

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 á 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 Timmermáns, p. 91, núms. 152 y 153. Hay una sentencia en sentido contrario de M. Schuermáns (Timmermáns, 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 dársele 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). Timmermáns, p. 95. Beckers, 112, núm. 98.

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

3 Pasircrisia, 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 alegal 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.

no determinar los casos en que la mujer tiene una hipoteca legal sino el modo de cómo se ha de especificar esta hipoteca. En cuanto á los créditos garantizados por la hipoteca legal es el art. 47 el que establece su principio. Siendo la regla que toda acción de la mujer contra su marido está seguida de una hipoteca era inútil enumerar estos derechos. La enumeración es una cuestión de interpretación, no es del dominio del legislador, toca á la doctrina interpretar la ley.

De esto resulta que toda hipoteca de la mujer casada es legal. Los autores distinguen, sin embargo, una hipoteca convencional y una legal propiamente dicha. En nuestro concepto dicha distinción no es exacta; volveremos á tratarla. Por ahora se trata de determinar el caso en el que la mujer tiene un recurso contra su marido; este es el recurso que la ley quiere asegurar con una garantía hipotecaria. De aquí la hipoteca legal.

*Núm. 1. De la dote.*

334. El primer crédito de que se habla en el § 2, título *De las Seguridades de las Mujeres Casadas*, es el de la dote. ¿Significa que la mujer casada tenga una hipoteca legal en todos los casos en que haya una dote? Hay dote bajo todos los regímenes. En efecto, el Código, según la clasificación legal, no admite más que dos regímenes: la comunidad legal ó convencional y el régimen dotal; dice: «La dote bajo *este régimen*, como el *del capítulo II*, es el que la mujer aporta al marido para soportar los cargos del matrimonio.» Y la mujer aporta siempre una dote cualquiera, aunque sólo sea el de su trabajo personal. Pero se debe uno guardar de concluir que la mujer tiene siempre una hipoteca legal en garantía de su dote. Toda hipoteca es una garantía accesoria de una obligación principal; para que la mujer tenga una

hipoteca por su dote se necesita que haya una acción en razón de la dote contra el marido, y puede suceder, como vamos á verlo, que la mujer no tenga acción contra su marido por su dote; en este caso no se podría tratar de hipoteca legal ni convencional.

335. Bajo el régimen de la comunidad legal todos los bienes de la mujer son dotales en el sentido de la definición que el art. 1540 da de la dote (núm. 334). El mobiliario de la mujer, presente ó futuro, entra en el activo de la comunidad, así como los frutos y rentas de sus propios inmuebles. Sin embargo, la mujer no tiene hipoteca por su dote mobiliario, porque no tiene acción, acerca de este punto, contra su marido. La fortuna mobiliario de la mujer está comprendida en el activo de la comunidad. Si la mujer renuncia á la comunidad pierde todo derecho sobre el mobiliario que entró en ella por su parte (art. 1492); y no teniendo ninguna acción contra su marido no podría tener ninguna hipoteca. Si la mujer acepta la comunidad toma la mitad en el estado en que se halla, y sin tener ningún derecho que ejercer contra su marido; luego no tiene hipoteca legal, y ni aun podría estipular una porque no hay hipoteca sin crédito principal al pago de que está afectado. (1)

La Corte de Casación lo juzgó así en una sentencia apenas motivada. (2) Se han hecho objeciones que no tienen sentido. El art. 2121 (Ley Hipotecaria, art. 47), dicen, atribuye la hipoteca legal á los derechos y créditos de la mujer, disposición general que no se aplica á todos los casos. Sí, pero con una condición: que tenga la mujer un derecho ó un crédito contra su marido y, por consiguiente, en sus bienes. ¿Y cuál es el derecho de la mujer comunera contra su marido? Es inútil insistir, puesto que

