

CAPITULO II.

Cómo se hace la emancipación.

§ I. DE LA EMANCIPACION TÁCITA.

195. «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 jamas 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 habia 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 París 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 a 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 (Dalloz, 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. 3º, 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 acreeder 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 habian de intervenir en el ejercicio de la patria potestad? La ley dice que el padre emancipa por su sola voluntad. Asi, pues, este es un derecho anexo á la patria potestad; en tanto que el padre la conserve, tiene un poder absoluto para emancipar, sia 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 hijó, 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 1.º del Código civil*, p. 308.

2 Véase el tomo 3.º de mis *principios*, núm. 294.

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 podria 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 arrebatársela (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 (Daloz, 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 prevee 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 Frenouville (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 prevé 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, Nó; 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? Nó; 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 quita 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 Demoiombe, 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 ese 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 (Daloz, 1852, 5, 231. Compárese el tomo 4º de mis *principios*, núm. 292).

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

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 lo tiene sino al fallecimiento del padre, y si está 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. Reinitimos 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 (Daloz, 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 nó 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. Cierto 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. 2º. p. 313, núm. 244, *bis*. Demolombe, t. 3º, p. 183, núms. 223-225; Compárese el tomo 2º 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 ni una 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; sí, 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 nó 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 officiosa 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 a 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. Compérese el tomo 4º de mis *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 nó 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.