo que los hijos bastardos no podrían ser admitidos en la familia real ni usar las armas de Francia, sino á condición de ser precisamente atravesadas con una barra de derecha á izquierda, y que nunca podrían ser elevados á la corona. Bacquet, *Traité du droit de bâtardise*, pág. 65; Todaro, *Studio sui diritti dei figli naturali*, Torino, 1889, pág. 83.

(8) D'Agnesseau, *Droit de bâtardise* in *Oeuvres*, VII, pág. 405.

(9) *Établissements* de Saint Louis, I, cap. 12.º, que privó á la mujer noble que tuviera prole antes de casarse, ó fuera del matrimonio, de sus derechos hereditarios en la familia, y dejó á los hijos ilegítimos en la mera consideración de *extraños* á la familia de que procedían.

rapto (1), y se calificaban de infanticidios y se imponía la pena de muerte en todos los casos de alumbramiento de mujer soltera ó viuda, que no hubiera declarado de antemano su estado de preñez, si la criatura nacía muerta (2); sin perjuicio del derecho de la madre para deducir querrela criminal ó demanda civil contra su seductor (3). Otro medio restrictivo de la procreación fuera del matrimonio fué reconocer tan sólo una capacidad civil imperfecta y limitada á los hijos naturales (4).

En el Derecho consuetudinario el hijo tomaba el nombre de la madre ó el del padre, según que era reconocido por aquélla ó por éste; pero sin derecho á ser considerado como miembro de la familia, á pesar del aforismo «*qui fait l'enfant doit le nourrir*» (5).

Este hecho originaba ese derecho á los alimentos si el hijo era natural, pero no, siendo adulterino ó incestuoso, y recíprocamente (6).

En los llamamientos de la sucesión abintestato, ya del padre, ya de la madre, en algunas *costumbres* del Derecho francés (7), no aparecen comprendidos los hijos naturales; pero la exclusión de éstos para heredar abintestato á la madre y ascendientes maternos en cierta porción, cuando concurrían con descendientes ó ascendientes legítimos, ó sólo en defecto de prole legítima, no era, ni mucho menos, tan absoluta (8).

El derecho del hijo natural á suceder por testamento á sus padres, y aun á adquirir de ellos por acto entre vivos, estaba negado en muchas *costumbres*; pero sobre la extensión de esta incapacidad adquisitiva del hijo natural existía mucha variedad de unas á otras regiones del Derecho consuetudinario (9).

El hijo natural era sucedido abintestato por sus hijos legítimos, si los tenía; á falta de ellos, si era casado, la viuda adquiría en pleno dominio la mitad de los bienes muebles y el usufructo de la mitad de los otros bienes; y, por último, en el resto ó en el total, en su caso, muchas *costumbres* (10) admitieron el llamado *derecho de bastardía* (*droit de bâtardise*), que disfrutaron primero los señores feudales, y después pasó al monarca.

La sucesión testamentaria del hijo natural se regía por su voluntad, lo mismo que la de las personas procedentes de procreación legítima, con

(1) Asises de Jerusalén, *Cour des bourgeois*, cap. 286.

(2) Loiseau, *Traité des enfants naturels*, pág. 62. París, 1819.

(3) Ordonn. de 1670; Todaro, ob. cit., pág. 84.

(4) Rapetti, *Le livre de justice et de plet*, págs. 81, 177. París, 1840.

(5) Loysel, *Commentaire sur les institutes coutumières*, I, lib. I, tit. 1.º, § 41. París, 1783.

(6) Bacquet, ob. cit., II, núm. 16.

(7) Por ejemplo, en las de la Champagne.

(8) *Cout. de Saint Omec*, tit. 1.º, cap. 21; de *Valenciennes*, art. 12; *d'Aire*, tit. 1.º, artículo 9.º

(9) D'Agneuseau, ob. cit., pág. 431.

(10) *Cout. de Bretagne*, art. 476; de *Laon*, art. 4.º; de *Bordeaux*, art. 79; de *Chalons*, art. 31, etc.

la sola diferencia de algunas limitaciones de escasa importancia á que aquél vino sometido (1).

Una violenta transformación sufrió el Derecho francés en este punto de la condición y legitimación de la prole ilegítima, por virtud de las ideas dominantes en la Revolución de fines del siglo XVIII (2).