1 Martou, t. III, p. 11, núm. 884. Pont, t. I, p. 460, núm. 435.

2 Denegada, 15 de Junio de 1842 (Dalloz, en la palabra Privilegios, número 689, 4.º Compárese núm. 887).

los más sencillos elementos del derecho bastan para decidir la cuestión, si la hay. La Corte agrega que la mujer no puede reclamar más que su privilegio de coparticipe con la condición de conservarlo. Esto es obvio decirlo, puesto que lo dice la ley (art. 1476). Hay dos sentencias en el mismo sentido, de la Corte de Burdeos, que se limitan á citar la sentencia de la Corte de Casación. (1) Sin embargo, hubo una corte que decidió que la mujer tenía una hipoteca legal en garantía de su dote mobiliario. Fué una corte del Mediodía la que pronunció tan singulares sentencias; sin duda confundió la dote bajo el régimen dotal y la dote bajo el régimen de comunidad. (2) La Corte de Aix trató de motivar su decisión, invocando los términos generales del art. 2135 que menciona, como el art. 64 de nuestra Ley Hipotecaria, la dote entre los créditos por los que la mujer tiene hipoteca á contar desde el día del matrimonio. Basta con leer estas disposiciones para convencerse de que tienen por objeto no determinar los casos en que la mujer tiene una hipoteca legal sino el lugar de esta hipoteca; arreglando el lugar de la dote la ley supone que la mujer tiene hipoteca por este punto, pero no dice que la mujer tiene hipoteca únicamente porque tiene dote; es el art. 2121 (Ley Hipotecaria, artículo 471) el que decide la cuestión; y el buen sentido basta para decidirlo, puesto que no se concibe hipoteca sin un derecho que tenga por objeto garantizarlo.

En cuanto á la dote inmobiliar la mujer puede tener una acción contra su marido, puesto que éste administra los bienes y es responsable de su administración (art. 1428). Teniendo la mujer una acción contra su marido en razón de la administración que la ley le confía esta acción está garantizada por la hipoteca en virtud del principio general del art. 47 (Código Civil, art. 2121).

1 Burdeos, 2 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 78), y 2 de Junio de 1876 (Dalloz, 1876, 2, 143).

2 Aix, 16 de Agosto de 1872 [Dalloz, 1874, 2, 131].

336. Bajo la comunidad convencional la cuestión de saber si la mujer tiene una acción por su dote mobiliario y, por consiguiente, una hipoteca depende de las convenciones matrimoniales. Si la mujer estipula la devolución de su mobiliario dotal, total ó parcialmente, tiene un crédito por este punto contra el marido, luego una hipoteca. Sucede lo mismo con la comunidad reducida á los gananciales y en la cláusula de realización. Pero la mujer no tiene hipoteca por la parte de su dote mobiliario que entra al activo de la comunidad convencional, puesto que por este punto no tiene acción contra su marido. También puede suceder que no tenga acción por su dote inmobiliar; si todos sus inmuebles se han hecho muebles, ó si algunos de ellos lo están, la mujer no tendrá ya derecho por este punto de sus inmuebles más que por el de su fortuna mobiliario, sólo tiene derecho por la comunidad, y sin acción no hay hipoteca.

337. Bajo el régimen de exclusión de comunidad el marido sólo tiene el goce de los bienes de la mujer, muebles ó inmuebles; debe hacer la restitución á la disolución del régimen. La mujer tiene, pues, una acción por el punto de su dote mobiliario ó inmobiliar y, por consiguiente, una hipoteca en garantía de su crédito.

338. Bajo el régimen de separación de bienes la mujer contribuye á los cargos del matrimonio hasta concurrencia del tercio de sus productos. Esta es la dote que aporta al marido; no tiene hipoteca por este punto y no podría estipularla, á menos de modificar el régimen, porque el tercio de los productos que la mujer debe entregar al marido se convierte en propiedad de éste, dispone de ellos como quiere y por este punto no está obligado á ninguna restitución.

En cuanto á los dos tercios de los productos que quedan á la mujer están á su disposición; es también ella la que administra sus bienes y quien los goza. Si el hecho res-