

ción y administra mal desde el momento en que lo hace sin la solicitud de un buen padre de familia. Esto equivale á decir que el código aplica al tutor la responsabilidad en que todo deudor incurre en las obligaciones convencionales. Hay que aplicar el mismo principio al curador. Poco importa que las funciones del tutor y del curador sean diferentes; no es con motivo de la naturaleza de sus funciones por lo que el tutor es responsable; porque lo es á título de mandatario legal. El mandato debe cumplirse de modo que resguarde los intereses del menor; si el mandatario descuida este deber, es responsable de su negligencia. Las mismas razones existen idénticamente para el curador. El también tiene por misión proteger al menor, asistiéndolo y vigilando sus intereses en los casos previstos por la ley; si no lo hace, debe ser responsable, porque de lo contrario no se llenaría el objeto de la ley (1).

¿Quiere esto decir que siempre y en todos los casos se deben aplicar por analogía al curador los principios que la ley establece en materia de tutela? Ciertamente que nó. Si hay analogía por el origen del mandato, hay diferencias esenciales en cuanto á la naturaleza de las funciones. El tutor administra, el curador asiste. El tutor representa al pupilo en todos los actos jurídicos. El curador no asiste al menor emancipado sino en los casos determinados por la ley. Así, pues, cuando se pregunta si hay lugar á aplicar por analogía una disposición de la tutela, debe examinarse si hay en el caso, el mismo motivo para decidir. No hay regla absoluta, porque hay analogías y diferencias.

1 Esta es la opinión de Demante, t. 2º, p. 319, núms. 252 y 252, bis

CAPITULO II.

Cómo se hace la emancipación.

§ I. DE LA EMANCIPACION TÁCITA.

193. «El menor está emancipado de pleno derecho por el matrimonio» (art. 476. Este es un principio del antiguo derecho y está tomado de la naturaleza del matrimonio. El marido tiene la potestad marital, y tiene la patria potestad; en nuestras costumbres no comprendemos que el que tiene potestad sobre otras personas, carezca él mismo de ella. En cuanto á la mujer, ella está destinada á dirigir una casa, á educar á sus hijos; esta misión, como la del marido, implica una independencia y una libertad de acción que no se concilian con la posición dependiente en que se encuentra el menor no emancipado.

Ya no indica ninguna edad y no establece ninguna condición para esta emancipación. Por el hecho solo de haberse casado, el menor está emancipado. El puede casarse

antes de la edad de quince ó de diez y ocho años, con dispensa; puede casarse con el consentimiento de los ascendientes ó del consejo de familia: por más que los ascendientes jamás hayan tenido la patria potestad, podrán emancipar indirectamente á un descendiente consintiendo en su matrimonio, aun cuando no fuesen tutores; ellos emancipan en este caso al menor de una potestad que no ejercen. Esto no es ni lógico ni jurídico; la ley admite esta inconsecuencia, porque es un efecto necesario del matrimonio; el matrimonio es lo que emancipa más bien que el ascendiente. Sucede lo mismo con el consejo de familia; consintiendo en el matrimonio pone término á la potestad tutelar que no reposa en sus manos. El consejo de familia está aún llamado á conferir directamente la emancipación; no puede hacerlo en este caso, sino cuando no puede emancipar á su hijo directamente sino cuando éste ha cumplido quince años; mientras que al consentir en el matrimonio, el padre y el consejo de familia lo pueden emancipar á toda edad en que el matrimonio puede celebrarse con dispensa. No es el hombre el que emancipa, sino la ley.

Hé aquí por qué la emancipación subsiste cuando se disuelve el matrimonio. No puede decirse que cesando la causa cesa el efecto, porque esto no es cierto sino de los efectos que deberían producirse después de la cesación de la causa; en cuanto á los efectos que ya se han producido, son un hecho consumado. La razón está de acuerdo con el derecho y la lógica. Si se ha consentido en el matrimonio de un menor de catorce años, es porque se le ha visto capaz y dentro de los límites de la emancipación. ¿Será menos capaz si el matrimonio viene á disolverse? La corte de Grenoble había decidido que una menor, viuda á los catorce años y dos meses, volvía á entrar en la tutela, porque no tenía la edad en que puede tener lugar la emancipación.

Adquirida ésta no podría revocarse, sino en virtud de una disposición de la ley (1).

