

guarda de los hijos; así, pues, la emancipación podría tomarse como un medio de sustraer á los hijos á la guarda de aquellos á los que el tribunal los ha confiado. Pero ¿qué debería decidirse si el padre solo hubiese emancipado al hijo? ¿La madre podría pedir la nulidad de la emancipación? Nosotros creemos que la acción de nulidad debería admitirse si se comprobase que el padre lo ha hecho, no porque el hijo tuviera interés en ser emancipado, sino para eludir la decisión del tribunal que ha quitado la guarda del hijo al padre. Es de principio que no se puede hacer fraude á la ley, y es eludirla por fraude emancipar á un hijo para impedir la ejecución de un fallo pronunciado en virtud del art. 302. Se ha fallado que la madre tenía derecho á entablar oposición á la emancipación, probando que ésta no se hizo consultando el interés del menor (1).

La misma cuestión se presenta para la separación de cuerpo. Generalmente se admite que el art. 302 es aplicable cuando la separación de cuerpo se pronuncia contra el marido, él en este caso está privado de la guarda de los hijos. ¿Conserva el derecho de emancipación? La afirmativa no permite duda alguna. Debe agregarse que el padre es el único que podrá emancipar; la madre no puede hacerlo, supuesto que el matrimonio subsiste. ¿Pero qué se decidiría si se hiciese la emancipación con fraude de un fallo que ha quitado la guarda al padre? ¿Podrá la madre pedir la nulidad de la emancipación? Nosotros así lo creemos por aplicación de los principios que acabamos de establecer. Hay, no obstante, un motivo para dudar. El matrimonio subsiste; el padre, durante el matrimonio, tiene él solo el ejercicio de la patria potestad, luego también el derecho de emancipar; tal derecho en principio es absoluto, por lo

1 París, 1.º de Mayo de 1813 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 770).

mismo ¿no debe concluirse que los tribunales no tienen ningún poder para inspeccionarlo? Nosotros contestamos que el derecho del padre no es absoluto, si se admite que el art. 302 es aplicable á la separación de cuerpo. La patria potestad está modificada y está sometida á la revisión de los tribunales, que están llamados á vigilar los intereses de los hijos; por lo mismo, el poder de emancipar debe también estar limitado, porque podría ejercerse en perjuicio de los hijos. Nuestra conclusión es, que la emancipación hecha con fraude de la ley, es nula.

Hay aun otra dificultad en esta ardua materia. Se supone que la sentencia que pronuncia la separación de cuerpo ordena que sean puestas las menores en una casa de educación hasta su mayor edad ó hasta su establecimiento por vía de matrimonio. El padre emancipa á sus hijos y se niega después á ejecutar la sentencia, invocando la máxima de que á nadie puede obligársele á lo imposible. Se falló por la corte de Rouen que el padre tenía, á la verdad, el derecho de emancipar á sus hijos, pero que este derecho no lo dispensaba de la obligación de ejecutar la sentencia que le ordenaba colocar á los hijos en la casa de educación designada por el juez, en virtud del art. 302. La corte de casación ha mantenido esta resolución. La sentencia de la corte trata de conciliar la emancipación con la aplicación del artículo 302. La emancipación subsistirá, dice la corte de casación, pero no podrá producir más efectos que los que no sean contrarios á lo que soberanamente ha decretado la justicia (1). Somos de opinión que la suprema corte no respeta el derecho que ella reconoce al padre separado de cuerpo para emancipar á sus hijos. Si es válida la emancipación, debe producir los efectos que la ley le anexa; ahora bien, el hijo emancipado es dueño de su persona, ni el padre ni

1 Sentencia de 4 de Abril de 1865 (Daloz, 1865, 1, 387).



el juez tienen el derecho de imponerle un domicilio, ni de confiarlo á la guarda de quien quiera que sea. Mantener la emancipación y rehusarle dicho efecto, es crear una emancipación que la ley no conoce, luego es hacer una nueva ley. Se dirá que hay conflicto entre la emancipación y la sentencia de una corte soberana; á nuestro juicio, no existe tal conflicto ¿Qué es lo que la sentencia ha ordenado? Que se pongan en una casa de educación á los hijos menores; ahora bien, por la emancipación cesan ellos de ser menores, y son mayores en lo que se refiere á sus personas; desde entonces la sentencia cesa de ser aplicable. Se dirá en vano que por culpa del padre no recibe ejecución la sentencia; en principio no hay culpa en donde hay ejercicio de un derecho. El acto que se ejecuta en virtud de la ley no puede atacarse sino cuando se ha hecho con fraude de la ley; luego no habría más que un medio legal de impedir la ejecución del acto de emancipación, y sería pedir su anulación por causa de fraude.

200. Si el padre que sobrevive es destituido de la tutela ó si la madre que vuelve á casarse no es mantenida en la tutela, ¿conservarán, no obstante, el derecho de emancipar á sus hijos? La afirmativa no permite duda alguna. En efecto, la destitución de la tutela no acarrea la caducidad de la patria potestad; aun cuando se admitiese con la jurisprudencia que la guarda del hijo puede limitarse al tutor destituido, no por ello deja de estar investido de la patria potestad, y esto decide la cuestión. Con mayor razón debe ser así de la madre que pierde la tutela, en caso de nuevas nupcias, por no haber convocado al consejo de familia ó que no es mantenida en la tutela. La doctrina y la jurisprudencia están en tal sentido (1). Creemos inútil insistir.

