

él no era responsable sino de la *gestión* que hubiese tenido lugar desde el nuevo matrimonio,» es decir, que no sería responsable de la *falta de gestión*. La sección agrega, que el verdadero espíritu de la ley «es que el marido responda de la *falta de gestión* como de la *gestión indebida*;» para prevenir toda duda á este respecto, ella propuso la relación siguiente: «Y su nuevo marido será *solidariamente responsable con ella desde el matrimonio*» (1). Se ve que el Tribunado ni siquiera pensó en volver á la antigua jurisprudencia, haciendo al marido responsable de la *gestión anterior al matrimonio*; adoptó, al contrario, el nuevo principio admitido por el consejo de Estado; la disposición tendía únicamente á desvanecer una duda sobre la responsabilidad del marido en caso de falta de *gestión*. Hé aquí, pues, al Tribunado y al consejo de Estado de acuerdo para limitar la responsabilidad del nuevo marido en la tutela posterior al matrimonio. ¿Fué qué, cuando la última votación, el consejo cambió de sistema? No hay en los trabajos preparatorios una sola palabra que denote esta intención; la sección de legislación hizo justicia á las observaciones del Tribunado, sin adoptar, sin embargo, la redacción que aquél había propuesto. Para marcar que la responsabilidad abrazaba la *falta de gestión* tanto como la *gestión*, el consejo de Estado empleó esta expresión: el nuevo marido será responsable de *todas las consecuencias de la tutela*. Estas frases no implican, pues, la intención de extender la responsabilidad á la *gestión anterior*. Esto basta para derribar la interpretación generalmente adoptada. Hay más: el Tribunado limitaba formalmente la responsabilidad á la tutela posterior al matrimonio. Así, pues, no es de las consecuencias de *toda* la tutela de lo que el marido responde, sino de las consecuencias de la tutela indebida, ile-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 7 (Loché, t. 3º, p. 404).

gal, de la tutela de hecho. Después de esto, se sorprende uno mucho al leer en una sentencia, que resulta *hasta la evidencia* de la discusión del código Napoleón en el consejo de Estado, que la responsabilidad del segundo marido se extiende á la *gestión anterior al matrimonio* (1).

390. La madre y su nuevo marido son tutores cuando el consejo de familia no ha sido convocado. No son ellos tutores, legalmente hablando, es cierto, supuesto que la ley dice que la madre pierde la tutela de pleno derecho; si continúa desempeñándola, es *indebidamente*, dice el artículo 395. Si la madre no es tutora, el marido no puede ser tutor. Uno y otro son tutores de hecho, ¿Están en esta calidad, sometidos á las leyes que rigen la tutela? En el título de las *Hipotecas*, examinaremos la cuestión de saber si la hipoteca legal que recaía sobre los bienes de la madre tutora, en el momento en que vuelve á casarse, subsiste, y si los menores tienen una hipoteca legal sobre los bienes del nuevo marido. A nuestro juicio, la tutela de hecho no puede tener más efectos que los que la ley le atribuye (número 373). No es una tutela, sino una *gestión indebida*; luego no pueden aplicarse á la madre y á su marido las disposiciones que rigen la tutela. El tutor está sometido á ciertas incapacidades (arts. 472-907). ¿Pasa lo mismo con el tutor de hecho? Sin duda alguna que la razón lo exigiría, porque ¿no es absurdo que el que desempeña ilegalmente la tutela esté libre de las incapacidades que pesan sobre el que la desempeña legalmente? Este motivo ha arrastrado á la doctrina y á la jurisprudencia (2). Si se atiende uno al rigor de los principios, se debe decidir, y hasta sin vacilar, que no hay incapacidad legal, sin ley; que si resulta una consecuencia absurda, hay que dirigir el repro-

1 Sentencia de Dijon, de 16 de Julio de 1862 (Dalloz, 1862, 2º 146).

2 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *minorja*, núms. 110-112.

che al legislador. No obstante, el art. 472 sería aplicable á la madre tutora, supuesto que está obligada á rendir cuentas en el momento que pierde la tutela; luego no puede mediar ningún tratado entre ella y su hijo hasta que dichas cuentas se hayan rendido conforme á la ley. En cuanto á la gestión ilegal que la madre ha continuado con su marido, ciertamente que ellos son responsables, pero la nulidad establecida por el art. 472 ya no tendría aplicación. A lo sumo podriase decir que los tribunales tendrían el derecho de anular los tratados hechos con el fin de dispensar al tutor de rendir cuentas, como celebrados con fraude de la ley, pudiendo el juez pronunciar medidas virtuales fundadas en la voluntad tácita del legislador. El art. 907 da lugar á otras dificultades; volveremos á tratar de esto en el título de las *Donaciones*.

Sila madre pierde la tutela, conserva, no obstante, la patria potestad. Esta es una nueva anomalía. Ella no puede legalmente administrar los bienes de sus hijos, mientras que tiene siempre el derecho de educación, y por lo tanto el derecho de guarda. También tiene el de emancipar á sus hijos. La jurisprudencia ha consagrado estos principios (1), que no dan lugar á ninguna duda.

