

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.

una asamblea de parientes reunidos en éonsejo de familia. Al tutor nombrado por el último de los padres que muere, se le llama tutor *testamentario*, porque esta tutela no se abre sino á la muerte del padre ó de la madre tutores. El nombramiento puede hacerse por testamento, ó para hablar con más propiedad, por actos de última voluntad; puede también hacerse por una declaración recibida por el juez de paz ó por un notario (arts. 392 y 398).

La ley da este derecho al último de los padres que muere. Síguese de aquí, que el primero no puede nombrar un tutor testamentario. La tutela pertenece de derecho al que sobrevive, y ninguno de los padres puede privar á su cónyuge de la tutela. Hay que resolverlo así aun cuando el cónyuge fuese incapaz de ejercer la tutela, por ejemplo, si estuviese incapacitado. La cuestión es controvertida, pero en verdad que no hay lugar á controversia, supuesto que el texto es formal (1). Síguese también de aquí que el que sobrevive de los padres que rehusan la tutela, no puede nombrar á un tutor que ocupe su lugar; en efecto, la ley no da este derecho al superviviente, lo da al último que muere. Si la madre es la que sobrevive y la que rehusa la tutela, el art. 394 dice formalmente que debe hacer que se nombre un tutor; es decir, que hay lugar á la tutela dativa. Otro tanto debe decirse en caso de excusa del padre; el artículo 405 es igualmente expreso, supuesto que establece que el consejo de familia nombre al tutor cuando el padre ha sido excusado. Esta es la opinión común, salvo algunas disidencias que lamentamos nosotros, porque hacen creer que nada hay de cierto en derecho y que la evidencia misma es controvertible (2).

1 Esta es la opinión común, salvo el disentimiento de Delvidcourt. t. 7º. Demolombe, t. 8º, p. 99, núm. 156, y los autores que él cita.

2 Aubry y Rau citan á los autores que han tratado la cuestión, t. 1º, p. 412; nota 5.

¿Qué debe decidirse si el que sobrevive de los padres muere, cuando hay un tutor dativo en ejercicio? Ateniéndose á la letra del art. 397, podría decirse que es último moribundo y que por consiguiente puede nombrar un tutor. Pero si el texto deja alguna duda el espíritu de la ley no deja ninguna. ¿Por qué el código da al último que muere el derecho de nombrar á un tutor? Porque él mejor que nadie sabe cuál es el pariente ó el amigo que es digno de hacer sus veces. Pero no hay lugar á reemplazar al padre ó la madre que no ejerce la tutela. ¿Cuándo se debe proveer á la tutela, es decir, á la administración de la persona y de los bienes del menor? Cuando éste no tiene protector. Cuando tiene uno ¿para qué nombrarle otro más? ¿Sería por que la ley tiene más confianza en un tutor nombrado por el padre que en un tutor dativo? En este caso, la ley habría debido darle el derecho de nombrar siempre al tutor, al padre cuando se excusa y á la madre cuando rehusa, siendo así que hace nombrar al tutor por el consejo de familia. ¿Por qué el superviviente que no puede nombrarle un tutor durante su vida, adquiriría el derecho de nombrar uno al menor? Esto equivaldría á darle el derecho de revocar él un tutor. Ahora bien, este derecho no pertenece á nadie, sólo al consejo de familia en caso de destitución (1).

397. Si el superviviente es excluido ó destituido de la tutela, ya no puede nombrar tutor á sus hijos. En este punto, todos están de acuerdo. Se da como razón que el padre ó la madre, excluido ó destituido, no podría concurrir, como miembro del consejo de familia, al nombramiento de un tutor dativo; con mayor razón no puede él hacer solo lo que con otros no podría hacer (2). Existe un motivo más

1 Esta es la opinión la más generalmente aceptada (Véanse los testimonios en Dalloz, núm. 135).

2 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ y los autores que ellos citan, t. 1º, p. 44, nota 7.

decisivo, y es que, aunque el último nombrado, el padre ó la madre excluido ó destituido no es tutor. Ahora bien, acabamos de ver que el superviviente que no es tutor no puede nombrar tutor testamentario.

La misma ley aplica este principio á la madre vuelta á casar que no esté mantenida en la tutela de los hijos de su primer matrimonio; ella no puede escogerles un tutor, dice el art. 399. Poco importa que ella haya perdido la tutela por no haber convocado el consejo de familia, ó que el consejo le haya retirado la tutela en todos los casos, ella no es tutora, luego no puede nombrar un tutor para que la reemplaze. Ciertamente es que en este caso puede ser que no haya tutor dativo; luego, á la muerte de la madre, no había más que un tutor de hecho, de todos modos es cierto que la madre no puede alegar un poder que ella no tiene.