Otra cosa sería si se anulase el matrimonio. En efecto, el matrimonio anulado se considera como si nunca hubiese existido; luego no ha habido emancipación. ¿No habría que hacer una excepción si el matrimonio fuese putativo? Nosotros no lo creemos, porque el matrimonio contraído de buena fe produce todos sus efectos civiles (art. 201); ahora bien, uno de los efectos del matrimonio es emancipar al cónyuge menor.

196. La corte de Paris imaginó otra especie de emancipación legal. Una cómica de profesión, dice ella, está emancipada *por la ley*, para todas las operaciones relativas á su estado (2). Si se preguntase á la corte en dónde está la *ley* que emancipa de pleno derecho á las cómicas ¿qué contestaría? Citamos la sentencia á título de curiosidad jurídica, y para enseñar á nuestros jóvenes lectores á que no acepten la jurisprudencia sino bajo beneficio de discusión.

§ II.—DE LA EMANCIPACION EXPRESA.

Núm. 1. *Por el padre y por la madre.*

197. El art. 477 dice: «El menor, aun no casado, podrá ser emancipado por su padre, ó á falta de éste, por su madre, cuando él haya cumplido quince años.» Se objeta que á los quince años en nuestros climas del norte, el menor no es aun más que un niño. Puede contestarse á este reproche que la emancipación es facultativa, que la ley se ha atendido á la inteligencia y á la ternura del padre, y que por otra parte, el hijo emancipado conserva un guía y un con-

1 Sentencia de casación, de 21 de Febrero de 1821 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 848).

2 París, 21 de Marzo de 1816 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 765).

sejero en aquél á quien la naturaleza le ha dado como sostén.

El art. 477 agrega: «Esta emancipación se operará por la sola declaración del padre ó de la madre, recibida por el juez de paz, asistido por su escribano.» Así, pues, por la voluntad del padre es por lo que se verifica la emancipación; el juez de paz no hace más que desempeñar un ministerio pasivo: él no puede rehusar la declaración del padre. No obstante, la intervención de este magistrado es necesaria, en el sentido de que la declaración del padre no puede ser recibida por otro oficial público: luego la emancipación es un acto solemne. La forma es de la esencia del acto; si se hiciera ante otro oficial público, ó por una acta privada, la emancipación no existiría á los ojos de la ley. No es suficiente que el padre haga ante el juez de paz una declaración de donde pudiera inferirse la voluntad de emancipar; la emancipación debe ser expresa. El texto del código lo dice, y el espíritu de la ley no deja duda alguna. Ha acontecido que un padre ha pedido, en el seno del consejo de familia, que se nombrase un curador á uno de sus hijos menores, á efecto de proceder á la partición de una sucesión. La corte de Riom ha fallado muy bien que esta demanda, no era una declaración de emancipación (1). Emancipar á un hijo, es libertarlo de la patria potestad; luego es abdicar una potestad y los derechos que le son inherentes, notablemente al usufructo legal; ahora bien, las renunciaciones son de estricta interpretación, y no se establecen sino por vía de inducción, salvo cuando la misma ley lo dice. En el caso de que estamos ocupándonos, la ley dice lo contrario, supuesto que exige una declaración, lo que implica una manifestación expresa de la voluntad del padre.

1 Riom, 22 de Marzo de 1823 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 765.

¿Precisa que se haga la declaración ante el juez de paz del domicilio del menor que es el domicilio del padre? Así se dice (1) y esta opinión se funda en los principios generales que rigen el domicilio. En general, todos los actos judiciales ó extrajudiciales que interesan á una persona se hacen en su domicilio (art. 102). No obstante, hay un motivo para dudar, el cual nos obliga á inclinarnos hacia la opinión contraria. Si se exige que la declaración de emancipación sea recibida por el juez de paz del domicilio del hijo resultará de ello que, hecha ante otro juez, sería nula, y hasta inexistente. ¿Es posible sin un texto de ley, admitir nulidades ó condiciones esenciales para la sentencia de un acto jurídico? Ahora bien, el art. 477, que establece la condición de forma, está concebido en los términos los más generales: el *juez de paz*, asistido de su escribano. Luego todo juez de paz es competente. Esto se funda también en la razón. La voluntad del padre es lo que emancipa: ¿por qué esta voluntad no había de poderse manifestar ante un magistrado cualquiera? Se dice que la emancipación tendrá mayor publicidad si se hace ante el juez del domicilio. La verdad es que ella jamás es pública, porque los registros de la justicia de paz no son públicos, y la declaración no debe hacerse publicamente. Este es un vacío de nuestro código. En el antiguo derecho se exigía una insinuación; la costumbre de Mons quería que todas *les mises hors de pain* se inscribieran en un registro á propósito (2). La emancipación interesa á los terceros; luego debía publicarse como todos los hechos concernientes al estado de las personas.

