

fundada en un vicio de forma de la deliberación del consejo de familia, en virtud de la cuál el tutor ha promovido. ¿Quién puede intentar la acción de nulidad? Cuando la nulidad es de orden público, toda parte interesada puede aprovecharse de ella; cuando no es de orden público, únicamente puede invocarla la parte en cuyo interés se ha establecido (1).

¿Se trata de una nulidad de orden público? Nosotros hemos enseñado que la tutela es de orden público; pero esto no prueba que la acción de nulidad que corresponde al menor sea de orden público; si se concede al menor, es únicamente porque siendo incapaz, no ha juzgado de la protección que la ley quiere asegurarle; luego obra como incapaz; ahora bien, las nulidades fundadas en la incapacidad son nulidades relativas (art. 1125). Esto decide la cuestión en contra de los terceros.

493. Únicamente el menor puede promover la nulidad. ¿Contra quién debe dirigir su acción? El art. 383 dice que el recurso contra las deliberaciones del consejo se forma contra los miembros que hayan estado en pró de la deliberación. Este artículo no es aplicable á la acción de nulidad. Es cierto que indirectamente tiende á anular la deliberación irregular que ha sido acordado por el consejo de familia; pero éste no es el objeto directo de la acción, sino más bien el medio. La acción de nulidad tiene por objeto directo y principal pedir la anulación de un acto jurídico que es verificado entre el tutor y un tercero; luego se dirige contra los terceros que tienen interés en el mantenimiento del acta. En consecuencia, contra los terceros interesados es contra quien debe intentarse la acción.

1 Véase el tomo 1º de mis "Principios", p. 107, núm. 72.

SECCION V.—De las causas de excusa, de incapacidad, de exclusión y de destitución.

§ I.—DE LAS EXCUSAS.

494. La teoría de excusas viene del derecho romano. La tutela se consideraba como un cargo público, en el sentido de que aquellos á quienes se imponía, estaban obligados á cumplirla. No que el cargo interesase directamente á la república, ni que diese al tutor una porción cualquiera de autoridad, sino porque es de interés general que los menores no se queden sin defensores. Es esta una justa solicitud de la sociedad por aquellos de sus miembros que son incapaces de gobernar su persona y de administrar sus bienes. No obstante, hay un interés que domina á éste. En definitiva, por manejar intereses privados, es por lo que los tutores están obligados á obedecer al llamamiento de la ley. Pero si son funcionarios públicos, el servicio del Estado esrá antes que el de los menores. Luego si no pueden cumplir convenientemente uno y otro cargo, la ley les permite que se excusen de la tutela. El derecho romano admitía además excusas fundadas en motivos personales del tutor. Indirectamente tales excusas aprovechan al mismo menor. El legislador ha imaginado que si se forzaba á los que tienen una excusa legal á administrar la tutela, los tutores cumplirían mal funciones que ejercerían muy á su pesar (1).

La misma palabra hace conocer su carácter. Es una facultad que la ley concede al tutor para dispensarlo de la tutela. A primera vista, creeriase que la excusa debería tener por consecuencia una incompatibilidad ó una incapa-

1 Estas nociones son tan elementales que es inútil citar testimonios; invocamos á Duranton, t. 3º, p. 1174, núm. 480.

idad. ¿No debe el interés público sobreponerse al privado? ¿por qué, el funcionario público puede ser tutor, si así lo quiere? Es por que no puede decidirse á priori que el interés general se oponga á que éste ó aquél funcionario administre una tutela; y es posible que de hecho no haya incompatibilidad. Era, pues, preciso abandonar la decisión á la apreciación del tutor. Igualmente, si el tutor tiene una justa causa de dispensarse de la tutela, la excusa no debe necesariamente venir á parar en una incapacidad; puede suceder que el tutor quiera administrar, á pesar del justo motivo que tendría para excusarse. Esto prueba en él un gran celo, una singular adhesión; ahora bien, estas precisamente son las cualidades que el legislador desea en el tutor.

No debe inferirse por que la excusa se abandone á la consecuencia del tutor, que cuando éste tenga una excusa legal pueda rehusar la tutela. La excusa no es el derecho de denegación. Un solo tutor existe á quien la ley da el derecho de rehusar la tutela, y éste es la madre superviviente; ya hemos dado la razón de esto (núm. 376). La excusa es un motivo legítimo que dispensa de la tutela, pero ¿quién decidirá si es legítimo? No sería posible atenerse al tutor, supuesto que es parte en la causa, y la experiencia enseña que muy frecuentemente aquellos á quienes incumbe la carga de la tutela tratan de desembarazarse de ella. Por tal motivo la excusa no podría dar el derecho de enagenación. El consejo de familia es el que acepta ó rehusa la excusa, salvo el recurso ante el tribunal.