391. ¿Qué suerte corren los actos ejecutados por la madre cuando administra como tutora de hecho? El tutor legal representa al menor en todos los actos civiles (artículo 450), y los actos que verifica dentro de los límites de sus atribuciones ligan al menor. En cuanto al tutor de hecho, no tiene ninguna calidad para representar al menor; luego los actos de gestión no pueden obligar á este último. ¿Pero quién es el que puede prevalerse de la nulidad? Se sentiría uno tentado á decidir, á primera vista, que la nulidad es radical y de orden público, supuesto que el que

1 Lieja, 6 de Mayo de 1866, y Colmar, 7 de Junio de 1807 (Dalloz en la palabra *minoría*, núms. 733, 1º y 118).

administra es un usurpador de la tutela. Si la tutela fuese, como se pretende, una institución de derecho público, así sería preciso resolverlo. A decir verdad, jamás se trata más que de un interés privado; luego el menor solo puede invocar la tutela. Esto es la aplicación de los principios generales que rigen las nulidades (1). Supuesto que el menor demanda la nulidad en propio interés, es necesario que pruebe que ha sufrido lesión (art. 1311). La cuestión debe más bien decidirse por los principios que rigen la gestión de negocios, pero no debe perderse de vista que esta es una gestión ilegal. Siguese de aquí que los terceros que tratan con el tutor de hecho no pueden prevalerse de la buena fe con que tratan. La buena fe de los terceros no da al tutor de hecho el derecho de promover. Se invoca el artículo 1240, que permite al deudor pague á aquél que este en posesión de crédito. ¿Pero puede decirse de la madre despojada de la tutela que esté en la posesión de la calidad de acreedora? Ciertamente que nó. Ni aun siquiera puede decirse que los terceros sean de buena fe. Porque siendo público el segundo matrimonio, ellos debían saber que la madre tutora estaba obligada á convocar el consejo de familia, y que, á falta de convocación, quedaría despojada de la tutela (2).

392. Cuando la madre no convoca al consejo de familia, pierde de pleno derecho la tutela. Luego hay lugar á reemplazarla. El segundo consejo de familia es el que debe nombrar al tutor. El tribunal del Sena había fallado que la madre sería reemplazada por el ascendiente tutor legítimo. Esta decisión se reformó en apelación; basta leer los artículos 402 y 405, para convencerse de que es el consejo de familia el que nombra al tutor cuando la madre tutora se

1 Véase el tomo 1º de mis *Principios*, p. 107, núm. 7º.

2 Aubry y Rau, t. 1º, p. 401 y nota 28. Compárese Demolombe 7º, p. 63, núms. 120-122.

excusa ó está excluida. Ciertamente es que la pérdida de la tutela no es una exclusión propiamente dicha; pero la diferencia que existe entre la exclusión y la pérdida no influye en la sucesión de las tutelas: conforme al espíritu como al texto de la ley, la tutela, no puede conferirse á los ascendientes por tanto tiempo como viva uno de los padres (1).

¿La madre despojada de la tutela puede ser nombrada tutora por el consejo de familia? Sí, y sin duda alguna. Es verdad que los que han sido destituidos de la tutela ya no pueden ser tutores (art. 444); pero aquí hay que tener en cuenta la diferencia que existe entre la destitución ó la exclusión, y la pérdida de la tutela. La viuda que vuelve á casarse no es destituida, luego no pueden aplicarse los artículos 445 y 446. Si ella es culpable de dolo, el consejo de familia no la nombraría, pero si no hay nada que echarle en cara sino una simple negligencia, debida á la ignorancia de la ley, el consejo podía nombrarla tutora dándole al nuevo marido por co-tutor. Tal es también la opinión común, y está consagrada por la jurisprudencia (2).

Núm. 4. Del curador de vientre.

393. El art. 393 dice: «Si al fallecimiento del marido, la mujer está en cinta, será nombrado un curador de vientre por el consejo de familia. Al nacer el hijo, la madre vendrá á ser tutor, y el curador será de pleno derecho el subrogado tutor.» ¿Por qué la ley no organiza inmediatamente la tutela? Si la viuda realmente está en cinta, el hijo concebido es heredero de su padre (art. 725); desde ese momento la madre debe ser la tutora.

Tal debería ser la resolución de la ley, si fuere cierto

1 París, 24 de Junio de 1856, Dalloz, 1857, 2, 10, y Montpellier, 13 de Junio de 1866, Dalloz, 1868, 2, 162.

2 Véanse los autores citados en Dalloz, así como las sentencias, en la palabra *minoría*, núms, 114 y 271.

que la madre estuviese en cinta. Pero la madre puede no estarlo, aunque declare su preñez; puede tenerse que simule un embarazo y un parto á fin de tener el usufructo de los bienes dejados por el padre difunto. Desde ese momento importa que la madre tenga un vigilante que cuide de que no haya suposición de parte, y que administre los bienes en espera de que se sepa quien ha de ser el heredero del padre. Aun cuando la viu la estuviese en cinta, hay que asegurarse, además, de que el hijo nace viable; porque sólo con esta condición heredará. Si naciese no viable, habría un nuevo riesgo, y es que la madre oculte durante algún tiempo la muerte del hijo para poder sucederle. Nueva razón para que haya un vigilante. De aquí la institución y el nombre un poco bárbaro de *curador de vientre*.