1 Véanse los autores y las sentencias citadas en Dalloz, en la palabra *minorja*, núm. 733.

Aquí vuelve á presentarse la cuestión de saber si el derecho del padre destituido de la tutela está colocado bajo la revisión de los tribunales. Puede decirse que el padre destituido es poco digno de ejercer la patria potestad; y si es indigno de dirigir la educación de sus hijos ¿cómo habría de tener facultad para emanciparlos? (1) Esto es muy justo, pero el argumento va dirigido al legislador, que habría debido restringir, en este caso, la autoridad del padre ó arrebatarla (2). No hay más que un solo caso en que pueda admitirse la intervención de los tribunales, y es el de fraude á la ley. Una madre tutora es destituida por mala conducta notoria y porque da perniciosos ejemplos á sus hijas menores, ella las emancipa, no para procurarles ninguna ventaja, sino para dejar sin efecto la destitución que se le ha impuesto, sustrayendo á sus hijas de la protección del tutor y volviendo á tomar sobre ellas el poder de que ha sido privada. Esto es eludir la destitución, luego es hacer fraude á la ley. Los tribunales pueden anular la emancipación (3).

201. El art. 477, dice que el menor puede ser emancipado por la madre á *falta de padre*. ¿Quiere decir esto, que la madre no puede emancipar sino después de la muerte del padre? ¿ó también puede hacerlo cuando el padre se halla en la imposibilidad de manifestar su voluntad por causa de ausencia ó interdicción? El principio es que el derecho de emancipación pertenece al que ejerza la patria potestad. Regularmente el padre es el único que ejerce esta autoridad durante el matrimonio (art. 373); luego es el único que tiene derecho á emancipar. Tal es ciertamente el sentido del art. 477. Pero la regla recibe excepciones. En

1 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 312, núm. 243, bis 4º.

2 Véase lo que dejamos dicho en el tomo 4º de mis *principios*, números 291, 292.

3 Bruselas, 7 de Enero de 1852 (Dalloz, 1852, 2, 200).



caso de ausencia del padre, el ejercicio de la patria potestad es devuelto á la madre (art. 141); luego ésta debe tener el derecho de emancipar (1). Se objeta que la madre al emancipar al hijo privaría al padre del usufructo que tiene en los bienes de sus hijos. No es tan seria la objeción como se ha creído (2). En nuestro derecho se dice que la madre no puede emancipar sino cuando el hijo ha cumplido diez y ocho años.

En nuestro derecho moderno, la patria potestad no es un derecho del padre sino una protección concedida al hijo. La protección debe cesar cuando, en lugar de ser útil al hijo, le sirve de estorbo. Luego la emancipación es menos un favor que un derecho. En este título, precisa que se otorgue al hijo siempre que le es ventajosa. ¿Por quién? Naturalmente por la madre, si el padre está ausente. La madre no hará sino lo que el padre habría debido hacer en caso de estar presente. Si él pierde el usufructo legal, es como consecuencia de la emancipación. Supuesto que el hijo tiene derecho á la emancipación, tiene, por este mismo hecho, derecho á disfrutar de sus bienes. La madre al emancipar no priva al padre de un derecho, porque la patria potestad no es ya un derecho; en cuanto al usufructo legal, no tiene ya razón de existir cuando cesa la patria potestad.

Hay autores que enseñan el texto del art. 477 (3). A decir verdad, el texto sólo prevée el caso ordinario, como lo hace la ley siempre que habla de la patria potestad (artículo 384); esto no impide que no deba aplicarse á la madre lo que la ley dice del padre, cuando la madre tiene por excepción la patria potestad durante el matrimonio (4). Si

1 Véase el tomo 1º de mis *principios*, núm. 147.

2 Duranton dice que la madre podrá emancipar, pero que el padre conservará el usufructo legal (tomo 3º, p. 264), y de Freminville (t. 3º, número 1027).

3 Toullier, t. 2º, núm. 1287. Proudhon, t. 2º, p. 425.

4 Véase el tomo 4º de mis "principios," núm. 262.

se da una interpretación restrictiva al art. 477, se le pone en oposición con el 141; ahora bien, es en este artículo en donde está el asiento de la materia. El art. 477 establece una regla, el 141 prevée la excepción (1). ¿Hay una segunda excepción cuando el marido está incapacitado? Citamos la cuestión para el título de las *Interdicciones*.

Observamos, aún, á título de singularidad, la opinión de un autor que á cada paso hace la ley, olvidando que hay uno que encadena al intérprete. Demante enseña que la expresión *á falta de padre* permite atribuir el derecho de emancipación á la madre, cuando el padre está incapacitado, ausente ó es indigno. Si el texto permite esto, todo está dicho; nos parece, No; en caso de ausencia, la madre podrá emancipar sola; en caso de interdicción ó de indignidad, no podrá hacerlo sino cuando esté autorizada con conocimiento de causa. ¿Es esto todo? No; nueva restricción aun en caso de ausencia, el menor no tiene diez y ocho años; el examen de la justicia es necesario, porque la emancipación quitará al padre el usufructo legal (2). ¿Es un profesor el que habla ó es un legislador?

