

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

mismos no pueden ser tutores sino de sus hijos. En esta circunstancia es en la que debe buscarse la razón de la ley. Los padres tienen la patria potestad aunque sean menores; el padre es administrador legal y tiene la potestad marital. Esto no deja de tener sus inconvenientes, y es una grave derogación de la incapacidad que cae sobre el menor, pero es una consecuencia forzosa de la ley que permite al menor casarse.

El superviviente menor tiene un curador del cual debe estar asistido en los casos previstos por la ley. La capacidad es, pues, menor que la del tutor que es mayor y capaz, como tal, de todos los actos civiles. Hay también un subrogado tutor por interés del hijo. De aquí surge una dificultad. Cuando el tutor menor ejecuta un acto para el cual un menor emancipado necesita de la asistencia de su curador, ¿deberá estar asistido por su curador ó por el subrogado tutor? Tal sería el caso en que recibiese un capital mobiliario debido al pupilo. Como menor emancipado, no puede recibirlo sin asistencia, y esto es claro, porque no puede tener para los negocios del pupilo una capacidad que no tiene para los suyos propios. Pero los autores no están de acuerdo en el punto de saber por quien debe estar asistido; la mayor parte exigen la asistencia del subrogado tutor, porque se trata de velar por los intereses del pupilo, que es la misión del subrogado más bien que la del curador (1). Esta opinión es inadmisibles y está en oposición con los textos que invocan la acción del subrogado tutor. Este jamás *asiste, obra* cuando hay oportunidad de interés entre el tutor y su pupilo. Habría sido necesaria una disposición expresa para dar al subrogado tutor un poder que en general no tiene. En el silencio de la ley, el curador es

1 Demolombe, t. 7º, p. 276, núm. 365, y los artículos que él cita

el que debe asistir, y esto es lógico porque se trata de cubrir la incapacidad del tutor menor.

¿Qué debe resolverse si se trata de un acto para el cual el tutor tiene necesidad de la autorización del consejo de familia? Cuando el tutor es menor, hay dos consejos de familia, uno para el padre ó la madre superviviente, y el otro para el pupilo. Si se trata de un negocio que le es personal, naturalmente su consejo de familia es el que debe autorizarlo. En cambio, si el acto concierne al menor, el tutor debe obtener la autorización del consejo de familia que está agregado á la tutela (1).

376. Hay una segunda derogación del derecho común, en favor de la madre superviviente. Ella es tutora de derecho, tanto como el padre. Esta innovación es un homenaje al principio de la igualdad, y si alguna vez es legítima la igualdad, es ciertamente cuando se trata de cumplir un deber y de dar una prueba de afecto (2). Por otra parte, la madre tiene la potestad y el usufructo legal; por lo tanto debía tener también la tutela. Sin embargo, la ley establece una diferencia entre el padre y la madre. El padre está obligado á administrar la tutela, á menos que haya una excusa legal, mientras que la madre puede rehusar la tutela (art. 394). Puede suceder que la mujer no tenga la experiencia de los negocios, que le sería necesaria para administrar bienes considerables; en este caso, puede rehuesar. La diferencia es grande entre la denegación y la excusa; no hay excusas sino en los casos determinados por la ley; la excusa debe, pues, ser motivada y es sometida al consejo de familia que puede desecharla, salvo al tutor el recurrir á los tribunales. No pasa lo mismo con la denegación

1 Zachariae, traducción de Vergé y Massé, t. 1º, p. 409, nota 20.
2 Berlier, Exposición de motivos, núm. 5 (Loché, t. 3º, p. 412).
P. de D. TOMO IV.—72

la madre no debe instruirla, ella sola es la que la juzga, y es un derecho absoluto el que ella ejercita.

La ley dice que la madre no está obligada á aceptar la tutela (art. 394). De aquí se infiere que si la acepta, jamás puede rehusarla, y es aceptante desde el momento en que manifiesta la voluntad de ser tutora (1). La corte de Limoges ha sacado una consecuencia contraria del texto que acabamos de citar: porque la madre puede rehusar la tutela, la corte ha deducido que era libre para renunciarla (2). Preferimos esta interpretación á la que dan los autores. Se dice que la madre no tiene derecho á dimitir la tutela, porque la ley no se lo otorga. Pero ahí está precisamente la cuestión. Al decir que la madre no está obligada á aceptar la tutela, el art. 394 dice en otros términos que puede rehusarla; el artículo no dice lo que se le hace decir, que la madre no puede rehusar sino después de haber aceptado. Los motivos por los cuales el legislador da á la madre el derecho de rehusar se aplican á la madre que ha administrado como aquella que todavía no lo hace. Hay más, precisamente cuando la madre ha administrado es cuando se convencerá de su incapacidad, y jese que se quiere es goce cuando haya la prueba de incapacidad, esté no obstante obligada á continuar la gerencia! Los autores invocan por analogía los principios que rijen la excusa; el tutor que, teniendo una excusa, no la hace valer y acepta la tutela, no puede en general, dimitir; luego, se dice, debe ser lo mismo de la madre tutora que no emplea su derecho de rehusar. Nosotros contestamos que esto es confundir la denegación y la excusa, dos derechos esencialmente diferentes. La excusa no implica incapacidad, y se establece por el interés del tutor más bien que por el del pupilo; la denegación, al

