

más próximos? Porque el padre ó la madre es el mejor juez; tócale á él designar al amigo ó al pariente que haga veces de padre á los que van á quedarse huérfanos. Si el padre no usa de esta facultad, es porque sin duda hay un ascendiente al cual su afecto llama para este cargo.

Se ha criticado el código; se ha dicho que habría valido más dejar la elección al consejo de familia, pudiendo ser incapaces los ascendientes, en razón de su edad ó de sus enfermedades. Esta crítica desconoce el espíritu de la ley. La calidad esencial del tutor, es el amor que profesa á los huérfanos que debe educar; es decir, que los ascendientes están indicados por la naturaleza, tanto como el padre y la madre. Aquí la ley se detiene; hay parientes más cercanos, presuntos herederos los hermanos y hermanas; pero si estos tienen cariño, rara vez tienen la autoridad necesaria para dirigir la educación, el consejo de familia resolverá (1).

368. El principio de las tutelas legales ó legítimas ha sido escusado del derecho romano. En los países de régimen consuetudinario todas las tutelas eran dativas, es decir que todas las tutelas eran nombradas por el juez del lugar en donde el padre de los menores tenía su último domicilio. Cuando el padre y la madre nombraban un tutor por testamento, casi no se le rechazaba en justicia; y el superviviente de los padres era preferido á todos los demás parientes. Aun habría constumbres, tales como las del Flandés francés y del Brabante, que discernían la tutela de derecho al superviviente de los padres (2). El código ha aceptado este sistema extendiéndolo á los ascendientes. Hay una ventaja incontestable en el principio consuetudinario de la tutela dativa y es que la tutela se discierne siempre al más capaz.

1 Duranton, "Curso de derecho francés," t. 3º, núm. 412, p. 405.

2 Argon, "Institución al derecho francés," t. 1º, p. 31. Merlin, en la palabra *tutela*, sección 2º, pfo. 2º art. 1 (t. 35, p. 209).

Las tutelas legítimas tienen el inconveniente de que el pariente invetido de la tutela puede no tener excusa legal, y no posea, sin embargo, las calidades requeridas para ser tutor. Si á pesar de este peligro, los autores del código Napoleón admitieron las tutelas legítimas, es porque el afecto de los ascendientes es la garantía más fuerte que pueda apetecerse en interés del menor (1).

669. En el antiguo derecho, se nombraban algunas veces dos tutores, uno honorario y otro onerario; el primero dirigía la educación del pupilo, el otro administraba los bienes. Esto se hacía, dice Argon, para las personas de consideración. Se ha fallado que el último de los padres que muere, podía nombrar un tutor para la persona y un tutor para los bienes, y una jurisprudencia reciente ha extendido esta facultad al consejo de familia. Se dice que es permitido todo lo que la ley no prohíbe. Esta es una de esas máximas banales de la que se puede hacer todo lo que se ocurra, si se las toma en un sentido absoluto. En materia penal, el adagio es muy verdadero. Lo es también cuando se trata de convenciones, porque éstas, por lo general, son de interés privado; pero desde el momento que se refieren al orden público, las partes contrayentes no pueden ya hacer lo que quieran; no les es permitido derogar leyes de orden público, y no se puede ni en un testamento ni en una convención. Otra corte alega otra razón.

La tutela se establece por interés de los menores, tal es el principio dominante: y ¿quién es el mejor juez de éste interés, si no el padre ó la madre? Deben, pues, respetar sus últimas voluntades. ¿Y si esto se permite al último que muere de los padres, por qué no permitirlo al consejo de familia, siempre por interés del menor? Sin duda que por

1 Huguet, informe ante el tribunalado, núm. 5, (Loché, t. 3º, p. 419).

el interés de los menores se ha organizado la tutela. Pero ¿quién decide lo que sea de interés para los menores? ¿No es la ley, y la ley sola? Hay, pues, que invertir el principio seguido por la jurisprudencia, y decir que los que nombren un tutor no tienen más poder que el que les da la ley. ¿Y qué dice la ley?

El art. 397 dice que el derecho individual de escoger *un tutor*, no pertenece más que al último de los padres que muera; los arts. 399-401 no hablan también más que de *un tutor*. Esto resuelve la cuestión respecto á la tutela testamentaria. Lo mismo pasa con la tutela dativa: el art. 403 da al consejo de familia el derecho de nombrar *un tutor*. Sólo dos casos existen en los cuales la ley quiere que haya dos tutores: cuando la madre vuelve á casarse y es conservada en la tutela, el consejo debe darle por co-tutor al segundo marido (art. 396); y si el menor posee bienes en las colonias, la administración de estos bienes se confía á un protector (art. 417). Estas excepciones confirman la regla. El tutor es único; si la extensión de los bienes y su importancia lo exigen, el consejo de familia puede autorizar al tutor á que se auxilie con un administrador asalariado, pero el art. 454 agrega que este administrador funcionará bajo la responsabilidad del tutor; lo que prueba de nuevo que el legislador no quiere que se divida la tutela. Lo que completa esta demostración y le da el carácter de evidencia, es que el Tribunado, al enmendar el art. 454, agregó la observación que las diversas disposiciones de la ley, y sobre todo el art. 457, darían á conocer bastante que el menor no puede tener más que un solo tutor en los departamentos continentales de Francia (1). Este principio está fundado en la razón. Cuando hay varias personas encargadas del mismo oficio, una se atiene á lo que la otra haga, y nin-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 14 (Loché, t. 3º, p. 505).

