

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.

educación de su pupilo (art. 454). En tanto que el hijo tiene padres, la ley descansa en el amor de éstos para moderar el ejercicio de la patria potestad; no teme darles el derecho de retención, ni aun por vía de autoridad. Al tutor le permite únicamente que presente sus quejas ante el consejo de familia, no puede provocar la reclusión del menor, sino cuando está autorizado por ese consejo (art. 468). El padre tiene derechos que jamás pertenecen al tutor, el derecho de consentir al matrimonio, al divorcio, á la adopción, el derecho de emancipación.

En lo tocante á la administración de los bienes, las diferencias son igualmente grandes, y ya las hemos señalado. Puede decirse del padre como del tutor que representa al hijo menor en todos los actos civiles; pero sus poderes son más extensos, no lo vigila un subrogado tutor, no está sometido á la inspección de un consejo de familia. El hijo no tiene contra el padre las garantías que la ley otorga al menor contra su tutor. Ya hemos dado la razón (números 317-319).

365. La tutela del derecho francés difiere considerablemente de la tutela romana. En derecho romano, el pupilo salido de la infancia, gestionaba él mismo sus negocios, el tutor se limitaba á asistirlo; mientras según el código Napoleón, el tutor representa al menor en todos los actos civiles; es, pues, su mandatario legal (art. 450). Nuestra legislación está más en armonía con la realidad de las cosas. ¿Para qué tiene un tutor el menor? porque es incapaz; si es incapaz ¿á qué conduce hacerlo figurar en actos que le interesan? esta es una pura ficción, y el derecho francés no gusta de las ficciones, sólo debe recurrirse á ellas cuando haya necesidad; en cambio, hay actos jurídicos en los cuales el menor francés figura en persona como parte principal, porque la naturaleza de tales actos exige una interven-

ción personal; de suerte que habría una ficción en representarlo por su tutor. El menor que se casa se presenta en persona ante el oficial del estado civil para contraer los compromisos solemnes que sería ridículo subscribir por medio de procurador; y como el contrato de matrimonio es el accesorio del matrimonio celebrado por el oficial del estado civil, aquí también el menor habla personalmente. El menor puede testar á la edad de diez y seis años dentro de ciertos limites; por su naturaleza, el testamento excluye toda voluntad extraña; por otra parte, reconocido capaz de disponer de sus bienes, hay mayor motivo para exigir que esté representado por su tutor. El menor puede también subscribir un contrato de aprendizaje, con el concurso y el apoyo de las personas bajo cuya autoridad se encuentra (ley del 22 germinal, año XI, art. 9); como liga su libertad por varios años, naturalmente él es el que debe hablar; lo mismo sería, y por igual razón, si el menor contrajese un compromiso en el teatro. Desde el momento en que la persona y la libertad entran en causa, no se concibe que el menor siga atado por una voluntad extraña (1).

366. Hemos definido la tutela un cargo *civil*. Comunemente se dice que es una institución de derecho público, porque interesa á la sociedad entera, en el sentido de que tiene por objeto el estado de las personas, el gobierno de las familias y la conservación de su patrimonio (2). Esta es una idea tradicional. Pothier dice también que la tutela es un cargo público. Hace descansar este principio no en el objeto de la tutela, sino en el modo de establecerla; en el antiguo derecho, toda tutela era dativa, al menos en los países de derecho consuetudinario, y conferida por los tri-

1 Mourlon, *Repeticiones*, p. 554. Ducaurroy, *Comentario*, t. I. número 618, p. 463. En sentido contrario, en lo que concierne al contrato de aprendizaje, Demolombe, t. 7º p. 561, núm. 798.

2 Demolombe, "Curso de Código Napoleón." t. 7º, p. 13, núm. 30.

bunales, luego lo era por autoridad pública. Este motivo ya no existe en el código Napoleón; es la ley la que confiere la tutela, ó es el último moribundo de los padres, ó es el consejo de familia. Y aun cuando los tribunales interviniesen, de ello no resultaría que la tutela fuese de derecho público. Las disposiciones mismas del código prueban lo contrario.

El tutor puede excusarse de la tutela, ejerce una de las funciones públicas determinadas por la ley. ¿Cuál es el fundamento de esta excusa? El orador del Tribunal, después de haber dicho que la tutela es un cargo público, agrega que se discierne en nombre de un interés particular; de donde infiere que el servicio del Estado debe predominar sobre las obligaciones del tutor (1). ¿No es esto confesar que el tutor ejerce un interés privado? Administrar los bienes y cuidar la persona de un hijo; ciertamente que no son funciones públicas. Hay, pues, que dejar en su lugar la doctrina tradicional, que ya no tiene razón de ser en nuestro derecho moderno.

Potier derivaba esta consecuencia que los extranjeros son incapaces de ser tutores así como las mujeres (2). Esta es una nueva razón para abandonar la tradición. Las ascendientes pueden ser nombradas tutoras, por más que las mujeres no puedan ejercer función pública.