1 Demolombe, t. 6º, núm. 111, p. 59, y los autores que él cita.

2 Limoges, 17 de Mayo de 1808 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 73, 1º)

contrario, supone que la madre es incapaz; y desde el momento en que es incapaz, debe tener el derecho para renunciar la tutela. El interés del marido lo exige, y este interés domina todo. Tan cierto es esto que hasta hay excusas que el tutor puede alegar después de haber aceptado la tutela; y son aquellas, dice Pothier, que le impiden absolutamente evacuar la tutela (1). Ahora bien, la denegación de la madre implica este impedimento absoluto, supuesto que la ley no concede el derecho de rehusar sino en razón de su incapacidad (2).

El art. 394 agrega que si la madre rehusa la tutela, debe llenar los deberes de ella hasta que haya hecho que se nombre un tutor. En este caso, hay lugar á la tutela dativa, como más adelante lo diremos.

Núm. 2. Del consejo y de la madre tutora.

377. Por los términos del art. 391, el padre puede nombrar á la madre superviviente y tutora, un consejo especial, sin cuyo dictamen ella no podrá ejecutar ningún acto relativo á la tutela. Este derecho supone aun la incapacidad de la madre. El padre no puede privarla de la tutela; ella debe este derecho á la naturaleza, diga lo que dijese el presidente Fabre, que trata de gran necedad la tutela de la madre (3). Tronchet dice muy bien, que á falta de padre la madre es la persona más cariñosa de todas las que pueden tomar al menor á su cuidado (4). No obstante, la ley ha debido preveer que la mujer no tendrá la experiencia de

1 Pothier, *tratado de las personas*, núm. 158.

2 Esta es la opinión de Magnin, *tratado de las minorías*, t. 1º, número 434, y de Allemand, *del matrimonio*, t. 2º núm. 1180. Zachariae, traducción de Masse y Vergé, t. 1º p. 410. nota 23. admite el derecho de excusa más bien que el derecho de rehusar.

3 Maleville, *Análisis razonado*, t. 1º, ps. 401 y siguientes.

4 Sesión del consejo de Estado, del 26 frimario, año X, núm. 7 (Loché, t. 3º, p. 377).

los negocios; en este caso puede renunciar. Se opera entonces una división de poder entre la madre que conserva la patria potestad y el tutor que maneja los bienes: de aquí surgen conflictos casi inevitables. Vale más que la madre conserve la tutela, salvo el darle consejo.

El art. 392 determina las formas bajo las cuales debe hacerse el nombramiento del consejo. Puede desde luego hacerse por acto de última voluntad, es decir, por testamento. La ley dice *acto de última voluntad* para marcar que el escrito debe estar redactado conforme á las solemnidades prescritas por la ley, pero que no debe contener una disposición de bienes, como para el testamento se requiere. No es necesario decir que si el acto es nulo por la forma, el nombramiento del consejo cae, porque debe hacerse por acto solemne; luego también es acto solemne dicho nombramiento. El padre puede, además, nombrar un consejo por declaración hecha ante el juez de paz, asistido de su secretario. Como la ley no expresa ante cual juez de paz debe hacerse el nombramiento, debe inferirse que todo juez de paz es competente para recibir la declaración. Por último, la declaración puede también hacerse ante notario, es decir por acta notariada, recibida conforme á la ley del 25 ventoso, año XI (1).

378. El consejo no es ni un tutor, ni un subrogado tutor. La madre es tutora, dice el art. 391, y el 421 quiere que se nombre un subrogado tutor á la madre superviviente. El consejo es un simple mandatario; luego deben aplicarse los principios que rigen el mandato y no las reglas que la ley establece para la tutela. Así es que el consejo está en libertad para rehusar el mandato, mientras que el tutor nombrado por acto de última voluntad debe aceptar (art. 401). Si el consejo rehusa, no hay lugar á reemplazarlo ni por el consejo de

1 Aubry y Rau, *Curso de derecho francés*, t. 1º, ps. 401 y siguientes.

familia, ni por el tribunal. A la madre corresponderá ver si quiere encargarse de la tutela; si acepta disfrutará de la plenitud de sus derechos, cayendo las restricciones que el padre haya puesto á su poder por el hecho solo de que el consejo rehusa. Si el consejo acepta el mandato que se le confiere, debe cumplirlo como todo mandatario, pero siempre podrá renunciarlo (art. 2003). No se pueden imponer al consejo las garantías especiales que la ley exige del tutor; no está sometido á la hipoteca legal, ni á las incapacidades que afectan al tutor (arts. 450, 908). Ninguna duda hay acerca de todos estos puntos, y casi no valdría la pena decirlo, si los autores no se ocuparan de tales cuestiones (1).