398. Se presenta una última hipótesis. El superviviente es tutor á su muerte, pero tutor dativo. El padre, después de haber sido excusado, es nombrado tutor; la madre, después de haber rehusado, es nombrada tutora: ¿pueden nombrar un tutor testamentario? Hay un motivo para dudar. El último que muere es tutor en este caso, luego podría decirse que está en el espíritu y en el texto de la ley. No obstante, creemos que él no podría nombrar un tutor. El tiene en su favor el texto, pero en el espíritu de la ley, el nombramiento de un tutor testamentario es una delegación que el último moribundo hace de los poderes que debe á la naturaleza y á la ley. Ahora bien, cuando él es tutor dativo, debe su poder al consejo y este poder, no puede delegarlo: el consejo que lo ha nombrado puede él sólo escoger un reemplazante (1).

El código aplica este principio á un caso particular. La madre que ha vuelto á casarse es mantenida en la tutela:

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. 2º, p. 195, art. 400, núm. 1.

luego á la vez es tutora dativa y legal: ¿podrá ella nombrar un tutor á sus hijos del primer matrimonio? Sí, dice el artículo 400, pero la elección no será válida sino en tanto que esté confirmada por el consejo de familia. Ella no puede nombrar un tutor, porque jamás ha cesado de ser tutora legal; en esta tutela legal está mantenida, pero como se necesita una deliberación del consejo de familia para conservarla en ella, se necesita también una deliberación del consejo para confirmar el nombramiento que ella haya hecho. Esta intervención del consejo, exigida por los principios, está también fundada en la razón. La mujer vuelta á casarse está bajo la influencia de su nuevo cónyuge; ella podrá nombrar tutor, sea al marido, sea á un pariente del marido, sea á un extraño mismo cuya elección le haya sido dictada por su marido. Es bueno que el consejo de familia examine si el tutor que ella ha nombrado es digno de cumplir con tal misión (1). No por esto la tutela dejará de ser testamentaria, porque la madre es la que nombra al tutor; el consejo únicamente confirma su elección. Síguese de aquí que no hay lugar á la tutela de los ascendientes si el tutor testamentario es excusado; corresponderá á un consejo de familia nombrar un tutor dativo, según la disposición expresa del art. 405 (2).

399. El tutor elegido por el padre ó la madre está obligado á aceptar la tutela, como todo tutor; pero puede también, como tutor, prevalerse de las excusas admitidas por la ley. Esto es lo que quiere decir el art. 401, que asienta: «El tutor elegido por el padre ó la madre no está obligado á aceptar la tutela si no está, por otra parte, en la clase de

1 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Loché, t. 3º, p. 405), y sesión del consejo de Estado, del 22 vendimiario, año XI, núm. 19 (Loché, t. 3º, p. 387).

2 Valette acerca de Proudhon, «Del estado de las personas», t. 2º, p. 294, núm. 111.

las personas que á falta de dicha elección especial el consejo de familia habría podido nombrar.»

§ III.—DE LA TUTELA DE LOS ASCENDIENTES.

400. Los ascendientes están llamados á la tutela por la ley. Luego ésta es también una tutela legal. Las ascendientes no son tutoras legítimas, según el art. 442; pueden ser tutoras, pero la ley no les confiere de pleno derecho la tutela. A ella estaban llamadas por el proyecto del código civil. Siendo la madre tutora de derecho, se ve desde luego por qué los ascendientes no lo son. Berlier explica la razón de esta aparente anomalía. Habría sido peligroso, dice él, admitir de pleno derecho como tutoras á personas en quienes la debilidad del sexo va unida á la de la edad. Al consejo de familia ó al último de los padres que muere corresponde nombrar á la ascendiente que se halle en estado de llevar el pesado fardo de la tutela (1)

401. ¿Cuándo hay lugar á la tutela de los ascendientes? El art. 402 contesta: «Cuando no se ha elegido al menor un tutor por el último de sus padres que muere; lo que implica que la tutela no se confiere á los ascendientes, cuando el que sobrevive no es tutor á la hora de morir. El padre que sobrevive se excusa: por los términos del artículo 405, el consejo de familia es el que nombra al tutor. Si la madre que sobrevive rehusa la tutela, debe mandar nombrar un tutor por el consejo de familia (art. 394). Lo mismo pasa cuando la madre que vuelve á casarse no es mantenida en la tutela, ó cuando la pierde por no haber convocado al consejo de familia. El art. 402 no es aplicable, porque no llama á los ascendientes á la tutela sino cuando no se ha elegido tutor por el último de los padres

