

CAPITULO I.

PRINCIPIOS GENERALES.

193. La emancipación es de orden público. Esto resulta del objeto mismo de la institución. Este pone término á las potestades paternal y tutelar, que ambas son de orden público, supuesto que se refieren al estado de las personas y á la incapacidad que es su consecuencia; luego la emancipación es también de orden público, tanto como la mayoría. La emancipación es, además, de orden público, porque la curatela que la acompaña tiene por objeto proteger á incapaces, porque los menores emancipados siguen siendo menores; ahora bien, la protección de los incapaces es de derecho público, porque la sociedad tiene el deber de proteger á aquellos de sus miembros que no pueden protegerse á sí mismos.

Este principio era aceptado por el derecho antiguo (1);

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *curador* (t. 7º, p. 18).

pero no se observaba con rigor. Se permitía á los padres limitar la emancipación ordinaria prohibiendo ciertos actos á los hijos que emancipaban. Toullier dice que en el código nada se ve que sea contrario á esta prudente disposición que sólo puede tender al mayor bien de los menores (1). Este es un error evidente, á nuestro modo de entender. El art. 6 prohíbe en términos absolutos derogar las leyes que interesan al orden público; luego toda derogación de las disposiciones del código que rigen la emancipación está afectada de nulidad. Es cierto que el legislador se desvía á veces del rigor del principio; así es que permite á los cónyuges que modifiquen por su contrato de matrimonio la incapacidad jurídica de la mujer. Pero para esto se ha necesitado una disposición expresa, y se necesitaría también para permitir, sea á los padres, sea al consejo de familia, que modifiquen la incapacidad del menor. En el silencio del código, se permanece bajo el imperio del principio que prohíbe derogar las leyes de orden público (2).

194. El menor emancipado está colocado bajo curatela. Hay una gran diferencia entre la autoridad del curador y la del padre y del tutor. La ley da el nombre de potestad á la autoridad del padre, y también se dice la potestad tutelar; por más que la expresión no esté en armonía con los principios de nuestro derecho civil moderno, traduce bien la idea de que el menor bajo potestad no tiene el ejercicio de ninguno de sus derechos; reputado incapaz, la ley le da un protector que es representante en todos los actos civiles; es el padre, es el tutor el que obra en su nombre; el menor no figura en los actos jurídicos que le conciernen. Otra cosa sucede con el menor emancipado; está libre de toda potestad, precisamente porque él gobierna su propia persona

1 Duparc-Poullain, *Principios de derecho*, t. 1º, p. 358. Toullier, tomo 2º, núm. 1300.

2 Compárese Dalloz, en la palabra *minoría* núm. 779.

y porque maneja sus intereses por sí mismo. El curador simplemente lo asiste, y esta asistencia ni siquiera es la regla; el menor no es asistido sino en los casos previstos por la ley; cuando la ley no exige la asistencia, el menor emancipado procede solo. Así es que, á diferencia del padre que es administrador legal de los bienes de sus hijos y del tutor que administra los bienes de sus menores, el curador no administra. Sígnese de aquí que no es responsable. Si de hecho manejara el patrimonio del menor, debería ciertamente cuenta de esta gestión extralegal; esto sería ó un mandato ó una gestión de negocios; y el mandatario, así como el gerente, son responsables. Porque los curadores no administran y no deben cuenta, ¿ha de inferirse que no son responsables?

Cierto es que no pueden responder de una gestión que no tienen. En este sentido se decía en el antiguo derecho, que los curadores no eran responsables de nada hacia los menores, porque no tenían ninguna contabilidad; no obstante, se añadía esta restricción, que estando obligados los curadores á vigilar el empleo del dinero reembolsado á los menores, ellos estarán en el caso de ser requeridos si los hubieran dejado disipar (1). Luego no puede asentarse como principio que los curadores son responsables. Quedan por determinar los límites de esta responsabilidad. A este respecto reina una gran confusión en la doctrina. El uno dice que el curador es responsable según las reglas del derecho común. Demolombe da á entender con esto que el curador responde del dolo, y de su falta cuando es bastante grave para engendrar contra él una responsabilidad; cita los arts. 1382, 1383 y 1992 (2). Que el curador sea

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *curador*, pfo. 1.º, núm. 12 (t. 7.º, página 23).