379. ¿Cuáles son las funciones del consejo? El da su parecer á la madre tutora, ó como lo dice el art. 391 en su final, él *la asiste*. La extensión de esta misión está determinada por el acta de nombramiento. Si el padre especifica los actos para los cuales el consejo se nombra, la tutora, dice el art. 391, estará hábil para hacer todos los demás sin la asistencia de aquél. Si no los especifica, la madre no podrá sin el dictamen del consejo ejecutar ningún acto relativo á la tutela (2). Sin decirlo se comprende, que la madre necesita también el parecer concurrente del subrogado tutor y del consejo de familia en los casos en que la ley lo prescribe. El marido no puede trasladar al consejo las atribuciones que el código confía á los que encarga de inspeccionar la tutela; tampoco puede dar el consejo el poder de administrar ó de representar al menor: esto sería transformarlo en tutor; ahora bien, él no es tutor, la madre es la tutora y la que administra la tutela con la asistencia del consejo. En varias ocasiones se ha fallado que el padre no

1 Demolombe, t. 7º, p. 45, núms. 83-87. Aubry y Rau, t. 1º, página 402, nota 8, y p. 406.

2 Bruselas, 2 de Mayo de 1806, y Génova, 19 de Agosto de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 89).

podía quitar á la madre la administración de los bienes, puesto que esto equivaldría á despojarla de la tutela; poco importa que la madre hubiere consentido en ejecutar el testamento de su marido, ella puede siempre arrepentirse de su consentimiento; por mejor decir, este consentimiento es nulo, porque siendo la tutela de orden público, no puede derogarse por convenciones particulares. Si la ley permite al padre restringir los poderes de la madre, es únicamente para ilustrar á la tutora y guiarla. Se ha fallado, además, que el consejo no tiene ninguna calidad para prohibir una acción intentada por la madre contra los menores, aun con la asistencia del subrogado tutor; no es el consejo, sino el subrogado tutor el que debe intervenir cuando hay oposición de interés entre el tutor y el pupilo (1).

380. El art. 391 dice que la madre no puede promover sin el parecer del consejo. Esto no quiere decir que ella puede limitarse á tomar el parecer del consejo, salvo el no seguirlo. La ley explica lo que entiende por *parecer*, agregando que la tutora debe estar *asistida* del consejo. Ahora bien, *la asistencia* es un concurso al acto. Así es como el menor emancipado no puede ejecutar ciertos actos sin la asistencia de su curador (arts. 480-482); así es como los pródigos y los débiles de espíritu no pueden ejecutar los actos que les están vedados sin la asistencia del consejo que les dé el tribunal (arts. 499 y 513). Esto no tiene duda. ¿Pero qué debe resolverse si el consejo se rehusa á asistir á la madre? Los autores están de acuerdo en decir que la madre tiene un recurso contra esa decisión; unos dicen que el recurso debe llevarse ante el consejo de familia, otros, que la tutora debe dirigirse al tribunal (2). Si se admite un

1 Douai, 17 de Enero de 1829 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 90).

2 Demolombe, t. 7º, p. 50, núm. 95, y los autores que él cita. Véase Démante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 214, núm. 140, bis 2º.

recurso, esta última opinión es la que debe seguirse. El consejo de familia sólo tiene atribuciones limitadas; no es juez de los conflictos que puedan suscitarse entre la madre tutora y su consejo. ¿Pero es cierto que haya un recurso? Nosotres lo ponemos en duda (1). La voluntad del padre es que la madre no pueda obrar sin el consejo, y ¿no es contravenir á esta voluntad el resolver que la madre podía obrar á pesar del consejo, si la familia ó el tribunal la autorizan? La intervención del consejo es una misión toda ella de confianza, de amistad; y ¿se concibe que la familia ó el juez inspeccionen una misión tan íntima? Por otra parte, el nombramiento de un consejo implica la incapacidad de la mujer; ésta se halla colocada en la misma línea que el menor emancipado y el pródigo. ¿Pueden estos reclamar contra la denegación de asistencia de su curador ó de su consejo? más adelante insistiremos en esto.

381. ¿Existen actos para los cuales la madre no necesite de verse asistida de su consejo? Se supone que el padre nada ha especificado en el acta de nombramiento. La cuestión parece extraña cuando se lee el art. 391; allí se dice que la madre no puede ejecutar *ningún* acto relativo á la tutela sin el parecer del consejo especial que el padre le ha dado. ¿No es esto decisivo? No obstante, se ha fallado que no se requiere la intervención del consejo sino para los actos cuya iniciativa toma la tutora; que si se intenta contra ella una acción, la madre no debe estar asistida, supuesto que está obligada á contestar la demanda (2). Esta es una extraña doctrina. ¿Con que derecho se introduce en la ley una distinción que el texto reprueba? ¿Será acaso porque el parecer del consejo es inútil? La asistencia siempre es útil; no hay acto obligatorio, supuesto que toda acción puede ser objeto de una transacción; y aun no queriendo transigir el

1 Véase el tomo 5º de mis *Principios*.

2 Besançon, 29 de Junio de 1868, Daloz, 2868, 2, 203.

