

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

no hay matrimonio, no hay contrato de matrimonio, no hay donación entre cónyuges, los padres son extraños el uno para el otro. Si por acaso hubiese donaciones ó legados de donde pudiera surgir un conflicto de interés, el nombramiento de un tutor *ad hoc*, sería bastante para resguardar los intereses del hijo. Luego una tutela, propiamente dicha, sería inútil.

444. Hay que volver á la opinión común, y asistir al espectáculo de sus contradicciones y de sus inconsecuencias; resultado inevitable cuando los intérpretes quieren hacer la ley. Apresurémonos á añadir que si alguna vez son excusables, es en la materia que nos ocupa, supuesto que hay silencio completo del legislador. Nosotros suponemos que el hijo tiene bienes; luego hay lugar á la tutela, pero ¿a cuál? Unos dicen que á la tutela legal de los padres; que si éstos viven, ellos otorgan la tutela al padre. Aquí se hace literalmente una nueva ley para los hijos naturales. La única disposición que existe en el código civil acerca de la tutela legal, es el art. 390, y este supone la muerte de uno de los padres; en tanto que vivan uno ú otro, jamás hay tutela. Resulta de aquí que para los hijos naturales hay una tutela especial creada por los intérpretes. ¿Puede haber una tutela legal sin ley, ó al menos sin analogía legal? No solamente no hay ley que establezca una tutela en el caso de que se trata, sino que hay una que excluye en tanto que vivan los padres. La objeción nos parece perentoria.

Uno de los padres llega á morir. ¿El que sobrevive será tutor legal? Es evidente que no hay texto. Las cortes que admiten una tutela legal lo confiesan, porque recurren al derecho natural (1).

¡Una tutela legal fundada en el derecho natural! Seme-

1 Bruselas, 4 de Febrero de 1811, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 492 1º, y Grenoble, 28 de Julio de 1836, Dalloz, *ibid*, número 686, 2º

jante proposición puede tacharse con justo título de herejía jurídica. Si admitiésemos la necesidad de una tutela para el hijo natural que tiene todavía á sus padres, más bien invocáramos el art. 390. ¿Qué importa que éste hable de la disolución del matrimonio? Esto no impediría prevalerse de él si realmente hubiese analogía. Al tratar de la patria potestad, hemos dicho, que los autores no vacilan en aplicar á los padres naturales disposiciones que suponen el matrimonio de los padres (núms. 354, 359). ¿Por qué no había de hacerse lo mismo para la tutela, si fuesen idénticos los motivos para decidir? A nuestro juicio, no hay analogía; pero en la opinión general debe admitírsela, supuesto que se reconoce la necesidad de la tutela desde el momento en que el hijo tiene bienes; ahora bien, él los adquiere regularmente por la muerte de uno de sus padres. ¿Y qué tutor conviene mejor al hijo natural que su padre ó su madre, es decir, el único sér en el mundo que por él tenga algún cariño? (1).

445. La grande objeción que los partidarios de la opinión contraria oponen á esta opinión, es que la tutela es una institución de derecho civil, que no puede existir sino en virtud de una ley, y que no hay ley, por confesión de todos. Aceptamos por un instante el argumento, y preguntamos ¿cuál sera la tutela de los hijos naturales? Se contesta que la tutela dativa (2). ¿En dónde está el texto que diga

1 Esta opinión está consagrada por los autores que acabamos de citar, y por las sentencias de Tolosa de 1º de Septiembre de 1809 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 687, la coloca con razón, entre las sentencias que han consagrado lo opinión contraria). De Douai, de 13 de Febrero de 1844 (Dalloz, 1845, 2, 152), y de Poitiers, de 4 de Mayo de 1858 (Dalloz, 1859, 2, 141). Véase en el mismo sentido, Loiseau, Magnin, Delvincourt, Vazeille, Chardon, citados por Dalloz, que participa esta opinión, en la palabra *minoría*, núm. 686).

2 Esta es la opinión de la mayor parte de los autores, véanse los testimonios en Demolombe, t. 8º, p. 285, núm. 385. Ha sido consagrada por las sentencias de Grenoble, de 5 de Abril de 1819 (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 694), de Amiens, de 23 de Julio de

que el tutor de los hijos naturales haya de ser nombrado por el consejo de familia? Un solo artículo tenemos para la tutela dativa, y es el 405, y esta disposición, no se la quiere aplicar por analogía, habla en contra de los que la invocan. Para que haya lugar á la tutela dativa, dice el art. 405, se necesita que el hijo menor se quede sin *padre ni madre*. ¡Y se va á organizar una tutela dativa cuando el hijo natural tiene á su padre y á su madre! Flagrante es la contradicción, y no es la única. ¿Por quién es nombrado el tutor dativo? Por el consejo de familia. Ahora bien, el hijo natural no tiene familia. ¿Qué es lo que se hace para llegar á un simulacro de consejo? Se le compone de amigos. ¿En dónde está el texto que permita componer un consejo únicamente de amigos? Y cuando no lo hay, el juez de paz citará, se dice, á personas honorables y caritativas (1). Preguntamos ¿en dónde está el texto que permite á un pretendido consejo de familia compuesto de desconocidos discernir la tutela?

