

TITULO X.

DE LA TUTELA ¹

CAPITULO I.

ORGANIZACION DE LA TUTELA.

SECCION I.—Principios generales.

§ I. DE LOS MENORES.

361. El art. 388 establece que «el menor es el individuo de uno y otro sexo que no ha cumplido todavía la edad de veintiún años.» El art. 488 completa esta disposición, diciendo que un individuo es capaz de todos los actos de la vida civil cuando ha cumplido veintiún años. Luego el menor es incapaz de los de la vida civil. Su incapacidad se deriva de la misma naturaleza. Tienen que pasar muchos años para que el niño desarrolle sus fuerzas físicas; el desarrollo intelectual es todavía más lento; y cuando la inte-

¹ Magnin, "Tratado de las minorías, tutelas y curatelas," 2, vol. París, 1835. De Tréminville, "Tratado de la minoría y de la tutela", 2, vol. Clermont, 1845.

ligencia comienza á manifestarse, falta la experiencia necesaria para que el hombre dirija su persona y administre sus bienes. Necesita, pues, un guía la persona cuyas facultades intelectuales y morales no han adquirido toda su fuerza.

La ley debe velar en la educación y en los intereses de los que por sí mismos no pueden gobernar su persona y sus bienes. ¿Hasta cuando debe durar este estado de incapacidad que proviene de la tierna edad? Esto depende del clima, de las costumbres y de las instituciones políticas de las diversas naciones. En un solo y mismo país, hay diferencias de un individuo para el otro. El legislador no puede tener en cuenta estas diferencias, cuando norma la duración de la minoría; las leyes se formulan para la generalidad de los hombres y no para las excepciones. En el derecho antiguo, se seguía generalmente el derecho romano que fijaba la mayor edad á los veinticinco años. La ley de 20 de Septiembre de 1792 amenguó el término en los veintiún años. Tal era también la edad admitida por la constitución del año VIII (art. 2) para el ejercicio de los derechos políticos. El orador del gobierno expuso muy bien los motivos que tuvieron presentes los autores del código para mantener la mayoría de la ley de 1792. En varias provincias de la antigua Francia, como Anjou y Maine, la minoría cesaba á los veintiun años, sin que por ello sufriesen los intereses privados y el orden público. Los progresos de la instrucción y de la educación aceleran el desenvolvimiento de las facultades intelectuales y morales; la revolución, al convocar á los hombres para la vida política contribuyó á formar tempranamente su razón y á darles la experiencia de los hombres y de las cosas. Desde ese momento el interés de los individuos tanto como el del Estado exigían que se anticipase la época de la mayor edad; porque cuando se prolonga demasiado la minoría, se lesiona

á los individuos y la sociedad pierde el trabajo de todos aquellos que por naturaleza son capaces, y que las leyes hacen mal en declarar incapaces (1).

362. ¿Cómo se computan los veintiún años? ¿Se aplicará el art. 2260 según el cual la prescripción se computa por días y no por horas? La mayor parte de los autores resuelven, y con razón, que esta disposición no es aplicable al cálculo de la mayor edad. En el título de la *Prescripción*, diremos nosotros por qué motivos particulares se cuenta, en esta materia, por días en lugar de contar por horas. Estos motivos nada tienen de común con la mayor edad. No se computan por hora los actos notariados ó bajo firma privada, mientras que el acta de nacimiento indica la hora en la cual nace el niño (art. 57); por esto es que si un niño nace el 31 de Diciembre de 1850 á las doce del día, tiene veintiún años cumplidos el 31 de Diciembre de 1871 al medio día. ¿Por qué, en virtud de una ficción legal había de prolongarse su minoría en un solo día, no teniendo en cuenta el del nacimiento? (2). ¿Suponiendo que el acta de nacimiento no indicase la hora en que el niño ha venido al mundo, habría que esperar, como generalmente se enseña, á que hubiese transcurrido el último día del plazo? No vemos la razón por la cual la negligencia del oficial público habría de modificar los principios. A falta de actas del estado civil, se puede recurrir á los registros que llevan los parientes, y hasta la prueba testimonial, que muy raras veces fallará; porque el nacimiento de un hijo es un suceso venturoso, cuyo preciso momento se graba en la memoria de todos los miembros de la familia, como un recuerdo de fidelidad (3).

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 2 (Loché, t. 3º, p. 411).

2 Esta es la opinión común, Dalloz, en la palabra *minoría*, número 30, salvo el disentimiento de Demante, *curso analítico*, t. 2º, página 208, núm. 133, bis.

3 Demolombe, t. 7º, p. 297, núm. 407. En sentido contrario, Za-

363. El código no trata de la minoría, en nuestro título, sino bajo sus relaciones con la tutela. En el tercer libro se ocupa de la incapacidad jurídica de los menores, y de la consecuencia que de ella resulta para los actos que ejecutan. Nosotros seguiremos el orden del código civil. De qué el código organice la tutela en el título de la *Minoría*, no debe inferirse que todo menor tenga necesariamente un tutor. Ya hemos dicho que no hay tutela durante el matrimonio de los padres; el hijo está entonces bajo la potestad. La tutela se abre después de la disolución del matrimonio; el superviviente reúne en sus manos la autoridad del padre y el poder del tutor, y ya hemos dado la razón. Hemos visto también que si el superviviente no es tutor, conserva, no obstante, la potestad paternal, en lo que concierne á la educación del hijo, pasando la administración de los bienes al tutor (núms. 266 y 363). Por el momento consideramos la tutela como un poder distinto, haciendo abstracción de la patria potestad.