495. Resulta, además, de la noción de la excusa que por propia naturaleza es ella general, es decir, que todo tutor puede aprovecharse de ella, hasta el padre que sobrevive. Cuando la excusa se funda en un servicio público, la cosa es evidente; como lo dijo Beranger en el consjo de Estado, el interés público debe sobreponerse al particular del menor (1).

1 Sesión del 29 vendimiario, año XI, núm. 13 (Loché, t. 3.º p. 392).

Esto no da lugar á duda ninguna, por más que haya autores que critiquen la ley (1). De hecho, la excusa del padre puede ser poco honorable para el que la propone; en derecho, debería ser aceptada; la razón dada por Beranger es decisiva. En cuanto á las excusas que son de interés privado tales como la edad interesan indirectamente al menor, y la ley ha debido tener una opinión bastante buena del padre para creer que él no propendrá una excusa, cuando puede administrar la tutela. Bajo el punto de vista de los textos y de los principios la cuestión no es dudosa. Las excusas se establecen en términos generales; luego se necesitaría un texto para que hubiese excepción para la tutela legítima: el silencio de la ley zanja la dificultad en favor del tutor. Esta es la opinión generalmente adoptada (2).

Núm. 1. De las excusas fundadas en un servicio público.

496. El art. 427. dice: «Están dispensados de la tutela: las personas designadas en los títulos 3.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º, 10 y 11 del acta de las constituciones de 18 de Mayo de 1804.» De todos estos servicios públicos, no hay más que dos que puedan aplicarse á nuestro régimen constitucional: los miembros de la familia real están excusados tanto como los miembros del Cuerpo legislativo. Los ministros que estaban comprendidos en la primera edición oficial del código civil, están sometidos en la última de 1807; nos parece, pues, imposible mantenerlos entre los dignatarios que gozan de una excusa legal, porque ¿puede haber una excusa legal sin ley? (3)

El art. 427 dispensa también de la tutela á los magistra-

1 Demolombe, t. 7.º, p. 246 núm. 409 (Daloz, en la palabra "minoría", núm. 326).

2 Véanse los testimonios en Daloz, en la palabra "minoría", número 330.

3 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. 1.º, p. 423, nota 2.

dos de la corte de casación, al procurador general en la misma corte y á sus sustitutos. Hay que confesar que estas excusas son más bien una señal de honra que una necesidad pública. La ley coloca en la misma línea á los comisarios de la contabilidad nacional; por los términos de la ley de 16 de Septiembre de 1807; la oficina contadora goza de las mismas prerrogativas que la corte de casación.

Están, además, dispensados de la tutela los prefectos (en Bélgica los gobernadores) y todo ciudadano que ejerza una función pública en un departamento (en Bélgica, en una provincia) diferente de aquél en que se establece la tutela. Siendo los notarios funcionarios públicos, y estando obligados á residir en el lugar en donde desempeñan sus funciones, nos parece claro que puedan invocar los términos generales de la ley que acabamos de transcribir. (1).

Un acuerdo del consejo de Estado, de 20 de Noviembre de 1806, resuelve que la dispensa es aplicable á los eclesiásticos que tienen curatos ó sucursales, así como á todas las personas que por los cultos ejerzan funciones que exijan residencia, en cuyas funciones son aceptadas por el emperador y por las cuales presten juramento. En Bélgica esta dispensa ya no existe. Según nuestra constitución el Estado no tiene el derecho de intervenir ni en el nombramiento, ni en la instalación de los ministros de un culto sea cual fuese; en este orden de cosas, los ministros ya no son más que funcionarios públicos, luego no puede aplicárseles ni el art. 427 del código Napoleón, ni el acuerdo del consejo de Estado de 1806; ya no son más que individuos, como lo ha dicho M. Nothomb, cuando se decretó la constitución (artículo 16) (2).

1 Demolombe, t. 7^o, p. 245, núm. 403. En sentido contrario, F. Langlade, "Repertorio del notariado", en la palabra *Tutela*.

2 Compárese, una sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 4 de Marzo de 1847 (*Boletín* de 1847, p. 488).

497. Están igualmente dispensados de la tutela, dice el art. 428, los militares en servicio activo. El derecho romano los declaraba incapaces de administrar la tutela. Maleville dice que nuestra regla no vale lo que ésta. ¿Cómo un militar, comunmente fuera de su país, frecuentemente fuera de Francia, podría desempeñar el oficio de tutor? (1).

Cuando Maleville escribía, la Francia semejaba un campamento, la guerra era permanente como en los principios de Roma. Desde entonces la guerra ha cedido lugar á la paz (2), y cuando la paz reina, no hay razón para establecer una diferencia entre las funciones militares y las civiles, salvo que de hecho, más á menudo habrá lugar á dispensar á los militares, en razón de su cambio frecuente de guarnición.