416. Esta objeción, muy bien desarrollada por Ducaurroy, prueba demasiado, se dice, y por tanto no tiene ningún valor. Llega en efecto, un momento, en que, por confesión de todos, el menor necesita un tutor. El hijo natural se queda sin padre ni madre: ¿quién será su tutor? Se presenta una primera cuestión. ¿El último de los padres que muere puede nombrar á un tutor testamentario?. Hay controversia y duda. Ley no la hay, á menos que se admita la analogía. La analogía no parece evidente. Si se per-

1814 (*ibid.*, núm. 695), de Agen, de 19 de Febrero de 1830 (*ibid.*, número 692), de Tolosa, de 25 de Julio de 1809 (*ibid.*, num. 687, 3<sup>o</sup>), de París de 9 de Agosto de 1811 (*ibid.*), de Lyon, de 11 de Junio de 1856 (Dalloz, 1857, 2, 9), y de 8 de Marzo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 141). No hay sentencia de la corte de casación acerca de esta difícil cuestión.

1 Demolombe, t. 8<sup>o</sup>, p. 277, núm. 367. Ducaurroy manifiesta muy bien todo lo que hay de imaginación en este pretendido consejo de familia (*Comentarios*, t. 1<sup>o</sup>, p. 415, núm. 585).

mite al padre legítimo que nombre un tutor á su hijo, con mayor razón hay que darle derechos al padre natural. El hijo legítimo, cuando no tiene tutor testamentario, tiene ascendientes, tiene una familia que cuidará de él; mientras que el hijo natural no tiene persona, está solo en el mundo. ¡Y se quiere que el último que muera de los padres, no pueda designar al amigo que será el protector del huérfano ó se objeta que no hay texto! Pero los partidarios de la tutela dativa tienen realmente buena razón para oponernos el silencio de la ley, cuando crean un consejo de familia puramente imaginario y una tutela dativa que al texto repugna (1).

417. Se retrocede ante la dificultad que hemos suscitado, pero no se resuelve. Si el último de los padres que muere no ha nombrado un tutor, ¿quién lo será? No queda ya más que la tutela dativa, porque no puede tratarse de la de los ascendientes. ¿Quién nombrará un tutor al hijo que se ha quedado sin padre y sin madre? Todos están de acuerdo en decir que será un consejo de familia compuesto de amigos. Este es un sistema extralegal, al cual no debe recurrirse sino en último extremo. Ducaurroy propone que el tribunal haga que se nombre el consejo. ¿No sería más sencillo que el mismo tribunal nombrase al tutor? Se dirá que los jueces no tienen ya jurisdicción voluntaria. Esto es muy cierto, pero no es absoluto. Los tribunales intervienen en materia de adopción, intervienen en materia de tutela para homologar los dictámenes del consejo de familia, lo que ciertamente es un acto de jurisdicción graciosa. No hay, pues, incompetencia radical. Hay autores que enseñan que el tribunal nombre á los tutores *ad hoc*, cuan-

1 Esta es la opinión de Ducaurroy, de Zachariæ y de Taullier. Hay una sentencia en este sentido. Demolombe es de parecer contrario (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 693).

do la ley no ha atribuido el nombramiento al consejo de familia. El tutor dado á un hijo natural será un tutor *ad hoc*. La misma ley indica esta vía. Cuando el hijo natural menor quiere casarse y no tiene padre ni madre ¿quién es el llamado á dar consentimiento? No es el consejo de familia, sino un tutor *ad hoc*. Pues, bien, el tribunal nombrará también un tutor *ad hoc* para rehusar al hijo ó para administrar sus bienes.

418. En todo lo que acabamos de decir hemos supuesto que los hijos naturales están reconocidos. Cuando no lo están, no hay ningún vínculo legal entre ellos y sus padres, luego no hay patria potestad. Si el hijo es educado por su madre, como comunmente sucede, la madre no tendrá ningún poder sobre él; ni derecho de guarda, ni derecho de conexión, ni administración legal. Habría que recurrir de nuevo al tribunal, si el hijo tuviese necesidad de un representante en un acto jurídico. La necesidad de elegirse al tribunal es la misma cuando el hijo es recogido por tercera persona. Y hasta sería imposible un remedo de consejo de familia, supuesto que los padres son legalmente desconocidos en tanto que no hay reconocimiento, y pueden serlo también de hecho (1). No hay más que una sola hipótesis en la cual la ley haya extendido su solicitud á los desventurados hijos á quienes sus padres abandonan, y es cuando son recogidos en un hospicio: la ley del 11 pluvioso, año XIII, los coloca bajo la tutela de los administradores de los hospicios.

