

los hijos. Tal es la emancipación. Hay, sin embargo, una dificultad. ¿Quién ejercerá el derecho de emancipación? ¿Hay que aplicar el art. 477 á los padres naturales, y resolver, en consecuencia, que el padre es el único que tiene derecho á emancipar, que la madre no le tiene sino al fallecimiento del padre, y si esta ausente ó incapacitado? La corte de Limoges, sin resolver precisamente esta cuestión, decidió, en principio, que el art. 477, por la generalidad de sus expresiones, no establece ninguna diferencia entre los padres legítimos y los naturales (1). A nuestro juicio, la distinción resulta del art. 373, del cual el 477 no es más que una aplicación. El que ejerce la patria potestad es el que emancipa. Hé aquí por qué el art. 477 da al padre el derecho de emancipar y á la madre no le reconoce ese derecho sino á falta del padre. Queda por saber si el padre natural tiene también el ejercicio de la patria potestad con exclusión de la madre. Remitimos al título de la *patria potestad*, en donde está examinada la cuestión (2).

Núm. 2. De la emancipación otorgada por el consejo de familia.

205. ¿Cuándo puede hacerse la emancipación por el consejo de familia? El art. 478 dice que el menor que se ha quedado sin padre y madre podrá ser emancipado, si el consejo de familia lo juzga capaz para ello. Luego se necesita que el menor se quede sin padres. La razón es que el menor que tiene todavía á sus padres ó á uno de ellos, está bajo la patria potestad; ahora bien, sólo el que tiene la patria potestad puede emancipar al menor. Siguese de aquí que el consejo de familia no tiene calidad en tanto que uno de

1 Limoges, 2 de Enero de 1821 (Dalloz, en la palabra *patria potestad*, núm. 197).

2 Véase el t. 4.º de mis *principios*, núms. 348-349.

los padres vive, porque el superviviente de ellos, sea ó no tutor, conserva la patria potestad.

¿Qué debe decidirse si el que sobrevive de los padres está ausente? El art. 142 dice que seis meses después de la desaparición del padre, si la madre ha fallecido, la *vigilancia* de los hijos se confiará por el consejo de familia á los ascendientes más próximos, y á falta de éstos, á un tutor provisional. ¿Qué significa esta *vigilancia*? Nosotros hemos enseñado que es una verdadera tutela, pero provisional; si el ausente vuelve, recobra la tutela legal y la patria potestad que le corresponden. Supuesto que los menores están en tutela, hay lugar á aplicar el art. 477. Ciertamente es que el padre ausente no se presume muerto; de manera que podría uno prevalerse de la letra de la ley contra nuestra decisión. Contestaremos acerca del art. 477 lo que hemos dicho del 476; la ley prevee el caso ordinario y asienta una regla general; en caso de ausencia, hay una excepción. Luego el art. 142 es el que resuelve la cuestión. Los menores están bajo tutela; tienen derecho á ser emancipados. ¿Quién hará la emancipación? El consejo de familia, supuesto que él es el que emancipa cuando el menor no está bajo la patria potestad. Esta es la opinión general. Demante quiere una restricción; él cree que convendría someter la deliberación del consejo á la homologación del tribunal. Nosotros remitimos la decisión al legislador para que tome nota de ella cuando revise el código civil. También Demolombe querría que el tribunal examinase, en caso de presunción de ausencia, la necesidad ó la utilidad de la emancipación (1). Inútil es combatir estos principios singulares que no tienen base ni en los textos ni en los principios.

1 Demante, t. 2.º, p. 313, núm. 244, *bis*. Demolombe, t. 3.º, p. 183, núms. 223-225; Compárese el tomo 2.º de mis *principios*, p. 186, número 148.

¿Si el que sobrevive de los padres es incapacitado, el consejo de familia podrá emanciparlo? La solución de la cuestión depende del punto de saber por quien se ejercen en este caso la tutela y la patria potestad que pertenecen al que sobrevive. Insistiremos en esto en el título de la *Interdicción* (núm. 303 bis).

Si ambos padres están ausentes, habrá aún tutela provisional, porque la patria potestad que corresponde á los cónyuges ausentes no puede delegarse. Y desde el momento en que hay tutela, puede haber emancipación. ¿Sucedería lo mismo si los padres fuesen emancipados? La patria potestad continúa residiendo en ellos; los padres existen. Por lo tanto no se está ni en los términos, ni en el espíritu del art. 477.

Hay una divergencia grande de opiniones acerca de las cuestiones que acabamos de agitar (1). Creemos inútil detenernos en ellas. En primer lugar, son pura teoría, y no gustamos de debates que no tienen ninguna importancia práctica. En segundo lugar, si por acaso se presentase la dificultad, sería fácil resolverla manteniendo el principio de que el consejo de familia no puede emancipar sino cuando el menor está bajo tutela, con tal que ésta no sea la del superviviente de los padres.