198. ¿Cómo se rinde la prueba de la emancipación? Su-

1 Demolombe, t. 8º, p. 167, núm. 194

2 Nuevo Demisart, t. 8º, en la palabra *emancipación*, pfo. 4º, número 8. Merlin, *Repertorio*, en la palabra *emancipación*, pfo. 1º, núm. 10 (t. X p. 127).

puesto que el juez de paz debe estar asistido por escribano, la declaración se asentará en los registros de la jurisdicción de paz. Ha acontecido que tales registros se han perdido ó destruido. La corte de casación ha resuelto que en este caso los jueces habían podido recurrir á la prueba testimonial, y en consecuencia, á presunciones (1). Esta decisión es conforme á los principios generales sobre la prueba tales como resultan de diversas disposiciones del código. Según los términos del art. 46, cuando los registros del estado civil se han perdido, la prueba se recibe tanto por título como por testigos; y en este caso, los matrimonios, nacimientos y fallecimientos, podrán probarse por medio de testigos. El art. 1348 admite también la prueba testimonial, cuando el acreedor ha perdido su título por caso fortuito. Y cuando la prueba testimonial es admisible, la ley permite á los jueces que recurran á simples presunciones.

199. El derecho de emancipación se deriva de la patria potestad. Se sigue de aquí que cuando esa, la patria potestad, cesa igualmente el derecho de emancipar. Así es cuando el padre se halla privado por un fallo criminal «de los derechos y ventajas que le son concedidas sobre la persona y los bienes del hijo por el código Napoleón, libro I, título IX, de la *Patria potestad*.» Tales son los términos del código penal de 1810 (art. 335) están reproducidos por el código penal belga (arts. 379 382). Si nos ciéramos á la letra de la ley, debería decirse que el padre decaído de la patria potestad puede, no obstante, emancipar. Nosotros hemos resuelto la cuestión en sentido contrario en el título de la *Patria potestad*, y sostenemos nuestra decisión. No se necesita texto para establecer una incapacidad que es una imposibilidad lógica y jurídica. El padre que emancipa á su

1 Sentencia de 27 de Enero de 1819 (Dalloz, en la palabra "minoría," núm. 766).

hijo lo liberta de la patria potestad; y ¿cómo podría libertarlo de una potestad que ya no tiene? Los autores van más lejos. Ellos enseñan que el padre que ya no tiene la guarda del hijo no puede emanciparlo sino con inspección de los tribunales (1). Esto se llama literalmente, hacer la ley. ¿Con qué derecho los tribunales habían de intervenir en el ejercicio de la patria potestad? La ley dice que el padre emancipa por su sola voluntad. Así, pues, este es un derecho anexo á la patria potestad; en tanto que el padre la conserve, tiene un poder absoluto para emancipar, sin que el juez pueda modificar ni censurar el ejercicio de su derecho. Sin duda que el legislador habría podido declarar que el padre que no tiene más que la guarda del hijo, que por consiguiente, casi no puede apreciar sus facultades y su conducta, no puede emancipar al hijo ó no puede hacerlo sino con examen de los tribunales. Pero la ley no lo ha hecho. Luego el intérprete se encuentra en presencia del poder absoluto del padre, y está obligado á respetarlo.

La cuestión presenta otras dificultades. En caso de divorcio es cuando la ley permite á los tribunales que priven al padre de la guarda de sus hijos, por más que conserve la patria potestad (art. 302). ¿El padre tiene en este caso, el poder absoluto de emancipación que le concede el artículo 477? Nosotros hemos enseñado en el título del *Divorcio*, que el padre divorciado ya no tiene el ejercicio exclusivo de la patria potestad; que la madre tiene un derecho igual al del padre (2). Siguese en principio que ambos padres deberían concurrir para emancipar al hijo. Este concurso de voluntades es tanto más necesario cuanto que lo más frecuentemente se suscitan conflictos entre los padres divorciados, queriendo uno de ellos arrancar al otro la

1 Valette, *Explicación sumaria del libro 1º del Código civil*, p. 308.
2 Véase el tomo 3º de mis *principios*, núm. 294.