El decreto de 4 de Junio de 1793 se limitó á reconocer en los hijos naturales el derecho de suceder á sus padres; pero muy luego la ley de 12-Brumario, año II, les asimiló por completo á los legítimos, proclamando la más absoluta identidad entre unos y otros, con la sola excepción de aquellos cuyos padres fueran casados en la época del nacimiento, para los cuales, verdaderos hijos adulterinos, se reconocía á título de alimentos la tercera parte de la porción á que tendrían derecho si hubieran nacido en el matrimonio.

Y era tal y tan absurdamente niveladora aquella tendencia, que *Cambacérès*, avanzando en el camino de las exageraciones, llegó á decir (3) que, en su opinión personal, la asimilación de los hijos naturales y legítimos debía extenderse á los *adulterinos*.

Por el influjo de este avasallador individualismo y de esa sed de reformas que dominaba á los legisladores franceses, se llegó á la violencia moral de proclamar que el reconocimiento del padre bastaba en el caso de premoriencia, ausencia ó imposibilidad absoluta de la madre para confirmar con su declaración la certeza de aquella paternidad (4), dejando tristemente entregados (5) el honor y la fortuna de una mujer y de una familia á merced de una voluntad individual sin garantía alguna.

Para asimilar el amor libre al matrimonio sólo faltaba alentar á la mujer á esa clase de relaciones sexuales fuera de la familia, y eso también se hizo otorgando recompensas á las solteras con hijos (6).

Son preceptos del Código civil acerca de la materia los siguientes: el reconocimiento de un hijo natural ha de ser hecho por un acto auténtico, si no lo ha sido en el acta de nacimiento (7); el reconocimiento del padre sin la indicación y la confesión ó declaración de la madre no produce

(1) *Cout. de Poitou*, art. 299; de *Maine*, art. 355; de *Clermont*, art. 299, etc.

(2) *Cambacérès* se expresaba en su discurso ante la *Convención* en estos términos: «¿Es justa la diferencia que existe entre los hijos naturales y los legítimos?» «¿Puede haber dos clases de paternidad?... Formular estas preguntas á legisladores filántropos es proponer su solución. Sería ofenderles atreverse á creer que cerrarán los oídos á la voz incorruptible de la Naturaleza, para consagrar á la vez la tiranía de la costumbre y los errores de los jurisperitos... Tampoco temo proponeros colocar en la familia á los hijos naturales, nacidos de personas libres, casi en la misma consideración de los hijos legítimos, salvo *cualquiera diferencia* en favor de éstos, y únicamente desde el punto de vista de favorecer la institución del matrimonio...» *Rapport sur l'état des enfants naturels, fait au nom du Comité de Législation dans la séance du 4 Juin 1793 de la Convention nationale*.

(3) *Sécond rapport*.

(4) Decr. de 12 Brum., an. II, art. 8-11.

(5) Como nota el mismo *Laferrière*, ob. cit., t. II, pág. 244.

(6) Decr. de 28 de Junio de 1793.

(7) Art. 334, Cód. civ.

efectos sino respecto del padre (1), corrigiendo así el exceso del precepto de la legislación revolucionaria (2) ya indicado; se prohíbe el de los hijos incestuosos ó adulterinos; pueden oponerse al reconocimiento realizado por el padre ó por la madre, ó á cualquiera reclamación del hijo natural, todos los que tengan interés en ello (3); el reconocimiento hecho durante el matrimonio por uno de los cónyuges en provecho de un hijo natural que hubiera tenido de otra persona antes de casarse, no podrá perjudicar ni á su consorte ni á los legítimos; pero producirá sus efectos después de la disolución de tal matrimonio si de él no quedare prole (4); el hijo natural reconocido no podrá reclamar los derechos de legítimo, y los de los naturales serán regulados en el título de las sucesiones (5), derogándose así el absurdo criterio de identidad entre los unos y los otros que estableció la legislación revolucionaria.