202. ¿La madre que ha vuelto á casarse puede emancipar á los hijos del primer lecho sin autorización de su segundo marido? Esta cuestión ha sido vivamente debatida con motivo de un fallo del tribunal de Rennes, que se pronunció en pró de la autorización (3). Ella se reduce á términos sencillísimos. ¿Únicamente se requiere la autorización para res-

1 Demolombe, t. 8º, p. 173, núm. 210 (Aubry y Rau, t. 1º, página 541, y nota 10). Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, página 452, nota 12. Valette, *Explicación del libro 1º*, p. 305. Ducaurroy-Bonnier, y Roustain, *Comentarios*, 1º, núm. 683.

2 Demante, *Curso analítico*, t. 1º, núm. 803.

3 Fallo del tribunal de Rennes, de 21 de Diciembre de 1840 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 774). Véase, *ibid*, una consulta de Dalloz, en el mismo sentido, y una consulta de Vatimesnil, en sentido contrario:



guardar los intereses pecuniarios de la mujer y de la familia? ¿O se exige para todo género de actos jurídicos, en razón de la obediencia y del respeto que la mujer debe al marido, aun en los actos morales? Ya hemos encontrado la dificultad al tratar del reconocimiento de los hijos naturales, y hemos resuelto que la mujer casada, afecta de incapacidad jurídica, no podía verificar ningún acto, cualquiera que fuere, sin la autorización marital (1). Debe aplicarse este principio á la emancipación, tanto como al reconocimiento de un hijo natural. Se objeta que la emancipación es menos un derecho que un deber; pues bien, ¿se concibe que la mujer necesite de una autorización para cumplir su deber? Nosotros contestamos que el intérprete no tiene que examinar la naturaleza del acto que la mujer se halla en el caso de celebrar. Hay un buen número de derechos que implican un deber; poco importa: basta que se trate de un acto jurídico para que el marido deba intervenir. En el caso en cuestión, hay un motivo muy especial que exige y justifica esta intervención. Cuando la viuda que tiene hijos de un primer lecho contrae segundas nupcias, la ley quiere que su segundo marido sea cotutor. ¿Por qué? Porque él, en realidad, será el que administre la tutela. Así, pues, el marido será el que dirija la educación de los hijos. ¿Quién mejor que él sabrá si los hijos merecen ser emancipados? ¿Y se quiere que permanezca extraño á su emancipación? Hagamos notar que la emancipación liberta, en este caso, al hijo, de la patria potestad á la vez que de la tutela. La madre al emancipar al hijo, pone, pues, un término á la co tutela del marido. ¿Y tendrá ella ãse derecho sin que el marido siquiera lo separe? Esto no es admisible. ¿Se teme el abuso de poder del marido? ¿ó su malquerencia hacia los hijos de un primer lecho?

1 Véase el t. 4.º de mis *principios*, núm. 38.

La intervención de los tribunales, á los que puede recurrir la mujer, responde á estos temores.

203. ¿La emancipación otorgada por el padre ó por la madre puede atacarse? De antemano hemos contestado á la pregunta en algunos casos especiales (núms. 199 y 200). En principio, los tribunales no tienen ninguna revisión que ejercer en el ejercicio de la patria potestad; á nuestro juicio, jamás pueden modificarla ni limitarla, porque es de orden público, y las disposiciones concernientes al orden público son del dominio exclusivo del legislador, los particulares no pueden derogarlas, ni los tribunales, á menos que la ley no les dé expresamente derecho para ello (art. 6). No obstante, con más generalidad se sigue la doctrina contraria. Conforme á dicha opinión, se ha fallado que los tribunales podrían anular la emancipación, si causare un perjuicio moral ó material al menor (1). Hay una sentencia en sentido contrario, de la corte de Burdeos, que nos parece más conforme con los verdaderos principios (2). La corte no pone más que una excepción, que se haga la emancipación con fraude de la ley. Esto no se dice en nuestros textos, pero es de principio que el fraude hace siempre excepción. Los tribunales se han establecido para mantener el respeto que los ciudadanos deben á la ley, por esto mismo deben rehusar la sanción de la autoridad pública á los actos que tuviesen por fin y por efecto hacer fraude á la ley, es decir violarla.

204. ¿Los padres naturales tienen el poder de emancipación? Sí, y sin duda alguna; supuesto que tienen la patria potestad, deben tener todos los derechos que de ella derivan, cuando estos derechos se han establecido en favor de

1 Caen, 9 de Julio de 1850 (Dalloz, 1852, 5, 231. Compárese el tomo 4.º de mis *principios*, núm. 292).

2 Burdeos, 14 de Julio de 1838 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 773, 2.º) Compárese Valette, *Explicación del libro 1.º*, p. 308.