

consejo, será siempre útil á la tutela. Después de todo, legislador ha hablado y ha resuelto: desde ese momento, e  
 vez no tiene que aplicar la ley.

382. ¿Si la madre no toma el parecer del consejo á que la obliga el acta de nombramiento, será el acto nulo? La mayor parte de los autores contestan que el acto es válido, salvo que el menor promueva contra la madre. Esta era la antigua jurisprudencia. Nosotros creemos con Demolombe que el acto es nulo. El nombramiento de un consejo implica la incapacidad de la madre; ella está realmente declarada incapaz de administrar sin la asistencia del consejo. Y ¿puede concebirse que se mantenga un acto llevado á cabo por persona que no tenía capacidad para ello? ¿Para qué es entónces el nombramiento de un consejo?

El texto está concebido en este sentido: La madre *no puede obrar*, dice el art. 391; es *inhábil* para obrar, agrega la ley. Luego hay una incapacidad. Pueden, además, invocarse como lo ha hecho la corte de Aix, los términos prohibitivos de la ley; la prohibición implica nulidad, sobre todo cuando se trata de una ley concerniente al orden público. Se opone al interés de los terceros, que pueden ignorar el nombramiento del consejo, y que, en esta ignorancia, deben creer que la madre tutora es capaz: La objeción va dirigida al legislador. Es muy cierto que debía de haber prescrito una publicidad cualquiera para prevenir á los terceros. El no lo ha hecho; pero de aquí no se sigue que la madre sea capaz. No es este el único caso en que la falta de publicidad dañe á los terceros que contratan de buena fe. La emancipación se retira por el consejo de familia ó por el padre, sin ninguna publicidad; sin embargo, el menor cesa de ser capaz y los actos que haga estarán regidos por los principios que rigen la incapacidad del menor (1).

1 Demolombe, t. 7º, p. 52, núm. 98.

383. ¿Es responsable el consejo? Hay mucha incertidumbre sobre este punto en la doctrina. Hay autores que invocan el adagio viejo que declarará que el autor de un consejo no es responsable, al menos que sea culpable de dolo (1). Desconfiemos de los adagios, ó al menos apliquémoslos con inteligencia. El consejo de la madre tutora no es un simple dador de parecer, es mandatario, libre para no aceptar el mandato que se le confiere; pero si lo acepta debe cumplirlo con la solicitud de un buen padre de familia. Por lo tanto debe responder no solamente de su dolo, sino también de su descuido (2). Se objeta que el consejo no obra en nombre del pupilo por cuyo interés ha sido nombrado. ¿Y qué importa? ¿Es mandatario ó no lo es? Si no lo es, solamente responde de su dolo; si lo es responde de su descuido (3).

Núm. 3.—Nuevas nupcias de la madre.

384. El art. 395 dice: «Si la madre tutora quiere volver á casarse, deberá, antes del acto de matrimonio, convocar al consejo de familia, el cual decidirá si se le debe conservar la tutela.» Según el proyecto del código civil, el padre que volvía á casarse, estaba sometido á la misma obligación. En el consejo de Estado, Tronchet pidió que padre y madre fuesen colocados en la misma línea. Un segundo matrimonio, dijo, puede hacer dudar del afecto del padre tanto como del de la madre; y existen circunstancias en las que esta duda se convierte en certidumbre: tal sería

1 Treminville, t. 1º, núm. 42. Delvincourt, t. 1º, p. 270.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 404, nota 16.

3 Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 288, núm. 4º, seguido por Demolombe, t. 7º, p. 55, núm. 102. En sentido contrario, Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 214, núm. 140, bis 3º y los autores citados por Aubry y Rau, t. 1, p. 404, nota 16.

el caso en que un hombre opulento se casase con su criada. Bigot-Prémeneu contestó que había una gran diferencia entre el padre y la madre. El padre, en el segundo matrimonio que contrae, es el jefe de la nueva familia, sigue siendo el árbitro de sus asuntos, y es él, quien de hecho y de derecho desempeña la tutela. Mientras que la madre que contrae segundas nupcias entra al poder del segundo marido, éste es el que de hecho administrará los bienes de los hijos del primer lecho y cuidará de las personas de éstos. Por lo que se necesita que el consejo de familia intervenga para examinar si el segundo marido merece encargarse de la misión que está llamado á ejercer. Hay algo de verdad en esta observación, pero no responde suficientemente á la crítica de Tronchet: queda siempre la falta de cariño que hace al padre indigno de la tutela tanto como á la madre (1).