17. En cuanto al grave problema de la *investigación de la paternidad*, la historia del Derecho francés ofrece la práctica de todos los sistemas. En el Derecho antiguo ya se revela su espíritu, permitiendo á la madre deducir querrela contra su seductor, que se traducía, probada que fuera, en una condena doble de cantidad por indemnización á la madre y por alimentos al hijo (6). No existía precepto prohibitivo, ni regulador siquiera, de los medios de prueba para declarar dicha paternidad, llegando á fundarse la presunción de la misma y filiación naturales en la declaración jurada de la mujer encinta, con lo cual bastaba para condenar al presunto padre á una responsabilidad pecuniaria que aseguraba la existencia de la madre y del hijo (7), dando lugar á aquella especie de axioma de Derecho: «*Creditur virgini dicenti se ab aliquo cognitam et ex eo prægnantem esse...*» (8).

El sistema no podía ser más funesto ni más apropiado para prestarse á todo género de abusos, como arma de expoliación y de escándalo, esgrimida muchas veces con impunidad contra la fortuna de los particulares y la tranquilidad de las familias; y en la época revolucionaria (9), aunque parece mantenerse en la legislación francesa el derecho de la investigación de la paternidad natural, puesto que no se decreta su abolición, se modera considerablemente, prescribiendo que debe resultar de actos auténticos, ya públicos, ya privados, del padre, ó de una suma de cuidados prestados sin interrupción por éste al hijo durante cierto tiempo para su alimentación y educación.

(1) Art. 336, Cód. civ.

(2) Decr. de 12 Brum., an. II, art. 8-11.

(3) Art. 339, Cód. civ.

(4) Art. 337, idem id.

(5) Art. 338, idem id.

(6) Loiseau, ob. cit., pág. 63.

(7) Edit. et Ordonn. de 1556 y otros, citados por Viollet, ob. cit., nota 1, pág. 392.—Jacquier, *Des preuves de la recherche de la paternité naturelle*, París, 1874.

(8) Inserto en el *Codex Fabrianus*, lib. IV, tit. XIV, def. XVIII.

(9) Decr. de 12 Brum., an II (2 de Noviembre de 1793).

Consideróse insuficiente este criterio legal intermedio, y el Código de Napoleón, por el influjo de los abusos y escándalos á que dió lugar el antiguo Derecho, operó una reacción de doctrina, prohibiendo absolutamente (1) la investigación de la paternidad natural, fuera del caso de raptó, cuando el tiempo de éste coincidiese con el de la concepción. Es de advertir que, aunque en un principio la jurisprudencia se pronunció en igual sentido absolutamente negativo, más tarde el Tribunal de casación (2) cambió y admitió esta clase de demandas, fundándose en los preceptos y reglas de índole general de que el que causa un daño á otro está obligado á su resarcimiento (3), y de que á esto obliga también el incumplimiento de toda obligación de hacer ó de no hacer (4). Las tendencias de la opinión parecen dirigidas á modificar el criterio absolutamente prohibitivo de la investigación de la paternidad, que sancionó el art. 340 del Código civil.

Por lo que se refiere á la *investigación de la maternidad*, el Código (5) la admite y dispone que el hijo que utilice este derecho estará obligado á probar que es *idénticamente* el mismo hijo que su madre dió á luz, y que para la justificación de este hecho no serán admitidas las pruebas testificales sino cuando ya exista un principio de prueba escrita.

18. La institución *tutelar* tiene duplicidad de origen, de formas y de sentido en la historia del Derecho francés, como en la de otros pueblos en los que se desarrolló también bajo la influencia del *mundium germano* y de la *tutela romana*, modificados después en el período feudal, y fundidos, por último, en la tutela *única* de la mayor parte de los Códigos contemporáneos.

Entre los Francos la tutela es el *mundium germano*, y, por tanto, representa el ejercicio de una autoridad y de un derecho en el *mundialdo*, más que la idea de un poder de protección y defensa en beneficio del tutelado.

Durante la Edad Media, el poder primitivo, *mundium*, aparece con los nombres de *bail*, y después *baillistre*, ó *garde* y *gardien* y *mainbournie*; y toma aquél, el *bail*, los nombres de *garde noble* ó *garde bourgeoise*, según que pertenezca el menor á familias nobles ó plebeyas, siendo las de la primera clase las más practicadas.

El *bail* recibe diverso calificativo, según quien le ejerce. Así se apellida *real*, *señorial*, de *ascendientes*, de *colaterales*, de *bienes* y de *personas*, y aun el de *bienes* se puede conferir á dos sujetos distintos: uno que tiene el concepto de *bail paterno*, y otro el de *bail materno*, conforme á la procedencia de los bienes que se someten á su guarda y herencia presunta, como una revelación del principio de la *sucesión*

(1) Art. 340, Cód. civ.

