

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.

5ª Cuando la viuda que vuelve á casarse no convoca al consejo de familia ó no es mantenida en la tutela;

6ª Cuando el tutor testamentario ó el ascendiente tutor mueren durante su gestión;

7ª Cuando debe reemplazarse un tutor dativo por una causa cualquiera.

407. El segundo consejo de familia es el que nombra al tutor dativo (art. 405). Más adelante veremos en qué casos la deliberación del consejo de familia que ha nombrado á un tutor puede ser atacada ó anulada por los tribunales. ¿El fallo que anula el nombramiento puede nombrar á otro tutor? Ningún texto da este derecho al juez. La ley confiere esta misión al consejo de familia; él sólo puede, pues, nombrar un tutor; el nombramiento no debe ser homologado. Siguese de aquí, que los tribunales no pueden intervenir sino para anular la deliberación; si la anulan, el consejo de familia debe ser convocado para proceder á nueva elección (1).

La ley cuida de que se convoque el consejo de familia lo más pronto posible, á fin de que el menor no se quede sin defensor. Según los términos del art. 406, los parientes del menor, sus acreedores ú otras partes interesadas pueden requerir el nombramiento del consejo de familia. El juez de paz del domicilio del menor puede hacer de oficio la convocatoria. Como podría ignorar el hecho que da lugar al nombramiento de un tutor, la ley permite á cualquier persona denunciárselo. Cuando la madre que sobrevive rehusa la tutela, ella es la que queda encargada de hacer las diligencias necesarias para que se nombre un tutor dativo (art. 394). Si queda vacante una tutela en ejercicio ó si es abandonada por ausencia, la ley encarga al su-

1 Sentencia de casación, de 27 de Noviembre de 1816, y sentencia de Orleans, de 9 de Agosto de 1817 (Daloz, en la palabra *interdicción*, núm. 164).

brogado tutor de provocar el nombramiento de un nuevo tutor; el subrogado tutor responde de los daños y perjuicios que para el menor pudieran resultar de la negligencia que él hubiese puesto en el complemento de este deber (artículo 424).

408. El consejo de familia tiene, en principio, una libertad ilimitada para la elección de tutor, salvo que el que es nombrado haga valer una excusa legal que lo dispense de aceptar la tutela; salvo también el derecho de los que pueden atacar la deliberación; más adelante diremos si ésta puede atacarse en razón de la elección hecha por el consejo. Como los más próximos parientes asisten al consejo, á menudo sucederá que el tutor se tome en el seno del consejo de familia. Y aun había en el proyecto del código civil una disposición que daba á toda persona que no formaba parte del consejo de familia el derecho de rehusar la tutela. Esto equivalía á circunscribir la elección dentro de límites demasiado estrechos. La libertad de que goza el consejo tiene otro escollo. Ya, en el antiguo derecho, Domat se lamentaba de que los parientes llamados á elegir un tutor se ponían de acuerdo para eximirse de esta carga imponiéndola á un pariente más lejano que no formaba parte del consejo (1). Hay un remedio al mal, y es atacar la deliberación como viciada de fraude. La libertad concedida al consejo no llega hasta el dolo, siendo éste siempre una excepción, como lo expresa la corte de Montpellier (2).

§ V.—DE LA PROTUTELA.

409. El art. 417 establece: «Cuando el menor domiciliado en Francia, posea bienes en las colonias, ó recípro-

1 Domat, *Leyes civiles*, libro 2º, t. 1º, p. 172, de la edición in-fol.

2 Sentencia de 18 de Agosto de 1823, confirmada por sentencia de la corte de casación, de 4 de Febrero de 1825 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 177).

camente, la administración especial de estos bienes se dará á un protutor.» Esta disposición está tomada de las declaraciones del rey, de 15 de Diciembre de 1721 y de 1º de Febrero de 1743. Esto es una excepción al principio de la unidad de la tutela, que se justifica por el mismo interés del menor. ¿Cómo es que un tutor residente en Francia había de poder administrar bienes situados en las Indias? El consejo de familia, es cierto, puede autorizarlo para que nombre administradores, pero ¿quién revisará la gestión de éstos? Y si hay lugar á responsabilidad ¿no es injusto declarar al tutor responsable de una administración que no ha podido vigilar?

La tutela se ha establecido, pues, tanto por interés de los menores, como por el del tutor. Porque en el están interesados los hijos, es por lo que el código ordena que se nombre un protutor: el art. 417 está concebido en términos imperativos. Así era en el antiguo derecho; el proyecto del art. 417 decía que el tutor *podría* hacer que se nombrase un protutor; la facultad se ha cambiado en un mandamiento. Sorprende ver á un autor recomendable sostener que el consejo de familia no deberá nombrar un protutor sino cuando lo pidan el tutor ó el subrogado tutor. ¿Y la razón? ¡Es por que en nuestros días hay buques de vapor que abrevian las distancias! Esto no es serio. La invención de los barcos de vapor no puede derogar el código civil; y mucho dudamos de que el legislador voliese facultativo el nombramiento de un protutor, únicamente porque hay navegación por vapor. ¿Es este un motivo para obligar al tutor á estar siempre viajando por mar?