guna hace lo que debiera hacer. Tal es también la opinión común de los autores (1). Hay algunos disentimientos (2). Creemos inútil insistir, porque la unidad de la tutela ha entrado en nuestras costumbres.

370. ¿Puede ser nombrado el tutor temporalmente ó bajo condición? Esta es aún una de esas cuestiones ociosas que la doctrina discute y que la jurisprudencia ignora. No creemos que se haya presentado á los tribunales, y si se presentara, debería decidirse negativamente y sin ninguna vacilación. El tutor legítimo es tutor pura y sencillamente; una tutela á término ó condicional será una cosa absurda. Lo mismo debe ser cuando la tutela la confiere el último de los padres que muere ó el consejo de familia; la ley no les da el derecho para que nombren un tutor temporal ó bajo condición, luego no lo tienen. Esto está también fundado en la razón. Importa evitar los cambios de tutor, tanto por la educación de los menores como por la administración de sus bienes; la ley lo evita dispensando con más dificultad de una tutela comenzada que de una tutela que todavía no ha comenzado. Por el mismo motivo, debía prescribir las tutelas á término condicionales, y las prohíbe por el hecho sólo de no autorizarlas (3).

371. El tutor administra los bienes de sus hijos pupilos y es responsable si les causa algún daño por incapacidad, por negligencia ó por dolo; pero la responsabilidad del tutor puede ser una garantía ilusoria. La ley da á los menores una garantía real imponiendo á los bienes del tutor una hipoteca legal en favor de aquellos. También esta garantía

1 Véanse los autores citados por Demolombe, t. 7º, p. 134, número 222.

2 Durantón, t. 3º, núm. 444; Aubry y Rau, t. 1º, p. 370, y el mismo Demolombe, quien después de haber establecido muy bien los principios, retrocede cuando se trata de aplicarlo (t. 7º, números 223-225).

3 Los autores están divididos. Dalloz, en la palabra *minoría*, números 138, 159 y 160.

puede ser insuficiente y hasta nula si el tutor no tiene inmuebles. La ley no somete al tutor á la obligación de dar caución. Exige algunas veces una caución de aquellos que administran el patrimonio ageno, por ejemplo, en materia de ausencia; pero esta es una excepción. La ley ha buscado la garantía de los menores en el afecto del tutor; bien pudiera ser pobre y quizá no encontraría caución, y no obstante, ser un tutor cariñoso y capaz. Luego no se necesita, por una solicitud excesiva para los intereses pecuniarios del pupilo, separar de la tutela á los que son capaces de administrar bien.

En el antiguo derecho, los parientes *que nombraban* respondían del manejo del tutor cuando era insolvente. El proyecto del código reproducía esta responsabilidad. Ella no fué adoptada. El orador del gobierno nos ha dado la razón. Era éste un rigor contrario á todos los principios; Berlier la califica de odiosa. Hay, en efecto, cierta cosa de odioso en declarar á los parientes responsables de una insolvencia que no es posible imputarles; por esto es que ha caído en desuso; los tribunales no la aplicaban sino en caso de dolo evidente: esto es de derecho común, siendo cada cual responsable de su dolo (1).

372. La ley no se ha conformado con garantías que pueden ser nulas é insuficientes. Ha organizado una inspección de la tutela, con el objeto de poner en salvo todos los intereses del menor. En toda tutela hay un subrogado tutor, que está destinado á vigilar el manejo del tutor, y que provoca la destitución de éste si es incapaz ó infiel. El subrogado tutor los administra, y únicamente promueve por excepción, cuando en intereses del menor están en oposición con los del tutor; lo que á menudo sucede: el tutor y su pupilo, como ordinariamente son próximos parientes, pueden ser

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 17, Loaré, t. 3º, p. 414.

llamados á una misma sucesión, y en consecuencia, tener intereses opuestos. La ley evita, y con razón, que los hombres se encuentren colocados entre su interés y su deber. Justo es que el tutor pueda defender sus intereses personales, pero lo es también que el menor tenga un defensor. La tutela subrogada responde á esta necesidad, y es una institución del derecho consuetudinario. En las naciones de derecho escrito, se daba de menos un curador en cada negocio en que había conflicto de intereses. La tutela subrogada tiene la ventaja de ahorrar gastos y de establecer una vigilancia permanente de la tutela (1).

