

El espíritu de la ley está en armonía con el texto. Es muy raro que haya causas de incapacidad ó de exclusión, mientras que á menudo pasa que un pariente no es apto para gestionar la tutela. ¿Se obligará al consejo á nombrar un incapaz? ¿Qué viene á ser entonces la garantía de la tutela? Se teme lo arbitrario. En nuestra opinión, no lo hay; hemos admitido que hay recursos contra la deliberación del consejo que nombra á un tutor. La sola posibilidad de un recurso será un freno para el consejo.

501. El consejo nombra á un pariente en grado lejano; siendo así que en el lugar, hay parientes más próximos en aptitud de gestionar la tutela. ¿A caso el tutor podrá excusarse? De ante mano hemos dado respuesta á la pregunta, exponiendo el principio establecido por el art. 432. Si insistimos, es porque un autor recomendable enseña que, en el espíritu de la ley, debe decidirse que el tutor puede, en este caso, excusarse. Durantón dice que aquél que de preferencia esté llamado á heredar, es el que debe soportar el fraude de la tutela; y confiesa que esta opinión es contraria á la letra de la ley. Esto basta para que se deseche. No puede haber excusa legal sin ley, y la ley no dice que el pariente más próximo es el que deba nombrarse. Hay sentencias en pró y en contra (1).

Habría excepción si los parientes que forman el consejo se hubiesen puesto de inteligencia, por un concierto fraudulento, para descargar el fruto de la tutela en un pariente lejano, siendo así que los parientes los más próximos, capaces de manejar la tutela, asistían al consejo. La ley no habla de esta excepción, pero no necesitaba formularla, siendo el fraude por sí mismo una excepción. De este mo-

1 Durantón, t. 3º, p. 481, núm. 488. Compárese, en este sentido, sentencia de Lyon, de 16 de Mayo de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 340, 1º). En sentido contrario, sentencia de Potiers de 23 de febrero de 1825 (Daloz, *ibid.*, núm. 340).

do falló la corte de casación (1). Esto equivale á decidir implícitamente que, fuera del caso de fraude, no hay excusa legal para el tutor.

Si no hay excusa legal ¿había por lo mismo una excusa de hecho fundada en la equidad? Esta cuestión entra en una dificultad que más tarde examinaremos.

II.

502. «Todo individuo que haya cumplido sesenta y cinco años puede rehusar ser tutor» (art. 433). La ley se sirve aquí de la palabra *rehusar*. En efecto, la excusa no es susceptible de una apreciación, porque no hay que comprobar más que un solo hecho material. El art. 433 agrega: «El que haya sido nombrado antes de esta edad podrá, á los setenta años, hacerse descargar de la tutela.» ¿Por qué el descargo no se admite á los sesenta y cinco años, cuando la excusa se admite á dicha edad? Porque la ley quiere evitar los cambios de tutela, perjudiciales siempre para el menor. Las excusas, cierto es, se han establecido en favor del tutor. Pero el legislador ha considerado que es más fácil continuar una gestión á los sesenta y cinco años que comenzarla á dicha edad. Si permite al tutor que se descargue de la tutela á los setenta años, es porque pocas personas tienen á esa edad las fuerzas necesarias para llevar un fardo que es pesado hasta para los mismos jóvenes.

Se pregunta si los setenta años deben estar cumplidos. Nosotros planteamos la cuestión porque todos los autores la discuten; ¿pero no basta leer el texto para resolverla? *A los setenta años*, dice el art. 433. ¿Y el que tiene sesenta y nueve años puede decir que ha llegado á los se-

1 Sentencia de 1º de Febrero, de 1825 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 117).

tenta años? No vemos ninguna utilidad de suscitarse tales cuestiones, ni ninguna necesidad de tratarlas ampliamente (1).

503. El tutor tiene sesenta y cinco años en el momento en que es nombrado. El no se excusa y administra la tutela, y ¿podrá descargarse de ella á los setenta años? Hay una dificultad de texto. El art. 433 dice que el que haya sido nombrado *antes de la edad de sesenta y cinco años* puede á los setenta años, hacerse descargar de la tutela. ¿No es esto decir que si el tutor es nombrado *después* de los sesenta y cinco años, no podrá pedir su descargo á los setenta? ¿Al manejar la tutela, acaso no renuncia á la excusa de edad? No lo creemos nosotros. La ley otorga dos derechos en razón de la edad. El que tiene sesenta y cinco años puede rehusar la tutela. Esta es la excusa propiamente dicha. El que tiene setenta años puede descargarse de la tutela, este es el derecho de dimisión. Renunciar á la excusa no es renunciar á la facultad de dimitirse. El buen sentido lo dice. El tutor puede, á los sesenta y cinco años, hallarse bastante fuerte para aceptar la tutela; pero ¿puede él saber de antemano si tendrá todavía la misma fuerza cinco años más tarde? Queda en pie la dificultad del texto. Las expresiones: «el que haya sido nombrado antes de esta edad» no indican una condición, porque no hay una sombra de razón para hacer de ello una condición. El legislador acababa de decir que el que tiene sesenta y cinco años puede rehusar ser tutor. Naturalmente supone que el tutor nombrado á los sesenta y cinco años hace valer su excusa, hé aquí porque no prevee la hipótesis de su aceptación después de esa edad, luego debía limitarse á decidir á qué edad el tutor nombrado antes de los sesenta y cinco años puede

1 Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra *minoría*, número 328.

dar su dimisión. El texto estatuye sobre lo que acontece comunmente, es explicativo y no restrictivo (1).