Quedan los más infelices de todos, los hijos adulterinos é incestuosos. Estando prohibido su reconocimiento, legalmente no tienen padre ni madre, y hay que aplicarles lo que acabamos de decir de los hijos naturales no reconoci-

1 Una sentencia de Grenoble, de 5 de Abril de 1819, confirmada por la corte de casación (sentencia de 7 de Junio de 1820) decide que hay lugar á tutela dativa (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 694).

dos. Pero puede suceder que su estado esté comprobado por un fallo. ¿Estarán entonces bajo potestad y bajo tutela como los hijos naturales? Generalmente se resuelve la negativa (1). Rechazamos esta opinión con todas nuestras fuerzas. ¿Qué cosa es la patria potestad en derecho francés? Es el deber de educación y los medios que la ley da á los padres para cumplir ese deber. ¿A quién incumbe éste? A los padres, sean ó nó legítimos. Cuando los hijos son ilegítimos, este deber consiste por el reconocimiento; luego legalmente no existe cuando la paternidad no puede constar en razón del vicio de adulterio ó de incesto; pero si por excepción consta la paternidad adulterina ó incestuosa, establecida por un fallo judicial ¿con qué derecho se exoneraría al padre del deber que le impone la paternidad? Si la patria potestad y la tutela estuviesen establecidas en favor del que las ejerce, comprenderíamos que se rehusase todo derecho al padre culpable de adulterio ó de incesto. Pero se trata del derecho del hijo, del derecho el más sagrado, de su derecho á la educación, sin el cual el hombre se torna en irracional. ¡Y se le rehusa este derecho porque su padre es culpable! ¡No sería el padre mil veces más culpable si después de haberle dado la vida, lo matase moralmente! Bajo el punto de vista del derecho, en vano buscamos la razón de la diferencia que se establece entre el padre adulterino ó incestuoso y el padre natural; no hay más que una, y es que el reconocimiento y la investigación están prohibidas en caso de adulterio ó de incesto; pero esa diferencia viene á desaparecer cuando la paternidad está judicialmente establecida. Desde el momento en que consta la paternidad el hijo tiene derecho á la educación; luego el padre tiene la patria potestad, y por lo tanto la tutela. No se necesita

1 Demolombe, t. 8º, núm. 370, y los autores que él cita.

decir que en la opinión general que admite que la tutela de los hijos naturales es siempre dativa, la de los hijos adulterinos é incestuosos debe serlo también (1).

§ VII.—DE LOS TUTORES «AD HOC.»

419. El tutor *ad hoc* es aquel que se da al menor para un asunto especial al cual se limitan sus funciones. Se le llama también *tutor especial*.

¿Cuándo hay lugar al nombramiento de un tutor *ad hoc*? La ley ordena el nombramiento de un tutor *ad hoc*, cuando el marido desconoce al hijo concebido durante el matrimonio (art. 318). Cuando el padre administrador legal tiene intereses opuestos á los del hijo cuyos bienes maneja, hay lugar á nombrar un tutor especial al hijo, porque durante el período del matrimonio no hay subrogado tutor que pueda amparar los intereses del hijo (2). La cuestión de saber cuándo hay intereses opuestos, la decide el tribunal conforme á las circunstancias. Se ha fallado que el padre podía representar á su hijo en una instancia de nulidad de un testamento, aunque el hijo fuese legatario y el padre heredero legítimo. Si el padre hubiese sostenido la nulidad de testamento, habría un evidente conflicto de intereses; pero en el caso de que se trata, el padre apoyaba el mantenimiento del testamento, en su nombre personal y á nombre del hijo. Por lo tanto, no había lugar á nombrar un tutor *ad hoc* (3).

Si el menor está bajo tutela no hay lugar, en general, á darle un tutor *ad hoc*. En efecto, según los términos del

1 Una sentencia de Tolosa, de 25 de Julio de 1809, decide que hay siempre lugar á la tutela dativa para los hijos adulterinos ó incestuosos (Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 687, 3º)

2 Durantón lo clama un subrogado tutor *ad hoc*.

3 Sentencia de la corte de casación, de 5 de Julio de 1847 (Dalloz, 1848, 1, 148).

art. 429, el subrogado tutor tiene precisamente por misión promover por los intereses del menor, cuando se hallan en oposición con los del tutor. Puede, no obstante, suceder que la intervención del subrogado tutor no sea suficiente para garantir los intereses de los menores. El código civil prevee un caso semejante: «Si entre los herederos hay menores y si tienen intereses opuestos en la partición, debe darse á cada uno de ellos un tutor particular y especial» (artículo 838).