(2) Sent. de 21 de Marzo de 1845 y otras posteriores.

(3) Art. 1.142, Cód. civ.

(4) Art. 1.332, idem id.

(5) Art. 341, idem id.

lineal «paterna, paternis; materna, maternis». En general, el *bail* vino incorporado á la idea de un usufructo, de una posesión temporal, y fué causa de una especie de sucesión provisional.

Las dos especies de *bail real* y *señorial* se confunden en una sola, y proceden de la organización *feudal*, siendo ambas producto de aquel regimen de *soberanía territorial* y consecuencia necesaria del carácter *hereditario* de los feudos, y de que éstos recayeran á la muerte de los feudatarios en otros vasallos menores que, por su falta de edad, no podían prestar personalmente los servicios feudales. En un principio, los señores del feudo le recobraban de una manera definitiva á la muerte de su vasallo, aunque después se modificó tal criterio excesivamente riguroso, porque dejaba desposeídos de los bienes del feudo á los herederos menores del feudatario muerto, y se redujo esta posesión solamente al tiempo que durase la menor edad, dando con ello lugar á la institución del *bail* ó *guarda señorial*. Del Duque de Normandía pasó á manos del Rey de Francia, y de *señorial* se convirtió en *real* esta especie de *bail* ó *guarda*, siendo de notar que la llamada *guarda real* llegó á desempeñarse en Normandía por un pariente del menor, á título ó especie de delegación, adjudicada mediante subasta entre los parientes y en virtud de un juicio, más que efectivo, simbólico, de la soberanía real, de donde procedía. El cargo resultaba sumamente útil para el que lo desempeñaba, autorizado á hacer suyos los frutos de los bienes del menor con las deducciones consiguientes para su sostenimiento. En tiempo de la Revolución (1) fueron derogadas estas formas del *bail feudal* ó *guarda señorial* y *real*.

El *bail* de los ascendientes, lo mismo que el de los colaterales, fué otra forma de la *guarda de menores*, deducida del derecho hereditario de los unos y los otros. Era una *guarda* con usufructo, que correspondía al padre cuando premoraba la madre, y viceversa á ésta, cuando premoraba el padre; y por lo que se refiere á los colaterales, cuando ya fueron admitidos á la sucesión, invocaron también este derecho para formular en él el del ejercicio de la *guarda* ó *bail*, siendo llamados á desempeñarlo el hermano mayor, la hermana mayor, ó, en defecto de éstos, el pariente varón más próximo. Esta institución del *bail* de los colaterales fué mirada con recelo, porque estando confiado al colateral, que era presunto heredero del menor, empezó á considerarse como un peligro para la vida de éste, por el interés mismo de aquél en su sucesión; de donde nació la idea del doble *bail*, ó sea un *baillistre* ó guardador para la persona, distinto del que, como colateral, lo era de los bienes (2). La institución del *bail* de los *colaterales* fué perdiendo importancia en muchas costumbres, y llegó á desaparecer en algunas, como la de París, por considerarse excesivo el ejercicio de tal derecho,

(1) Decreto de 15 y 28 de Marzo de 1790, tit. I, art. 12.

(2) Alguna analogía tiene esta división de cargos en el *bail* con la dualidad que ofrecen los Códigos modernos en los de *tutor* y *protutor*.

que sólo fué otorgándose después al cónyuge superstite, alguna vez al abuelo ó á la abuela, y en muy contados casos á los colaterales. Este fenómeno de decadencia se produjo con más intensidad en los casos de la *garde bourgeoise routurière*, hasta transformarse en la tutela romana.

La *tutela*, como institución con tal nombre, y con el sentido romano de ser un poder de *dirección* y *defensa* para la persona del menor, de *administración* para sus bienes y de *representación* para sus derechos, sin atribuir al tutor el usufructo del patrimonio de aquél, aparece en muchas costumbres del Derecho francés, mencionando algunas (1) las tres especies de *testamentaria*, *legítima* y *dativa*, que eran conocidas en Roma. Sin embargo, no en todas las comarcas regidas por Derecho consuetudinario se admitió la *tutela testamentaria*, y sí sólo en algunas (2). La *tutela legítima* se practicó en los países de Derecho escrito en favor de la madre que no contrae segundas nupcias, y en su defecto, del abuelo, y á falta de éstos, del pariente más próximo, varón, de la línea ascendente ó colateral.