410. ¿En toda tutela debe haber un protutor? Hay un motivo para dudar. El código habla de la protutela en la sección consagrada á la tutela dativa. ¿Se inferirá de aquí que no debe haber protutor en la tutela legal ó testamenta-

taria? La conclusión sería poco jurídica, porque la mayor parte de las disposiciones de la sección IV se aplican á toda especie de tutela: tales son los artículos que reglamentan la composición, la convocatoria y las deliberaciones del consejo de familia: tal es el art. 419, que impone á los herederos del tutor la obligación de continuar la gestión hasta el nombramiento de un nuevo tutor. ¿Hay, por otra parte, la menor razón para que los bienes situados en las colonias sean administrados por el padre, el ascendiente ó el tutor testamentario, siendo así que no pueden ser administrados por un tutor dativo? Instantáneamente se protestaría en voz alta contra el absurdo. Cuando la ley es absurda, se la debe aceptar tal como es; pero cuidémonos de introducir en ella el absurdo, porque haríamos un mal servicio á nuestra ciencia. Pasemos á la aplicación.

Se conviene que el último de los padres que muere puede nombrar un protutor. ¿Però qué sucederá si no lo nombra? Los unos dicen que el consejo de familia podrá nombrar un protutor (1); los otros le deniegan este derecho, á menos que sea llamado á nombrar un tutor, porque dice Marcadé, solamente el que nombra el tutor tiene el derecho de nombrar al protutor. ¿Si se preguntara á Marcadé de dónde hubo este principio? Debe decirse que el consejo de familia debe nombrar á un protutor, porque la protutela es obligatoria.

Cuando es un tutor legal el que administra la tutela, las opiniones están todavía más divididas. Marcadé dice que el consejo de familia no tiene derecho de limitar los poderes de un tutor legal. ¿Y acaso se trata de eso? De lo que se trata es de que haya una administración razonable, y ¿no es el colmo de la sinrazón confiar á un ascendiente sexagena-

1 Demolombe, t. 3º, p. 124, núm. 263, Demante; t. 2º, p. 245, número 167, bis 2º

rio la gestión de unos bienes situados en las Indias, por el único motivo de que su autoridad se resentiría si se nombrase un protutor? En seguida, olvidando este principio, Marcadé da al padre, cuando es usufructuario legal, el derecho de nombrar él mismo un protutor. ¡Un tutor nombrado por un tutor en ejercicio! ¡Y el protutor es independiente del tutor! dice el art. 417. Demolombe quiere que el nombramiento sea facultativo, en seguida rehusa esta facultad al consejo cuando el padre es usufructuario (1). Esto es puramente arbitrario.

Quando el que sobrevive de los padres rehusa la tutela ó se excusa, hay lugar á tutela dativa y por consiguiente á la protutela, por más que el padre ó la madre tenga el usufructo legal. ¿Por qué no había de haber un protutor cuando el superviviente usufructuario administra la tutela? (2). Hay, sin embargo, un motivo para dudar. En el derecho antiguo no se nombraba protutor cuando el padre era tutor. ¿El silencio del código no está indicando que ha querido reproducir la doctrina tradicional? Esta es una cuestión de intención. En los trabajos preparatorios no se encuentra una palabra que dé á conocer la voluntad del legislador; por lo tanto hay que ajustarse al texto y á los principios.

411. ¿Hay lugar á la protutela cuando el menor tiene bienes en el extranjero, pero en otra parte que no sea en las colonias? Hay autores que aplican el art. 417 por analogía. Esto nos parece muy dudoso. Ciertamente es que si la ley no organizase la protutela, el consejo de familia no podría nombrar un protutor. Ahora bien, la protutela no se ha establecido sino para los bienes situados en las colonias. El art. 417 es expreso. Hay más que decir; la cuestión está

1 Marcadé, *curso elemental*, t. 2º, p. 214, núm. 2, del art. 417,

2 Véanse las diversas opiniones de los autores en Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 279.

resuelta por el código. El art. 454 prevee el caso en que la extensión de los bienes ó su disposición hiciese difícil á un tutor único administrarlos por sí mismo. ¿Acaso la ley, en esta circunstancia, permite provocar el nombramiento de un protutor? No, sino que mantiene el principio de la nulidad de tutela, salvo que el consejo de familia autorice al tutor á ayudarse de uno ó de varios administradores particulares; pero el código cuida de agregar que estos administradores obrarán bajo la responsabilidad del tutor (1).