Este mismo artículo 428, dispensa, además, de la tutela á los ciudadanos que desempeñen una comisión fuera del imperio. Esta es la más legítima de todas las excusas. ¿Cómo es posible que un agente diplomático residente en los Estados-Unidos pueda administrar una tutela que se abre en Francia? La excusa no se aplica únicamente á los embajadores; la ley, concebida en los términos los más generales, comprende hasta las misiones secretas. Por esto es que el art. 429 agrega: «Si la misión es no auténtica, y puesta en duda, la dispensa no se pronunciará sino después de la representación hecha por el reclamante del certificado del ministerio en cuyo departamento se coloque la misión articulada como excusa.»

498. Los arts. 430 y 431 contienen disposiciones generales aplicables á todos los que desempeñen una función pública. Si ellos han aceptado la tutela posteriormente á los servicios ó misiones que dispensan de aquella, ya no son admitidos á descargarse por tal causa. La excusa es una

1 Malville, *Análisis razonado*, t. 1^o, p. 433.

2 Escrito esto en 1869.

facultad de la que puede usar el tutor ó no usar; en el momento en que es llamado á la tutela es cuando debe proponerla; si se renuncia á ello, es natural que no puede hacerla valer, porque el que renuncia á un derecho abdica por este hecho mismo. Si las funciones han sido conferidas posteriormente á la aceptación ó gestión de una tutela, los tutores pueden pedir su descargo; en este caso, deben mandar convocar, dentro del mes, un consejo de familia para que en él se proceda á su substitución.

El servicio público puede ser temporal; si cesa ¿el tutor que se ha hecho excusar será tutor de pleno derecho? Según el art. 431, el nuevo tutor puede reclamar su descargo ó el antiguo tutor excusado puede volver á pedir la tutela; luego nunca hay lugar á un cambio de pleno derecho: la ley dice que el consejo de familia podrá devolver la tutela al tutor. Siempre es el consejo de familia el que resuelve por interés del menor. En general, los cambios de tutor son perjudiciales á los menores, porque se necesita unidad y continuidad en la gestión de la tutela, y sobre todo, en la educación. La misma ley los evita y descarga con más dificultad al tutor que administra, de lo que dispensa al que todavía no ha administrado: corresponde al consejo de familia pesar las ventajas y los inconvenientes. El art. 431 sería también aplicable al caso en que el tutor excusado no ha gestionado todavía; justo es que cesando la excusa provisional, él no se aproveche de una dispensa que ya no tiene razón de ser, y justo es también que el nuevo tutor pueda pedir su reemplazo. El consejo de familia resolverá.

Núm. 2. *Excusas de interés privado.*

I

499. El art. 432 dice: «Todo ciudadano que no sea pariente ni afine no podrá ser forzado á aceptar la tutela sino

en el caso en que no hubiese en la distancia de cuatro miriámetros parientes ó ofines en aptitud de administrar la tutela.» Esta excusa establecida para la tutela dativa se aplica también á la testamentaria (art. 401). Sólo los extraños pueden aprovecharse de ella. Un pariente ó un afine, nombrado tutor, no podrá excusarse pretendiendo que habita fuera de la distancia de cuatro miriámetros, y que en esta distancia hay parientes ó afines capaces. De la misma manera un afine no estaría dispensado de aceptar la tutela, porque en el lugar se hallasen parientes capaces. La ley deja y ha debido dejar cierta latitud al consejo de familia para la elección del tutor; al consejo atañe ver si aquél es el más digno; si elige un tutor que habite fuera de la comuna en donde se ha abierto la tutela, debe creerse que él bien del menor lo exige. Todos los parientes y afines son, pues, elegibles con el mismo título. Los extraños también lo son, pero se concibe que la tutela siendo antes que todo un consejo de familia, ellos pueden excusarse si en el lugar hay parientes. Si no hay en la distancia legal un pariente ó un afine capaz de manejar la tutela, el extraño deberá aceptar (1).

500. La aplicación de este principio da lugar á algunas dificultades. Se pregunta desde luego lo que debe entenderse por estas palabras del art. 432: *en estado de administrar la tutela*. Demolombe dice que significan: «que no se hallan en el caso de incapacidad ó de exclusión prevista por la ley.» Otra interpelación cualquiera dice él, entregaría al extraño al arbitrio de la familia (2). Nosotros contestamos que las palabras, *en estado de gestionar la tutela*, no tienen el sentido que Demolombe les da; ellas se refieren á la capacidad de hecho y no á la capacidad legal.

1 Observaciones del Tribunado, núm. 21 (Loché, t. 3º, p. 406).

2 Demolombe, «Curso de código Napoleon», t. 7º, p. 251, número 417.