385 El consejo de familia puede conservar la tutela á la madre ó quitársela. Una sentencia de la corte de Agen ha fallado muy bien que el consejo no debe privar á la madre de la tutela que la naturaleza y la ley están acordes en darle, sino por causas graves y cuando el interés de los hijos lo reclama imperiosamente. En el caso de que se trata, la deliberación del consejo de familia que el matrimonio de la viuda escapaba á toda crítica; rendíase homenaje á su excelente conducta, á su abnegación y á su ternura para su hija; no se ponía la duda, la perfecta honorabilidad del futuro marido, y los intereses pecuniarios, de poca cuantía, quedaban enteramente resguardados. Sin embargo, el consejo de familia había quitado la tutela á la madre porque el segundo marido, militar, se hallaba expuesto á frecuentes movilizaciones, y porque esta vida vagabunda podía alterar la salud muy delicada de la menor. La corte resolvió que la madre

1 Sesión del consejo de Estado, de 22 vendimiario, año XI, número 13 (Loire, t. 3º, p. 386).

debía ser mantenida en la tutela, porque nada dejaba por desear la salud de la niña, y el cariño experimentado de la madre era la mejor garantía que pudiera apetecerse para la doncella (1).

386. El consejo de familia puede mantener á la madre en la tutela. En este caso, la tutela de la madre cambia de naturaleza; ya no es una tutela legal, porque la madre debe su derecho no á la ley, sino á la deliberación del consejo. La tutela se vuelve, pues, dativa. Siguese de aquí que deben aplicarse á la madre tutora los principios que rigen la tutela dativa. Así los arts. 454, 455, 456 y 470 que, en general, no son aplicables al superviviente de los padres, recibirán su aplicación á la madre que ha vuelto á casarse. Así se debe decidir tanto más cuanto que la madre no es la sola tutora, su segundo marido es necesariamente co-tutor, y respecto á éste, la tutela es exclusivamente dativa, y por consiguiente, está sometida al derecho común (2).

¿Debe irse más lejos y decir que el consejo de familia puede, conservando la tutela á la madre, restringir sus poderes por interés de los hijos del primer lecho? La cuestión es controvertida y hay alguna duda. Ateniéndose á los principios, es muy sencilla. La tutela de la madre se vuelve dativa. Trátase, pues, de saber si el consejo de familia puede derogar las reglas que el código establece sobre los poderes del tutor. De antemano hemos contestado á la pregunta. Siendo la tutela de orden público, el consejo no puede ni extender las atribuciones del tutor, ni imponerles restricciones. Insistiremos acerca de este punto, que, á nuestro juicio, no permite duda alguna. La única dificultad es la de saber si los principios generales reciben una

1 Agen, 24 d Diciembre de 1860 (Dalloz, 1861, 2, 20).

2 Este motivo puede haber sido lo que decidió á la corte de Grenoble (sentencia de 21 de Junio de 1855, Dalloz, 1856, 2, 277), y á la corte de casación, que desechó el recurso por sentencia de 5 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 242).

excepción en caso de nuevas nupcias. Nos parece que el planteamiento sólo de la cuestión lo decide. Una excepción pide un texto. ¿Y en dónde está el texto que autorice al consejo para que restrinja el poder de la madre tutora? Se dice que el art. 395 permite retirar la tutela á la madre; y el que puede lo más, puede lo menõs; luego el consejo puede conservar la tutela á la madre limitándola; el artículo concilia con esto todos los intereses, los de los menores y los de la madre tutora. El argumento seduce á primera vista: si se mira de cerca, se convence uno de que viola el principio fundamental en materia de tutela, y es que ésta es de orden público y que la ley sola puede permitir que se derogue. La ley lo hace dando al padre el derecho de nombrar un consejo á la madre. La excepción confirma la regla. No hay razonamiento que pueda destruir este principio (1). Se opone el interés de los menores, el interés de la madre. En cuanto al interés de la madre, lo hacemos á un lado: la tutela no está organizada por interés del tutor. En lo que concierne á los hijos, diremos con la corte de Caen que ha organizado la tutela de manera que queden resguardados los intereses del pupilo; si él concede al tutor el poder de obrar solo y en plena libertad, cuando se trata de actos de simple administración, es porque ha juzgado que lo exigía así la ventaja de la administración pupilar. No corresponde á los tribunales examinar si estas reglas hubieran debido ser más previsoras y más sábias; á fuerza de querer ser más prudentes que el legislador, podrían muy bien comprometer los intereses que tienen que garantir (2).

La jurisprudencia se pronuncia por la opinión contraria.

1 Demolombe, t. 7º, ps. 87 y siguientes, núms. 142-148. Aubry y Rau, t. 1º, p. 409, notas 36 y 37.

2 Sentencia de Caen, de 30 de Diciembre de 1845, Dalloz, 1846, 4, 501, núm. 9. Compárese, sentencia de Greñoõle, de 28 de Julio de 1852, Dalloz, en la palabra "minoría," núm. 402, 4º.