La forma de *tutela* que tuvo más desarrollo en el Derecho consuetudinario fué la *dativa*, porque, fuera de las tres comarcas antes indicadas (3), toda clase de tutores necesitaba de la confirmación judicial (4).

El término del *bail* en los países de Derecho consuetudinario, en razón de la edad menor, varió según que se tratara de la *garde noble* ó de la *bourgeoise*. En la primera existió hasta que cumplía veinte años el varón y quince la mujer; en la segunda, hasta los catorce y doce, respectivamente.

El término de la *tutela*, aunque seguida luego de la *curatela*, en los países de Derecho escrito estaba señalado generalmente en la edad de la pubertad.

La *emancipación*, al contrario de lo que ocurría en el Derecho romano, se usó en Francia, como medio común de terminar ambos poderes: el *paterno* y el *tutelar*. En los países de Derecho consuetudinario esta emancipación se realizaba por las cartas del Rey—*lettres du prince*—, y en las comarcas de Derecho escrito se otorgaba por el Juez con el dictamen de los parientes.

19. La *curatela romana* para los menores de veinticinco años fué también conocida en Francia, pues no sólo resulta hacia el siglo IX de un documento adicional de las Capitulares (5), sino que en la Edad Media está bastante en uso en las provincias del Mediodía, y en el

(1) De Nivernois, XXX, 1.

(2) Bourbonnois, 177 y 178; Auvergne, XI, 1, y Nivernois, XXX, 1.

(3) Cout. de Bourbonnois, Auvergne y Nivernois.

(4) Aparte otra intervención de las magistraturas públicas locales consagradas á velar por los huérfanos, como especie de juntas municipales, creadas con este fin en Lille, Dunkerque, etc., con los nombres de *gardes-orphénes* y *gardes-orphelines*.

(5) Viollet, ob. cit., pág. 464.

siglo XIV aparece adoptada en Marsella, tal como la organizaron las Instituciones de Justiniano (1).

En otras comarcas regidas por Derecho consuetudinario, en lugar de admitirse la *curatela*, se prolongó el ejercicio de la *tutela* hasta los veinticinco años, ó hasta los veinte, después de reducida la mayor edad á ese límite, manteniendo el aforismo de que ella y la *curatela* eran una misma cosa. La *curatela* obligatoria fué admitida en los territorios que se regían por Derecho escrito (2) con el mismo carácter de la romana, ó sea, consagrada principalmente á los bienes y rendición de cuentas de la tutela, y, en segundo término, á la persona. Además de esta *curatela ad bona*, por razón de la menor edad, subsiste la verdadera *curatela ad litem* para la representación judicial y otorgamiento de ciertas autorizaciones, principalmente las relativas á la aprobación de las cuentas de la tutela.

También ofrece la historia del Derecho francés testimonios de haber existido la *curatela de los incapacitados* por enfermedad ó por prodigalidad: así se observa en Limoges (3) á principios del siglo XIII, en Amiens (4) á principios del siglo XIV, y en Bourgogne en el mismo siglo (5).

En los siglos siguientes se generalizó y regularizó, siendo sustituida algunas veces por un Consejo (6) que parecía garantizar mejor la administración de los bienes del incapacitado; y en los últimos tiempos, ya próximos á la legislación revolucionaria, se amplió el concepto de la incapacidad al *desarreglo de las costumbres*, y aun al *segundo matrimonio de viuda con hijos*, contraído con una persona indigna de su calidad, lo cual producía el resultado de hacer incapaz á la viuda para enajenar sus bienes y provocaba el nombramiento de esta clase de curadores (7).

20. En cuanto al *consejo de familia*, se descubren en la historia del Derecho francés algunas huellas, aunque imperfectas, del mismo; ya por la intervención que tenían los parientes en la designación del tutor, ya por cierta misión protectora y de vigilancia respecto de la propia tutela, ya por la intervención en el matrimonio del menor, ejercida en algunos territorios, como la Touraine y Anjou, hacia el siglo XIII y XIV, donde aquél no podía casarse sin el parecer de los parientes de la línea paterna (8), y aun de la materna (9).