1 Sesión del consejo de Estado, del 22 vendimiario, año XI, número 23 (Loché, t. 3º, p. 588).

que muere; y en el caso de debate, la madre vive, y no le es permitido durante su vida elegir un tutor, luego sólo queda la tutela dativa. La cuestión ha sido decidida por la jurisprudencia, y no es dudosa, por más que el art. 405 no prevea textualmente esta hipótesis (1). Puede preguntarse por qué el legislador prefiere la tutela de los ascendientes, siendo así que hay uno de los padres que sobrevive y que no es tutor. Los trabajos preparatorios no nos dan a conocer los motivos de la ley; así, pues, se vé uno reducido á adivinarlo. No vemos más que una razón de conveniencia: en tanto que el padre ó la madre vive, no conviene que un ascendiente sea llamado á una tutela que el superviviente de los padres no ejerce (2). El motivo no es muy determinante; porque el ascendiente puede ser elegido por el consejo de familia, y desempeñará por lo mismo la tutela del padre ó de la madre que viva.

Siguiese de aquí que si el tutor legal de su dimisión ó es destituido, hay lugar, no á la tutela de los ascendientes, sino á la tutela dativa. En caso de destitución, no hay duda alguna; tenemos un texto: el art. 405 dice formalmente que el consejo de familia nombra al tutor cuando el padre ó la madre está excluido de la tutela (3). En cuanto á la dimisión, se da ó en virtud de una excusa, y en este caso aún el art. 402 decide que el consejo de familia nombre al tutor; ó bien se da para prevenir la destitución, lo que vuelve á colocarnos siempre dentro del texto del art. 405 (4). Esta disposición confirma, pues, el principio de que la tu-

1 Sentencia de la corte de casación, de 26 de Febrero de 1807 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 151, y de París, de 24 de Junio de 1836 (Daloz, 1857, 2, 10) Duranton t. 3º, p. 437, núm. 446.

2 Marcadé, *curso elemental*, t. 2º, p. 198, art. 404, núm. 2º

3 Tolosa, 18 de Mayo de 1852 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 363, 5º).

4 París, 24 de Julio de 1835 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 213).

tela no se discierne á los ascendientes durante la vida del padre ó la madre.

402. El último que muere de los padres ha escogido un tutor, pero el tutor testamentario es excusado. ¿Hay lugar, en este caso, á la tutela de los ascendientes ó á la tutela dativa? Los autores están acordes en enseñar que la tutela debe ser conferida por el consejo de familia. Esta opinión se funda en el texto del art. 402: «Cuando al menor no se le ha elegido un tutor por el último de los padres que muere, la tutela pertenece de derecho al abuelo paternal.» Luego se dice, cuando el último moribundo ha escogido un tutor, la tutela ya no corresponde de derecho á los ascendientes. Si únicamente hubiese esta razón para decidir, la cuestión seguiría siendo dudosa, porque se hace decir á la ley más de lo que realmente dice; este es uno de esos argumentos que se sacan del silencio de la ley y que son muy peligrosos. Pero el art. 405 confirma la interpretación que se da al art. 402; decide que si el tutor elegido por los padres está válidamente excusado, se provea por un consejo de familia al nombramiento de un tutor. Este texto no deja duda alguna; no concebimos que la corte de Bruselas haya podido juzgar lo contrario, al invocar el espíritu de la ley, y la intención del padre ó de la madre que ha nombrado al tutor (1).

La voluntad del testador es dudosa; puede decirse que ha querido excluir á los ascendientes de una manera absoluta; puede también decirse que no ha querido excluirlos sino cuando el tutor que él escoge acepta la tutela. El legislador ha preferido la primera interpretación, á diestra ó siniestra poco importa; desde el momento en que él ha hablado, el intérprete debe obedecer, y no puede prevalerse de la voluntad incierta del testador contra un texto claro y

1 Bruselas, 11 de Marzo de 1819 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 149).

formal (1). Por las mismas razones debe decidirse que si el tutor testamentario fallece ó es destituido, no hay lugar á la tutela de los ascendientes. El consejo de familia nombra al tutor cuando el que eligió el último de los padres que murió es excluido; esta es la disposición formal del artículo 405 (2). Cuando el tutor testamentario muere, el texto del art. 405 no es aplicable; pero queda siempre el art. 402, que no discierne la tutela á los ascendientes sino cuando al menor no se le ha elegido un tutor por el último en morir de los padres. Nosotros suponemos naturalmente que el tutor testamentario ha sobrevivido al testador y que muere después de haber aceptado la tutela. Si fallece, cae el nombramiento y ya no se está dentro del texto, ni dentro del espíritu del art. 402. Ya no puede decirse que el último moribundo ha querido excluir al ascendiente. Tal había sido, es cierto, su intención cuando nombró un tutor, pero caducando este nombramiento mientras vivía, habría debido nombrar un nuevo tutor, si quería impedir la tutela de los ascendientes; guardar silencio, es declarar implícitamente la voluntad de que la tutela pase á los ascendientes.