394. ¿Hay lugar al nombramiento de un curador de vientre cuando, á la muerte del padre, hay hijos que le suceden? La cuestión es controvertida; nosotros creemos que la resuelve el texto mismo del artículo 393. Este artículo dice que al nacimiento del hijo, la madre vendrá á ser tutora, y que el curador de pleno derecho vendrá á ser subrogado tutor. Luego la ley supone que todavía no hay tutora ni subrogado tutor, es decir, que no hay hijos, al menos hijos menores. Si los hay, necesariamente hay un tutor y un subrogado tutor. Desde luego nó puede tratar de nombrar un curador que será subrogado tutor, á menos que se diga que hay dos subrogados tutores, lo que es absurdo. Hay más: el nombramiento de un curador, en este caso, es inútil. El padre difunto tiene herederos á los cuales se confiere la sucesión, y hay un tutor que administre los bienes; ya no puede temerse una suposición de parte, supuesto que la madre ya no tiene ningún interés: en efecto, ella tiene el usufructo de los bienes ayudados por el padre, puesto que se supone que hay hijos menores. En el pro-

yecto del código había una disposición en este sentido. La sección de legislación propuso redactarla en estos términos: «Cuando existan otros hijos menores no emancipados, su tutor subrogado llenará á un tiempo mismo las funciones de curador para el hijo que vaya á nacer.» Se suprimió la disposición, no se sabe por qué, probablemente por la sección de legislación del consejo de Estado, y por motivo de que era inútil en esta hipótesis nombrar un curador de vientre, supuesto que no se necesita ni administrador ni vigilante (1).

¿Qué debe decidirse si los hijos están emancipados ó son mayores? La ley no prevee este caso: luego debe decidirse que no hay lugar al nombramiento de un curador. ¿Con qué objeto habría de nombrarse? No para administrar los bienes, porque hay administradores que son los hijos herederos de su padre. ¿Acaso para prevenir una suposición de parte? La madre tendría en ello interés para tener el usufructo legal; pero en el silencio de la ley ¿es permitido al juez ó al consejo de familia tomar esta medida de desconfianza? Nó. El legislador habrá pensado que había partes interesadas en vigilar á la madre si quisiese simular una preñez; y estos son los hijos mayores ó emancipados, herederos de su padre: su interés es suficiente para apartar todo riesgo de un crimen tan poco probable, cuando hay hijos en el lugar del suceso, en la casa paterna.

395. ¿Cuáles son las funciones del curador de vientre? Debe vigilar á la madre para impedir una suposición de parto. El derecho romano lo autorizaba para que ejerciera una vigilancia que Toullier califica de inquisitorial; este dice, y

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. 1.º, p. 420, número 592. Marcadé, t. 2.º, p. 190, art. 393, núm. 11. Demolombe, t. 7.º, p. 37, núms. 71 y 72. Valette, «Explicación del sumario,» p. 228. Véase, en sentido contrario, Dalloz, en la palabra «minoría,» número 127, y los autores que él cita.

con razón, que nuestras costumbres proscriben una inquisición ultrajante, inmoral y que podría degenerar en atentado á la libertad individual. Luego es fuerza que la vigilancia del curador no ofenda nuestras costumbres, es decir, esa delicadeza de sentimientos que debemos á los progresos de la civilización, ni la libertad individual que constituye nuestra existencia civil y política (1).

El curador debe también administrar los bienes del predecedido. Así era en el antiguo derecho, y el código civil está redactado con el mismo espíritu. El art. 393 dice que la madre no es todavía tutora, y que lo sería si el hijo nace viable; luego no tiene calidad para administrar. Los sucesores del marido tampoco la tienen, porque no se sabe todavía quién será heredero. Precisamente por esta incertidumbre es por lo que se nombra un tutor. El administra por interés del hijo; si llega á nacer viable, y por interés de los demás herederos presuntos. Supuesto que su administración no dura sino pocos meses, sin decirlo se comprende que no puede ejecutar sino los actos conservadores y de administración provisional; debe conservar más bien que administrar (2). Es responsable de su gestión, como cualquier otro administrador.

§ II.—DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

396. Según los términos del art. 397, el derecho individual de escoger á un tutor pariente, ó hasta á un extraño, solo pertenece al último de los padres que se muera.» El código llama á este derecho un *derecho individual*, por oposición á la tutela dativa que se discierne por

1 Toullier, t. 2.º, núm. 400. Compárese Demolombe, t. 2.º, p. 31, núm. 58.

2 Duranton, t. 3.º, p. 419, núm. 430. Toullier, t. 2.º, núm. 110. Demolombe, t. 7.º, núm. 52, p. 30.