Lo que parece haber determinado á la corte de Agen, es que la madre, mantenida en la tutela, había ofrecido observar las condiciones bajo las cuales se había conservado la tutela, condiciones prescritas por el interés de los menores (1). Como se ve, el hecho predominó sobre el derecho.

El consentimiento de la madre no puede dar validez á derogaciones de una ley de orden público; si el consejo de familia no tiene el derecho de estipularlas, la madre no tiene el derecho de subscribirlas. Mucho menos aun pueden los tribunales quitar á la madre derechos que tiene de la patria potestad, la educación y la guarda del hijo. La corte de Bruselas ha confiado el hijo al tutor, por la razón de que la madre se había mal casado y porque su hija no recibiría en la nueva familia de su madre, una educación conforme á su rango (2). Esto es olvidar que el padre y la madre, salvo cuando son usufructuarios, tienen un poder absoluto de dirigir la educación como les convenga, sin estar obligados á educar á sus hijos según el rango que ocupen en la sociedad. No pretendemos que dicha libertad ilimitada, carezca de inconveniente y de riesgos; pero así es la ley, y debe respetarse, aun suponiendo que sea mala.

387. Cuando el consejo de familia, dice el art. 396, conserva la tutela á la madre, le da *necesariamente* como co-tutor al segundo marido. Este es tutor *necesario* en el sentido de que el consejo de familia no puede mantener á la madre en la tutela sino nombrando co-tutor á su marido. La razón de esto es que si la madre es tutora, su marido desempeñará la tutela; el legislador ha querido que el que es co-tutor de hecho lo sea también legalmente. Habría sido injusto hacer á la madre la única responsable de una admi-

1 Sentencia de Agen, de 14 de Diciembre de 1830, Dalloz, en la palabra "minoría," núm. 100.

2 Sentencia de Bruselas, de 28 de Enero de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 24).

nistración que con su cónyuge participa. Siguese de aquí que si el nuevo cónyuge no puede ser tutor por razón de incapacidad legal, la madre no puede ser mantenida en la tutela. La corte de Bruselas así lo falló en varias ocasiones; la exclusión del marido acarrea la de la mujer. Hay, no obstante, esta diferencia, y es que respecto á la mujer, no hay exclusión propiamente dicha, sino únicamente imposibilidad legal de conservarle la tutela mientras dure el matrimonio; luego es una suspensión más bien que una destitución (1).

388. ¿Quién maneja la tutela cuando se le conserva á la madre? Hay una gran diversidad de pareceres acerca de este punto. Dícese que la administración corresponde al marido, si, según el régimen bajo el cual está casado, él es administrador de los bienes de la mujer (2). Esta opinión debe rechazarse, porque es contraria al texto como al espíritu de la ley. La tutela pertenece en principio á la madre, ella es tutora; ahora bien, la tutela es un mandato personal que debe cumplir aquél á quien la ley lo confía; por esto la ley dice que la mujer y su marido son sólidamente responsables de la gestión posterior al matrimonio, lo que implica que la mujer y el marido desempeñan la tutela. ¿Pero cómo se llevará á cabo esta gestión de dos personas? ¿Es suficiente, como lo ha fallado la corte de Bruselas, que la mujer obre con la autorización del marido? (3). Este sistema parece especioso á primera vista. Es bien cierto que la madre es la tutora, su marido le es únicamente adjunto; esta colaboración, dice la corte, no es más que una consecuencia necesaria de la autoridad que la ley concede al ma-

1 Bruselas, 18 de Julio de 1810 (Daloz en la palabra *minoría*, número 364), y 9 de Julio de 1851 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 257).

2 Magnin, t. 1º, núms. 458-461, De Freminville, t. 1º, núms. 54 y 171.

3 Bruselas, 27 de Abril de 1826 (*Pasicrisia*, 1826, p. 129, y Daloz, en la palabra "minoría," núm. 102).

rido sobre su mujer; luego la mujer administra con autorización marital. Aquí nos parece que hay un error. Al decir que el marido es *co-tutor necesario*, la ley ha querido poner el derecho en armonía con el hecho; el marido que de hecho administraría, se vuelve también administrador de derecho, por esto lleva el nombre de *co-tutor*; siendo tutor, tiene el derecho y el deber de administrar la tutela. Luego hay dos tutores, uno y otro sólidamente responsables. ¿No es esto decir con toda claridad que uno y otro administran? Luego se necesita el concurso de la mujer tutora y del marido co-tutor para todo acto de gestión (1).