206. Cuando el menor esta bajo tutela, el tutor sería el que debería tener el derecho de emanciparlo de la autoridad tutelar, del mismo modo que el padre tiene el poder de emancipar al hijo, de la patria potestad. No es este el sistema del código de Napoleón. Según los términos del art. 478, el consejo de familia es el que tiene misión de resolver si el menor es capaz de ser emancipado; el tutor debe únicamente entablar diligen-

1 Marcadé, t. 2º, p. 266, art. 479, núm. 1. Demolombe, t. 8º, página 184, núm. 226, Mourlon, t. 1º p. 680.

cias para promover la emancipación, si la juzga necesaria ó útil. Si no promueve ninguna diligencia para tal efecto, dice el art. 479, uno ó varios parientes ó aliados del menor, en grado de primo hermano ó en grado más próximo, que juzguen al menor capaz de ser emancipado, podrán requerir al juez de paz para que se convoque al consejo de familia, á fin de que delibere sobre el asunto. El juez de paz debe asentir á este requerimiento. ¿Cuál es la razón de esta marcha complicada cuando el menor está en tutela, y cuando la logica parece pedir la emancipación por el tutor? Es que la tutela es un cargo difícil, que las más de las veces no se acepta sino con precaución y del cual no se pide más que desembarazarse. Luego si el tutor tuviese el mismo poder que el padre, sería de temer que abusara de él para descargarse de la tutela en perjuicio de su pupilo; mientras que respecto al padre no es concebible semejante temor. Por esto la ley hace intervenir al consejo de familia. El tutor podría á veces tener un interés contrario; si, administrador infiel, saca un provecho ilícito de su gestión, el no provocará la emancipación del pupilo. En esta previsión, la ley da á los parientes más próximos el derecho de requerir la convocación del consejo de familia. La ley nos dice que el juez de paz tiene el derecho de convocar de oficio al consejo, por una sencillísima razón, y es que generalmente aquel magistrado no conoce al menor: ¿cómo podría saber si es ó no capaz de ser emancipado? En el silencio de la ley, los autores están divididos en esta cuestión (1). Creemos que la opinión más jurídica es decidir que el juez no tiene el derecho de provocar la emancipación; se trata de una cuestión de estado, es decir, de orden público; en esta materia el intérprete no puede suplir el silencio de la ley.

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 1º, p. 543, nota 15, y por Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 780.

Por lo demás, la cuestión no tiene interés práctico, porque si el consejo convocado por el juez de paz decidiese que el menor es capaz, es muy evidente que sería válida la emancipación.

Se pregunta si el menor puede provocar su emancipación. Hay acerca de esta cuestión una gran divergencia de pareceres. Nosotros creemos que el silencio de la ley decide la cuestión en contra del menor. Si la convocación del consejo fuese pedida por pariente que no sea de los que la ley indica, ¿el juez de paz deberá asentir á dicho requerimiento? Ciertamente que nó. Por la misma razón, no podría ser obligado á convocar al consejo á instancia del menor. El intérprete no puede imponer á un magistrado una obligación que no le impone la ley. El juez de paz ni siquiera podría asentir á una demanda oficiosa del menor, supuesto que aquel magistrado no tiene el derecho de promover de oficio. Si no hubiese pariente en grado determinado por la ley, el juez de paz convocaría, no dudamos de ello, si tuviese buenas razones para creer que el menor es capaz; el hecho predominaría sobre el derecho, es decir, que hay un vacío en el código, y que éste habría debido dar al juez de paz el derecho de provocar de oficio la emancipación (1).

207. El consejo de familia no puede emancipar al menor sino cuando éste ha cumplido los diez y ocho años, mientras que el hijo puede ser emancipado por su padre cuando aquél tiene quince años cumplidos (art. 478.) Se concibe que la ley no ha podido otorgar la misma confianza al consejo de familia que al padre. El hijo emancipado por su padre, de derecho está emancipado de toda autoridad, pero de hecho queda bajo la dirección moral del autor de

1 Véanse los autores citados por Aubry y Rau, t. 1º, p. 543, nota 15, y Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 780.

sus días; mientras que el menor que se ha quedado sin padres no tendrá ninguna guía, ningún consejo en el día en que se le haya emancipado de la tutela; luego la ley ha debido cuidar de que el menor emancipado se hallase en estado de guiarse por sí mismo.

El art. 478 determina la forma de la emancipación conferida por el consejo de familia. Ella resultará de la deliberación que la haya autorizado y de la declaración que el juez de paz, como presidente del consejo de familia, haya hecho en el mismo acto, de que el «menor está emancipado.»

La ley no dice en dónde debe convocarse el consejo de familia. En el silencio del código debe decidirse que el consejo de familia ha de formarse en el lugar en que el menor tiene su domicilio. ¿Cuál es este domicilio? Estando el menor en tutela tiene por domicilio el de su tutor. En este domicilio es, pues, en donde debe reunirse el consejo (1). La cuestión, no obstante, es controvertida. En otra parte dejamos dicho que la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en admitir un domicilio de la tutela, fijado invariablemente en el lugar donde se ha abierto la tutela. Se ha fallado que el mismo consejo es el que confiere la emancipación (2). Nosotros no aceptamos tal doctrina, y en materia de emancipación, nos parece que hay razones particulares para rechazarla. ¿Acerca de qué está llamado el consejo á deliberar? Acerca de la cuestión de saber si el menor es capaz de ser emancipado. ¿Y quién es el mejor juez de esa capacidad, ó por mejor decir, el único juez competente? ¿No son los parientes, que diariamente ven al menor y que lo conocen? ¿por lo tanto, aquellos que residen en el

1 Marcadé, t. 2º, p. 269, art. 480, núm. 2.

2 Demolombe, t. 8º, p. 199, núm. 245. Compárese el tomo 4º de sus *principios* núms. 447-450.

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 no capaz? A falta de parientes, los mismos amigos serian 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).

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

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 *minoris*, número 791.