403. ¿En qué orden se discierne la tutela á los ascendientes? El art. 402 establece que la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno; á falta de éste, al materno, y así subiendo, de manera que el ascendiente paterno sea siempre preferido al materno del mismo grado. Luego si hay una diferencia de grado, el ascendiente más próximo es llamado á la tutela, aun cuando fuese un abuelo materno; la preferencia no se concede al abuelo paterno sino cuando hay igualdad de grado. Cuando no hay ascendien-

1 Esta es la opinión general (véanse los autores citados en Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 149).

2 Rouen, 18 de Diciembre de 1839 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 150, 3^o).

tes en segundo grado, puede haber concurrencia entre dos ascendientes de un grado superior, pertenecientes ambos á la línea paterna del marido; la tutela, en este caso, pasaría, dice el art. 402, á aquel de los dos que se encuentre ser el abuelo paterno del padre del menor. La misma concurrencia puede existir entre dos abuelos de la línea materna; la ley quiere que en este caso el consejo de familia nombre al tutor, pero deberá escoger á uno de los dos ascendientes (art. 403). En el primer caso, la ley designa al ascendiente que debe ser tutor, porque hay un motivo de preferencia, supuesto que el hijo lleva el nombre del abuelo paterno de su padre; mientras que en el segundo caso falta esta razón; luego debía declinarse la elección en el consejo de familia.

404. Se ve que los ascendientes son llamados en cualquier grado que se encuentren. En el antiguo derecho permitiáseles rehusar la tutela (1) El código Napoleón no les concede este derecho, pero establece dispensas de edad de las que podían aprovecharse con frecuencia los ascendientes (art. 433). Estos pueden también invocar las enfermedades graves de que se hallen afectados. Estas excusas hacen inútil el derecho de rehusar, porque los únicos motivos legítimos de este derecho son precisamente las enfermedades y la edad avanzada de los ascendientes.

405. ¿Si el ascendiente llamado á tutela se excusa pasará al ascendiente llamado después de él, según el orden determinado por la ley? El art. 405 decide la cuestión negativamente y da al consejo de familia el derecho de nombrar al tutor. Pasa lo mismo si el ascendiente es excluido ó destituido. ¿Qué debe resolverse si el ascendiente muere? ¿La tutela sigue siendo legítima ó se vuelve dativa? La cuestión es controvertida, y hay alguna duda. Nosotros

1 Valette acerca de Proudhon, "Del estado de las personas," t. 2º, p. 296, núm. 2.

creemos que la tutela pasará al ascendiente más cercano. El art. 405 ya no es aplicable; este artículo no prevee el caso de muerte. El art. 402 deja igualmente indecisa la cuestión; dice que á *falta* de abuelo paterno, la tutela pertenece de derecho al abuelo materno; el art. 403 se sirve de la misma expresión. ¿Cuál es su sentido? El sentido natural es que si, al abrirse la tutela, cuando hay lugar á la tutela de los ascendientes, falta el más próximo de los ascendientes, es decir si no lo hay, la tutela pertenece de derecho al ascendiente, de un grado superior. Luego el caso de muerte del ascendiente tutor no está previsto. Síguese de aquí que debe procederse por vía de analogía. Ahora bien, el art. 405 decide que si el ascendiente llamado á la tutela no quiere ó no puede ser tutor la tutela cesa de ser legítima, por más hay que ascendientes capaces de desempeñarla; y lo mismo debe ser en caso de muerte (1).

§ IV.—DE LA TUTELA DATIVA.

406. Resulta del art. 405 y de los principios que hemos asentado sobre la tutela testamentaria y la tutela de los ascendientes, que hay lugar á la tutela dativa en las hipótesis siguientes:

1ª Cuando un hijo menor se queda sin padre ni madre y el último que muere de los padres no ha escogido tutor testamentario y no hay ascendientes varones;

2ª Cuando la madre que sobrevive rehusa la tutela;

3ª Cuando el padre que sobrevive, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela legal son excusados;

4ª Cuando el que sobrevive de los padres, el tutor testamentario ó el ascendiente llamado á la tutela son excluidos ó incapaces;

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 414, nota 3. En sentido contrario Demolombe, t. 7º, núm. 187, p. 114, y Demante, *Curso analítico*, t. 2º, página 228, núm. 150, bis 5.