El consejo de familia es también una institución del derecho consuetudinario. Hace un gran papel en la tutela; él es el que nombra al tutor dativo y al subrogado tutor; interviene en los actos más importantes para autorizarlos; puede ejercer una vigilancia permanente en la gestión del tutor, obligándolo á rendir cuentas anuales; destituye al tutor incapaz ó infiel. El es el que debe consentir en el matrimonio del huérfano, y él el que lo emancipa (2). Sin embargo, por numerosas que sean las atribuciones, no debe creerse que deba intervenir cuando se le antoje, y prescribir lo que tenga por conveniente. La ley ha cuidado de definir los límites dentro de los cuales se ejerce su acción: él no puede sobrepasarlos. Fuera de estos límites, el consejo y los miembros individuales no tienen ningún derecho (3).

373. En derecho romano se admitía una tutela de hecho, con el nombre de protutela. Lo mismo sucedía en nuestros antiguo derecho: el que administraba en calidad de tutor, aunque legalmente no lo estuviese, estaba sometido á to-

1 Maleville, *Análisis razonado*, t. 1º, p. 431.

2 Proudhon enumera las sentencias del consejo de familia. "Del estado de las personas," t. 1º, ps. 316 y siguientes.

3 Grenoble, 31 de Agosto de 1855, Dalloz, 1856, 2, 124.

das las obligaciones de un verdadero tutor, y considerado como tal para todas las consecuencias de la tutela. Esta doctrina es muy sucional. La tutela se organiza de modo que todos los intereses del menor queden resguardados. ¿No sería absurdo que el menor tuviese menos garantías contra un tutor ilegal que usurpase la tutela, de los que tiene contra un tutor legal? Pero la cuestión consiste en saber si el código ha consagrado los principios del antiguo derecho (1).

En cuanto á la responsabilidad del tutor de hecho, no hay duda alguna, porque es la aplicación del derecho común. El tutor de hecho es un gerente de negocios, y como tal, sujeto á todos los cuidados de un buen padre de familia. Pero se pregunta si también estará sometido á la hipoteca legal como garantía de su administración. Nosotros examinaremos la cuestión en el título de las *Hipotecas*. Se pregunta también si pueden aplicársele las incapacidades especiales que consigo lleva el tutor (arts. 450, 907). Nosotros volveremos á tratar el asunto al hacerlo con la única tutela de hecho que el código prevee, la de la viuda, en caso de segundo matrimonio, y la del marido (arts. 395, 396). En principio y en ausencia de un texto, creemos que la asimilación completa del tutor de hecho y del tutor legal no puede admitirse. Para esto habría sido preciso una disposición de la ley, porque se trata de una verdadera ficción. ¿Puede el intérprete crear ficciones? Es de principio que el legislador sólo lo puede. Síguese de aquí que la tutela de hecho permanece bajo el imperio del derecho común, y en cuanto á las obligaciones del pretendido tutor, y en cuanto á sus derechos. Sucede lo mismo con sus relaciones con terceras personas. Nosotros no aprobamos cier-

1 Resuelto afirmativamente por sentencia de la corte de Bruselas, de 3 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, 2, 32).

tamente este resultado: es un vacío que señalamos, pues, á nuestro juicio, únicamente al legislador corresponde colmarlo.

SECCION II.—De las diversas especies de tutela.

§ I.—DE LA TUTELA LEGITIMA.

Núm. 1. Del superviviente de los padres.

374. El art. 390 establece: Después de la disolución del matrimonio acaecida por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores y no emancipados pertenece de pleno derecho al superviviente de los padres.» El superviviente tiene también la patria potestad, y acaso esta potestad no absorbe á la tutela? Ya hemos dicho que las dos potestades co existen, sea en la misma persona, si el superviviente es tutor, sea en dos personas, si el superviviente no lo es. La autoridad del padre modifica en cierto sentido el poder del tutor, le da más independencia. Volveremos más adelante á insistir sobre este punto. Por el momento, sólo tenemos que tratar de la organización de la tutela. Considerada bajo este punto de vista la tutela del superviviente, está sometida en general á los principios que rigen la tutela. El mismo código lo dice. Resulta de los arts. 420 y 421, que hay un subrogado tutor en la tutela legal. El art. 405 declara que las causas de excusa y de exclusión son comunes al superviviente. Esta disposición no menciona las causas de incapacidad: aquí hay algo de especial á los padres.

375. Los menores no pueden ser tutores, con excepción, dice el art. 412, del padre ó la madre. ¿Por que establece la ley esta excepción? ¿Acaso porque los padres menores están emancipados? Nó, porque el menor que no es casado no puede ser tutor aunque esté emancipado, y los padres