No obstante, se ha juzgado que los extranjeros no pueden ser tutores. Nosotros hemos combatido esta doctrina en el primer volumen de nuestros principios (3), y persistimos en nuestra opinión. Todo lo que puede decirse, es que la tutela es un cargo público, en el sentido de que los que son llamados á ejercerla, no pueden rehusarla. La razón es que la ley la impone; el mismo código lo dice. Según el

1 Leroy, Discurso, núm. 12, Loerè t. 3º, p. 429.

2 Pothier, "Tratado de las personas," núm. 153.

3 Véanse mis *Principios*, t. 1º, núm. 445.

art. 2370, hay compromisos que resultan de la sola autoridad de la ley; el código da como ejemplo los de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que se les confiere! Hay que agregar que teniendo por objeto la tutela vigilar la persona y los intereses de las personas incapaces, es, por esto mismo, de orden público. De donde se sigue que no puede derogarse por convenciones particulares á las disposiciones del código que norman los deberes de los tutores, la manera de su administración y su destitución. Tales convenciones serían nulas. Más adelante veremos algunas aplicaciones de este principio. Hay que concluir también que la acción de los tribunales, en esta materia está limitada por los textos del código. La ley es la que organiza la tutela; los jueces tienen por misión aplicar la ley, y no pueden modificarla.

La cuestión es, no obstante, controvertida, las cortes se deciden lo más á menudo por las circunstancias de la causa, y en la doctrina también, hay mucha incertidumbre. Se lee en una sentencia de la corte de casación que la tutela no atañe al orden público sino en lo concerniente al interés del menor; de donde la sentencia concluye que el consejo de familia puede restringir los poderes del tutor para poner en salvo este interés (1). Sin duda que con motivo de los menores es por lo que la tutela es de orden público; está organizada para proteger á incapaces, y todo lo que concierne á los incapaces es de orden público. ¿Pero de qué manera provee la ley á los intereses de los menores? ¿acaso da un pleno poder, sea al consejo de familia, sea á los tribunales? Nó, ella define con cuidado los poderes del tutor. Si se trata de actos de administración, le deja una gran latitud y no limita su acción ni por la intervención del subrogado tutor, ni por la del consejo de familia; mucho me-

1 Sentencia de la corte de casación, de 20 de Julio de 1842. (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 493, 1º)

nos da á los jueces la misión de inspeccionar su ejercicio, como lo dice la corte de Limoges (1).

Cuando los actos se salen de los límites de una simple administración, el código obliga al tutor á que pida la autorización del consejo de familia; en este caso, el tribunal no tiene el derecho de homologar, y únicamente interviene cuando hay un recurso contra las deliberaciones del consejo de familia. Por último vienen los actos más importantes, de la tutela para los cuales exige la ley la homologación del tribunal. Así, pues, todo está definido en la ley, nada abandona al poder discrecional del consejo de familia ni de la justicia. Si se admitiese, con la corte de casación, que el consejo de familia puede restringir los poderes del tutor, habría también que admitir que puede aumentarlos cuando el interés del menor lo exija. Esto equivaldría á abolir la mitad del título de la tutela. Nosotros concluimos con la corte de Tolosa que, fuera de los casos en que el código exige la intervención del consejo de familia, no puede intervenir para imponer condiciones y restricciones á la acción del tutor (2).

Núm. 2. Nociones Generales.

367. La tutela se discierne por la ley ó en virtud de sus disposiciones. Se abre por la muerte de uno de los padres; la ley la discierne al que sobrevive. Si éste, tutor legal, llega á morir durante la menor edad de los hijos, puede elegirle un tutor. Cuando no hace uso de esta facultad, la tutela pasa, en virtud de la ley, á los ascendientes. A falta de éstos, el consejo de familia es el que nombra al tutor. ¿Cuál es el principio que sigue la ley en la delación de la tutela y en el orden que establece para las diversas espe-

1 Limoges, 28 de Febrero de 1846, Dalloz, 1846, 2, 153.

2 Tolosa, 2 de Julio de 1821 (Dalloz, en la palabra *minoría*, número 402, 2°)

cies de tutela? El orden de la sociedad, contesta Domat, no tolera que los huérfanos sean abandonados; este deber concierne, pues, naturalmente á las personas que le sean próximas, tanto porque la proximidad á ello los liga más estrechamente cuanto porque el cuidado de los bienes de los menores concierne á los que la ley llama á sucederles (1). Hay algo de verdad en esta consideración, pero no es más que secundaria. Lo que lo prueba, es que el pariente más próximo no es necesariamente tutor. Cuando el superviviente de los padres rehusa la tutela ó se excusa, no pasa al más próximo pariente, sino que el consejo de familia es el que tiene misión de escoger al más capaz. Los ascendientes son llamados por la ley, por más que haya hermanos y hermanas presuntos herederos, y por otro lado, la ley prefiere al tutor nombrado por el último que muere de los padres á los ascendientes, por más que sea un extranjero.

Supuesto que la tutela se ha organizado por interés de los menores, este interés es el que ha debido guiar al legislador. El huérfano necesita un protector que reemplace al que la naturaleza le había dado y la muerte le arrebató. Trátase de escoger al más digno. La tutela es un cargo muy pesado; la educación de los hijos exige una extrema solicitud y un vivo afecto; los hijos necesitan amor, como necesitan aire y sol para vivir. ¿En quién podían encontrar estos cuidados afectuosos, esta indulgencia que jamás se cansa, y que legitima por sí sola la severidad á veces necesaria? Con los parientes. El superviviente de los padres está designado por la naturaleza misma. ¿Por qué á la muerte de éste no pasa de derecho la tutela á los parientes

1 Domat. *Las leyes civiles en su orden natural*, lib. 2°, tít. 2°. *De los tutores* p. 171. Compárese Proudhon. "Del estado de las personas" t. 2°, p. 330.