412. El protutor es tutor; luego deben aplicársele todas las disposiciones que conciernen á la tutela. Está sometido á la hipoteca legal, tanto como á las incapacidades que derivan de la tutela. ¿Debe haber un subrogado tutor? Asombra ver la cuestión asentada y resuelta negativamente (2), cuando el art. 420 dice que en toda tutela habrá un subrogado tutor. Cuando hay un protutor, hay dos tutores, luego se necesitan dos subrogados tutores. ¿Hay también dos consejos de familia? No, el consejo de familia está formado en el domicilio del menor, y ahí es donde se reúne; ahora bien, el menor no tiene más que un domicilio. El art. 417 dice: el menor *domiciliado en Francia*. Así, pues, en su domicilio en Francia es donde el consejo de familia se formará; este consejo nombra al protutor tanto como al tutor, y autoriza á uno y otro á ejecutar los actos para cuya validez exige la ley la autorización del consejo. Hay diversidad de opiniones acerca de este punto, pero los principios son tan evidentes, que es verdaderamente inútil insistir en esto (3).

1 Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 3º, p. 385, nota 2. En sentido contrario, Toullier, t. 1º, p. 34, y Demolombe, t. 7º, p. 130, núm. 218.

2 Magnin, t. 1º, núm. 494. En sentido contrario, todos los autores.

3 Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra *minoría*, número 280.

La coexistencia de la tutela y de la protutela da todavía lugar á otra dificultad que el código ha zanjado. Según los términos del art. 417, el tutor y el protutor son independientes y no responsables el uno hacia el otro para su gestión respectiva. De que haya dos tutelas, debería inferirse que cada una cesa por las causas que ponen término á la tutela, sin que el fin de la una haga cesar á la otra. Marcadé dice lo contrario, en el caso en que el protutor se nombra por el último de los padres que muere; pero esta opinión no tiene más base que el pretendido principio que él ha imaginado en materia de protutela.

§ VI.—DE LA TUTELA DE LOS HIJOS NATURALES.

413. Los hijos naturales son menores hasta la edad de veintiún años, tanto como los legítimos. Siendo incapaces de gobernar su persona y sus bienes, deben tener un protutor. Luego hay una tutela para los hijos naturales. ¿Pero cuándo se abre? ¿y á qué tutela se da origen? El código guarda un silencio absoluto acerca de estas preguntas. A esto han surgido dificultades y dudas, y una gran diversidad de pareceres. Hay un punto en el cual están de acuerdo los autores, y es que el hijo natural está siempre bajo tutela desde su nacimiento. Demolombe dice que esto le parece cierto, y Dalloz repite que esto es evidente (1). Se funda esta opinión en el interés del hijo. Si hay bienes ¿quién los administrará? No serán los padres de aquél, puesto que no tienen la administración legal de sus hijos. Luego habrá que nombrar un tutor; según esto, debe modificarse el principio admitido por la doctrina en el sentido que el hijo natural está bajo la tutela si adquiére bienes. De donde se infiere que regularmente no habrá lugar á la

1 Demolombe, t. 8º, p. 280, núm. 381; Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 697.

tutela del padre que vive, supuesto que el hijo natural sólo á sus padres sucede; en cuanto á las liberalidades que pueden otorgársele, serán una rara excepción.

Nosotros creemos que debe irse más lejos y decidir que los hijos naturales jamás están bajo tutela, en tanto que tienen á sus padres ó á uno de ellos. Todos convienen en que no hay lugar á la tutela por todo el tiempo que el hijo no tiene bienes. Luego únicamente para administrar los bienes es por lo que se admite la necesidad de la tutela. Ahora bien, en nuestra opinión, los padres naturales tienen la administración de los bienes de sus hijos (núm. 359); luego la tutela es inútil, supuesto que es suficiente con la patria potestad. ¿Se dirá que el hijo natural no encuentra en sus padres, que lo más á menudo viven separados, la garantía que el hijo legítimo encuentra en el matrimonio? Esto es verdad: el legislador habría podido tener en cuenta esta diferencia para establecer garantías especiales en favor de los hijos ilegítimos; pero no lo ha hecho. Luego si se admite que los padres naturales tienen el derecho, ó por mejor decir, el deber de administrar los bienes de sus hijos, debe inferirse que es inútil la tutela, supuesto que la potestad paternal responde á todas las necesidades. ¿Quién debe decidir si uno de los padres llegase á morir? Entonces es cuando la tutela se abre, cuando los hijos son legítimos. ¿Pasa lo mismo con los hijos naturales? Nosotros no lo creemos. Si la ley organiza la tutela al lado de la patria potestad, es porque los intereses del hijo legítimo pueden encontrarse, y se encuentran las más de las veces en conflicto con los intereses del superviviente de los padres. Para una posesión nueva, el hijo necesitaba garantías nuevas. ¿Puede decirse otro tanto del hijo natural? El hereda, en verdad, á su padre ó á su madre predecedida; ¿pero se originarían de esto intereses opuestos entre él y el superviviente? Nó, porque