2 Demolombe, t. 8.º, p. 204, núm. 258.

responsable de su dolo, ni se necesitaba decir, supuesto que toda persona es responsable del dolo. ¿Pero cuál es esta falta grave de que se le declara responsable? ¿Es la responsabilidad del deudor convencional, ó es la del delito y del cuasi-delito? Se citan á la vez las disposiciones que rigen los delitos y la disposición que norma la responsabilidad del mandatario. Hay en esto una incompatibilidad absoluta que proviene de que no se distinguen los diversos órdenes de ideas. Durantón es igualmente inexacto. Comienza por decir que el curador es responsable como todo mandatario que no cumple con su mandato; y de ello infiere que no podría ser perseguido, sino por su dolo, falta ó negligencia grave; y en apoyo de esta extraña doctrina, cita los artículos 1382 y 1383 (1). Si quiere uno atenerse á los principios del mandato, entonces hay que hacer á un lado los artículos 1382 y 1383, que hablan de los delitos, y aplicar el art. 1992, que impone al mandatario la responsabilidad general del art. 1137, es decir, la de la falta ligera, salvo el moderarla, porque el mandato del curador es gratuito. Si se quiere resolver la cuestión por los arts. 1382 y 1383, entonces el curador será responsable no solamente del dolo y de la falta grave, sino de la falta la más ligera, puesto que el art. 1383, de forma formalmente que cada uno es responsable del daño que causa por negligencia ó por imprudencia.

Toullier dice que los curadores no son responsables, ni siquiera por no haber colocado los capitales reembolsados al menor; él se funda en el silencio del código que no impone ninguna responsabilidad al curador (2). Esto es razonar muy mal. Si alguna regla universal existe en derecho como en moral, ciertamente que lo es la de la responsabi-

1 Durantón, t. 3º, p. 651, núm. 680, seguido por Marcadé, t. 2º, p. 271, art. 482, 1º.

2 Toullier, t. 2º, p. 272, núm. 1297.

lidad: la dificultad consiste únicamente en determinar sus límites con precisión. Los eruditos editores de Zachariæ, han fijado su atención, como nosotros, en la incoherencia que reina en la doctrina sobre la responsabilidad del curador; esto depende, dicen ellos, en que los autores no han distinguido las diversas funciones que desempeña el curador. Cuando simplemente asiste al menor, él no responde sino de su dolo ó de la falta grave, asimilada al dolo. Tal es la regla, pero á veces la ley encarga al curador que vigile de una manera especial los intereses del menor; así el art. 482 quiere, en primer lugar, que el curador asista al menor, cuando éste tenga que recibir un capital mobiliario, y en seguida agrega la ley que el curador vigilará la colocación del capital. Esta vigilancia es más que una asistencia; síguese de aquí que el curador incurre en una responsabilidad más estrecha, y es la de los arts. 1382 y 1383, dicen Aubry y Rau (1). Nosotros les preguntaríamos en dónde se dice que un mandatario legal responde únicamente de su dolo. Y si los arts. 1382 y 1383 son aplicables á las obligaciones que tienen su origen en la ley ¿por qué se limita su aplicación á ciertos casos cuando esas disposiciones están concebidas en los términos los más generales?

Hemos entrado en estos detalles para mostrar que es vaga é incierta la doctrina en esta materia como en tantas otras, y cuán necesario es asentar principios ciertos. El curador es un mandatario legal; sus obligaciones tienen su fuente en la ley; ¿cuál es la responsabilidad que la ley implica en estas obligaciones? Toullier tiene razón en decir que la ley está muda. En el silencio de la ley, hay que razonar por analogía. El tutor es también un mandatario legal; ¿qué responsabilidad le impone la ley? El responde de su mala ges-

1. Aubry y Rau, t. 1º, p. 517, y notas 8 y 9 (de la 4ª edición).

tión 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 tólo 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