Iniciada esta institución para servir á la remoción judicial del tutor (10),

(1) Guilhaumez, ob. cit.; Méry et Guindon, *Stat. de Marseille, Hist. de Marseille*, t. III, 2.^a parte del volumen, pág. CLXIII. (Viollet, ob. cit., pág. 464, nota 4.)

(2) *Encycl. méthod. Jurisprud.*, t. III, pág. 436.

(3) Guibert, ob. cit., pág. 34; Cout. de 1212.

(4) Viollet, ob. cit., pág. 465, nota 5.

(5) Simonnet, *Études sur l'ancien droit en Bourgogne*, págs. 108 á 111.

(6) *Encycl. méthod. Jurisprud.*, t. III, pág. 438.

(7) *Ordon. de Blois*, cits., art. 182.

(8) *Établissement de Saint-Louis*, t. I, pág. 145.

(9) *Idem id.*, t. III, pág. 33.

(10) Beaune, *Droit cout. franc., la condition des personnes*, pág. 580.

apareció de nuevo con la forma de tribunal de familia en la legislación revolucionaria (1), organizándose al fin de un modo más perfecto en el Código civil.

El consejo de familia se compone del Juez de paz y de seis parientes, mitad de la línea paterna y mitad de la línea materna, entre los de mejor grado, y en igualdad de grado, entre los de mayor edad que residan en el domicilio de la tutela ó dentro de la distancia de *dos miriámetros*, y el Código regula todos los particulares de su constitución y deliberación (2), así como determina sus atribuciones en distintos lugares de él, cuya mención sería excesiva para la índole de estas indicaciones (3).

21. Todas estas instituciones tutelares se establecen en el Código de Napoleón bajo el principio de *unidad de guarda*, ya de menores de veintiún años, no emancipados (4), ya de incapacitados, con el nombre único de *tutela* y con el concurso complementario del consejo de familia. Sólo existe la *curatela*, que es una especie de *protutela* para ciertos actos del menor emancipado.

La tutela tiene únicamente las siguientes especies por su orden gradual y jerárquico: 1.º, tutela legítima de padre ó madre sobrevivientes; 2.º, tutela testamentaria, ordenada por el último que muera, padre ó madre; 3.º, tutela legítima de los ascendientes, y 4.º, tutela dativa nombrada por el consejo de familia.

La disolución del matrimonio por muerte natural ó civil del padre ó de la madre somete á la tutela del sobreviviente á los hijos menores no emancipados (5). La madre, á la que el padre puede agregar un consejo especial, no tiene obligación de aceptar la tutela, si bien puede conservarla, aunque contraiga segundas nupcias, si el consejo de familia lo decide así, en cuyo caso el segundo marido tendrá la consideración de *co-tutor* (6). Para la hipótesis de quedar encinta la viuda, se procederá á designar por el consejo de familia lo que llama el Código un *curador para el vientre (curateur au ventre)*, y al nacimiento del póstumo la madre se convertirá en tutora y el curador tomará el carácter de *subrogé tuteur* ó *tutor sustituto* (7).

La tutela testamentaria no puede ser ordenada sino por el padre ó la madre, la cual, si contrajese segundas nupcias, perderá este derecho.

La tutela *legítima* de los *ascendientes* sobreviene en defecto de la testamentaria, y ha de recaer en el abuelo paterno, después en el ma-

(1) Decr. de 16-24 Agosto 1790, tit. X, arts. 15 y 16; ley de 25 de Junio 1794.

(2) Arts. 407 á 416, Cód. civ.

(3) Por ejemplo, en los arts. 160, 457, 463, 464, 468, 479, etc., *idem id.*

(4) La emancipación se produce por el matrimonio ó por otorgamiento de ella que haga el padre ó la madre, por ante el juez de paz asistido de un Secretario, si el hijo cumplió los quince años, ó por el consejo de familia cuando, no teniendo padre ni madre, haya cumplido diez y ocho, si se le juzga capaz de regirse por sí.—Artículos 476 á 478, *idem id.*

(5) Art. 390, *idem id.*

(6) Arts. 395 y 396, *idem id.*

(7) Art. 393, *idem id.*