Siguese de aquí que puede asentarse en principio, que hay lugar á nombrar un tutor *ad hoc* al menor en tutela desde el momento en que su interés lo exija, es decir, desde el momento en que este interés no esté suficientemente garantido por la intervención del subrogado tutor. Por aplicación de este principio, se ha fallado que el tutor que litiga contra su pupilo, debe hacer que se le nombre un tutor *ad hoc* durante la litispendencia. No basta que el pleito sea intentado contra el subrogado tutor; el menor debe estar representado por un tutor, el cual es vigilado por el subrogado. Si estuviese formulada la demanda contra el menor ó contra el subrogado tutor, todo el procedimiento sería nulo (4).

420. ¿Quién nombra al tutor *ad hoc*? Hay un caso en el cual la ley decide la cuestión; cuando hayan de nombrarse tutores especiales á menores que tengan intereses opuestos en una partición, el código de procedimientos quiere (artículo 968) que sean nombrados por el consejo de familia. Generalmente se enseña, como punto fuera de toda duda, que pasa lo mismo en los demás casos (2). Esta opinión es contraria al rigor de los principios. Está de acuerdo para decir que el consejo de familia no tiene más atribuciones

1 Rennes, 19 de Julio de 1826, y 9 de Abril de 1827, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 719, 1º y 2º

2 Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 724.

que las que la ley le dá; su competencia debe, pues, interpretarse de una manera restrictiva. La consecuencia lógica de este principio es que el tutor *ad hoc* no puede ser nombrado por el consejo sino cuando la ley lo dice. Fuera de estos casos, á los tribunales corresponde suplir el silencio de la ley, porque la competencia es general. Así debe ser, sobre todo, cuando es imposible constituir un consejo de familia. Tal es el caso de los hijos naturales, que no tienen familia. Forzosamente hay que dirigirse á los tribunales.

SECCION III.—*Del subrogado tutor.*

§ I.—NOMBRAMIENTO.

421. «En toda tutela, dice el art. 420, habrá un subrogado tutor, nombrado por el consejo de familia.» La subrogada tutela, es, pues, dativa; no hay subrogado tutor legal, y el último que muere de los padres, que puede elegir un tutor á su hijos, no puede nombrar un subrogado tutor (1). ¿Por qué la ley quiere que la subrogada tutela emane siempre del consejo de familia? Las mismas funciones del subrogado implican que es necesaria una elección. Esta llamado á organizar la gestión del tutor, á provocar la destitución, si á ellas hay lugar, luego precisa que tenga la firmeza necesaria para cumplir estas difíciles funciones. Debe intervenir cuando el tutor y el menor tienen intereses opuestos; luego precisa que no tenga los mismos intereses que el tutor. Por último, el subrogado tutor es, en cierto modo, el mandatario del consejo de familia. El consejo raras veces se reúne; la inspección de la tutela que le está confiada reposa en gran parte en el subrogado tutor; luego es bueno que sea el hombre de confianza del conse-

1 Duranton, *Curso de derecho francés*, t. 3º, p. 504, núm. 517.

jo. Según esto, se concebiría difícilmente que el tutor subrogado fuese nombrado por la ley. El último que muere de los padres habría podido, en rigor, elegir al subrogado tutor; pero habría sido de temer que tal elección no correspondiese á la aspiración del legislador. El queda y pide una prueba de amistad nombrando un tutor testamentario, casi no está en aptitud de poder elegir á un vigilante severo del tutor á quien confía sus hijos. Valía más dejar este cuidado al consejo de familia, llamado por él mismo á inspeccionar la tutela.

422. La ley quiere que el subrogado tutor sea nombrado inmediatamente que hay un tutor. Desde el momento en que hay un tutor que deba ser vigilado, es necesario que haya un vigilante. Cuando la tutela es dativa, el nombramiento del subrogado tutor tiene lugar inmediatamente después de la del tutor (art. 422). Cuando la tutela es legal ó testamentaria, el tutor debe, antes de entrar en funciones, mandar convocar un consejo de familia para el nombramiento del subrogado tutor. Esta obligación está sancionada por una pena gravísima. Si, dice el art. 421, el tutor se ha ingerido en la gestión antes de haber hecho nombrar á un subrogado tutor, el consejo de familia puede rehusarle la tutela, si ha habido dolo por su parte, sin perjuicio de las indemnizaciones debidas al menor. La ley agrega que se convocará el consejo de familia á este efecto, sea al requerirlo los parientes, acreedores ú otros parientes interesados, sea de oficio por el juez de paz. La destitución no puede pronunciarse sino cuando hay dolo. Las más de las veces no había más que negligencia ó ignorancia de la ley. Aun cuando no hubiese más que una simple falta, el tutor estará obligado á indemnizar. Esta es la aplicación del derecho común.

423. La ley no quiere que el tutor administre antes de