Aubry y Rau que enseñan esta opinión, le ponen una restricción. Si uno de los cónyuges ejecuta un acto de administración y el otro no se opone, se puede, según las circunstancias, considerar tal acto como válido, por interés de los terceros y en virtud de un mandato tácito ó de una obligación de aquél de los tutores que ha guardado silencio. Esto nos parece inadmisibile, de ello resultaría que de derecho como de hecho, el marido sería casi siempre el único tutor y que la mujer abdicaría la tutela. Sin duda que el tutor puede ayudarse de administradores que obren bajo su responsabilidad (art. 454); pero cuando la ley quiere que haya dos tutores, uno de ellos no puede abdicar la tutela á favor del otro, ni por una procuración expresa, ni por un mandato tácito. Semejante mandato no daría al menor la garantía del concurso de ambos tutores. En definitiva, en donde hay dos tutores, preciso es que funcionen ambos.

389. Si la madre que vuelve á casarse no convoca al consejo de familia, pierde la tutela de pleno derecho; y si continúa desempeñándola, la ley declara que el mismo marido será ordinariamente responsable de todas las conse-

1 Demolombe, t. 7º, p. 118, núm. 156. Aubry y Rau, t. 1º, p. 410 y nota 39.

cuencias de la tutela que la madre haya conservado indebidamente (art. 395). El código supone, lo que más frecuentemente sucederá, que la madre continúa desempeñando la tutela sea por ignorancia de la ley, sea porque no quisiera exponer la unión que vá á contraer á la crítica de la familia. Luego entonces hay una tutela de hecho. ¿Esta tutela está regida por los principios que rigen la tutela legal? La ley no se explica sino sobre un solo punto, la responsabilidad. Sin decirlo se comprendía que la madre es responsable de su gestión, porque esto es de derecho común. Si el segundo marido interviene en la gestión, él es igualmente responsable, siempre en virtud del derecho común. La ley va más lejos, porque impone una responsabilidad excepcional al marido: éste es responsable de *todas las consecuencias de la tutela*, dice el art. 395, y está obligado solidariamente. ¿Qué es lo que la ley entiende por *todas las consecuencias de la tutela*? La opinión común es que el marido es responsable no solamente de la gestión posterior al matrimonio, sino también de la gestión que lo precedido. Esto parece resultar de la combinación de los artículos 395 y 396. Cuando la madre es mantenida en la tutela, el segundo marido es co-tutor, y la ley lo declara responsable, solidariamente con su mujer, *de la gestión posterior al matrimonio*. Cuando la madre es despojada de la tutela y la desempeña ilegalmente, la ley dice que el nuevo marido será solidariamente responsable de *todas las consecuencias de la tutela* que haya conservado indebidamente. Hay una diferencia de redacción que parece implicar en la última hipótesis, una responsabilidad más extensa, que en la primera, y ¿cuál sería esta responsabilidad más extensa, sino la de la gestión anterior al matrimonio? Lo que da grande autoridad á esta interpretación, es que, en el antiguo derecho, el marido incurria en esta responsa-

bilidad. Era esto una especie de pena que le imponía la ley, la jurisprudencia explica. Al no convocar el consejo, la madre cesa de ser tutora y debe rendir cuentas en su gestión y pagar el deficiente; el nuevo marido deberá cuidar de esto, al no hacerlo, participa de la culpa, tal vez con dolo de su mujer; es, pues, muy justo que responda de las consecuencias de la antigua gestión. Tal es la doctrina consagrada por la jurisprudencia (1).

Existe, sin embargo, un motivo para dudar que hace nos inclinemos del lado de la opinión contraria, sostenida por Ducaurroy y aceptada por Demolombe así como por Massé y Vergé, traductores de Zachariæ (2). El proyecto de código civil, acordado en el consejo de Estado y comunicado oficiosamente al Tribunado, contenía una disposición de este tenor: «A falta de esta convocación, ella perderá la tutela de pleno derecho, y su nuevo marido será solidariamente responsable de *lo indebido de la gestión que se haya verificado después del matrimonio*.» Así es que los autores del código civil, después de deliberar, se desviaban formalmente de la antigua jurisprudencia. Hé aquí un primer punto que es considerable. Ya no se puede invocar el derecho antiguo para interpretar el nuevo, á menos que se pruebe que después de haberlo repudiado, los autores del código tuvieron la intención de volver á aceptarlo. Luego hay que ver cuáles son los motivos por los que el Tribunado propuso un cambio de redacción: éste es el elemento decisivo del debate. Se lee en las Observaciones de la sección de legislación del Tribunado, que «la expresión literal de la ley parecía autorizar al nuevo marido á pretender que

1 Véase Aubry y Rau, t. 1º, p. 407, nota 26, y los autores así como las sentencias que ellos citan.

2 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, «Comentario», t. 1º, p. 422, número 595. Demolombe, t. 7º, p. 91, núm. 127. Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 457, nota 3.