Acabamos de decir que la tutela se abre con el fallecimiento uno de los padres. La doctrina admite diversos excepciones á este principio. Ensénase desde luego que los hijos naturales están necesariamente en tutela desde que nacen (1); insistiremos más adelante acerca de este punto que es muy dudoso, á nuestro juicio (núm. 413). Se pretende también que hay lugar á tutela, cuando uno de los padres está ausente, en el sentido legal de la palabra; en el título de la *Ausencia*, hemos examinado la cuestión (2). Ensénase también que el divorcio inicia la tutela. La ley no dice eso, sino que se limita á decir que se confiarán los hijos cuando se pronuncie el divorcio por causa *chariæ*. traducción de Massé y Vergé y los autores que él cita, t. 1º, p. 383, nota 2.

1 Aubry y Rau, *Curso de derecho civil francés*, t. 1º, p. 360.

2 Véase el tomo 2º de mis *Principios*, núm. 145.

determinada, y agrega que los padres conservan el derecho de vigilar el sostenimiento y la educación de sus hijos; lo que implica que la patria potestad subsiste, salvo las modificaciones que la ley autoriza que hagan los tribunales para mayor ventaja de los hijos, como lo expresa el artículo 302. No puede ser, pues, cuestión de nombrar un subrogado tutor, como lo dice Toullier, seguido por Marcadé (1), ni de consejo de familia, ni de hipoteca legal.

Muy cierto es que si hubiese tutela habría también hipoteca legal, pero ¿puede haber hipoteca legal sin ley? ¿Y en dónde está la ley que establece una tutela en caso de divorcio? Sin duda que el legislador habría podido y aun habría debido organizar una protección especial para los hijos, cuando ya no encuentran en sus padres divorciados el apoyo y la protección que tenían durante el matrimonio; pero no lo ha hecho, y no corresponde ciertamente al intérprete crear tutela é hipotecas. Hay, pues, que ajustarse á los artículos 302 y 303, y conformarse con el poder discrecional que la ley otorga al juez.

Por último, se enseña que hay lugar á una tutela provisional, cuando padre y madre se hallan en la imposibilidad física, moral y legal de ejercer la patria potestad. Demolombe tiene razón al decir que esto no es admisible. Sin duda que deben tomarse algunas medidas en interés de los hijos menores; los tribunales intervendrán, en caso necesario, para confiar provisionalmente la guarda de los hijos á un pariente ó á un amigo, así como la gestión de sus bienes; pero no tienen derecho para transformar esta administración en tutela; la tutela tiene efectos legales que no pueden existir sin ley (2).

1 Toullier, t. 2º, núms. 1093, 1095, p. 199. Marcadé, t. 2º, p. 186 art. 390, núm. 1.

2 Demolombe, t. 6º, núm. 451 y t. 7º, núm. 27. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1º p. 366 y nota 4, y Magnin, t. 1º, núm. 492.

§ II.—DE LA TUTELA.

Número 1. Definición.

364. Defínese la tutela, un encargo civil conferido á una persona por la ley ó en virtud de sus disposiciones, para administrar gratuitamente la persona y los bienes de un menor (1). Siendo los menores incapaces para conducirse y administrar sus bienes, la ley les da tutores que están encargados de educarlos y de administrar sus intereses. El nombre de tutor indica la misión que la ley les confía: viene de una palabra latina que significa defender, proteger. El tutor es el protector, el defensor legal del menor. Nuestro código dice que él cuida la persona del menor y que lo representa en todos los actos civiles.

Existe, pues, mucha analogía entre la tutela y la patria potestad: idéntico es el objeto, la educación y la administración de los bienes; pero difieren los medios, en el sentido de que el legislador da á los padres un poder más extenso que aquel de que gozan los tutores. El código dice que el tutor toma á su cuidado la persona del menor, no dice que ejerza una potestad, mientras que la ley califica de *autoridad* los derechos con que reviste al padre y á la madre. Esto no es únicamente una diferencia de palabras. El padre tiene una autoridad ilimitada en lo concerniente á la educación del hijo; no hay más excepción que cuando el hijo tiene bienes personales; el padre, en este caso, debe educarlo de conformidad con su fortuna. Ahora bien, el hijo bajo tutela regularmente tiene bienes, supuesto que es heredero de su padre ó de su madre predecedidos. El tutor debe girar estos bienes para mayor interés del hijo: de aquí la obligación que se le impone de tomar el parecer del consejo de familia sobre los gastos que pueda hacer para la

1 Durantón, t. 3º, p. 403, núm. 410.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. A. N. L.