III.

504 Todo individuo que tenga una enfermedad grave y debidamente justificada está dispensado de la tutela, la excusa está fundada en el interés del menor tanto como en el interés del tutor. No todas las enfermedades constituyen una excusa, pues se necesita que el mal sea permanente; esto es lo que la ley indica al servirse de la palabra *enfermedad*; y agrega que ésta debe ser grave. Al consejo de familia y si hay lugar al tribunal, es al que corresponde resolver si es grave la enfermedad. Como esta es una cuestión de hecho, es inútil citar sentencias, supuesto que las circunstancias variarán de un caso para el otro (2).

El art. 434 agrega que el tutor puede hacerse descargar de la tutela si la enfermedad ha sobrevenido después de su nombramiento. Esta es la aplicación del derecho común en materia de excusas. Establecidas por interés del tutor, éste puede renunciarlas, y una vez que las ha renunciado, ya no puede arrepentirse de su renuncia. Así, pues, cuando un tutor valetudinario acepta la tutela, no puede hacerse descargar en razón de esa misma enfermedad. No obstante, si se agravase la enfermedad, el tutor podría pedir su descargo; la agravación del mal debería considerarse como una nueva enfermedad (3).

IV.

505. Para toda persona es justa dispensa para aceptar

1 Los autores están divididos (Véase Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 335. y Aubry y Rau, t. 1º, p. 425, nota 18).

2 Véanse las sentencias en Dalloz, en la palabra *minoría*, número 131, 1º y 2º.

3 Valette, acerca de Proudhon, t. 2º, p. 337, nota a, seguido por todos los autores.

una tutela, el desempeñar otras dos (art. 435). ¿Qué es lo que se entiende por *tutelas*? Ya en el derecho romano se decidía que no era el número de pupilos el que se debía considerar, sino los patrimonios por administrar (1). En nuestro derecho, esto no puede originar duda alguna. Cuando hay cinco hijos menores, el consejo de familia no hace cinco nombramientos, sino uno solo; luego no hay más que una sola tutela; por esto al hablar de la tutela del padre superviviente, el código dice: la tutela de los *hijos* (artículos 435 y 436). Sin duda que mientras más hijos haya más difícil se hará la administración de la tutela, haciendo abstracción del patrimonio; pero el legislador no ha tenido en cuenta dicha consideración. Tampoco se necesita distinguir, como los autores lo hacen, si el patrimonio de los menores es indiviso ó nó, si los hijos tienen además de los bienes hereditarios, un patrimonio distinto y considerable (2). Esto es introducir en la ley distinciones que no están en ella. Estamos en el terreno de las excusas legales, y por lo mismo hay que ajustarse al principio de que no hay excusa sin texto.

¿La subrogada tutela es una tutela, bajo el punto de vista de la excusa establecida por el art. 435 en beneficio del que administra dos tutelas? En principio, la pregunta debe contestarse negativamente. La excusa se funda en los cuidados que el tutor debe dar á la gestión del patrimonio y á la educación de los hijos. Ahora bien, el subrogado tutor no administra la tutela. Esto parece ser decisivo; hay, no obstante, un motivo para dudar. El art. 426 declara aplicables á los subrogados tutores las disposiciones de la sección 6ª concernientes á las excusas. Infiérese de aquí que el que está encargado de dos tutelas está dispensado de

1 L. 31, pfo. 4 D., de *excus.* (XXVII, 1).

2 Valette acerca de Proudhon, t. 2º, p. 337, nota c; Aubry y Rau, t. 1º, p. 425.

aceptar una subroga tutela; de donde se sigue, se dice, que el que es á la vez tutor y subrogado tutor debe tener el derecho de excusarse de una segunda tutela (1). Esto mismo es dudoso.

El art. 426 dice que el subrogado tutor puede hacer valer las excusas que la ley establece por interés del tutor; la asimilación sería, pues, esta: que dos subrogadas tutelas dispensarían de una tercera. Si pudiera razonarse por analogía en materia de excusas legales, ciertamente habría que decir que con mayor razón, el que maneja dos tutelas puede rehusar una subrogada. ¿Pero se puede razonar á *fortiori* para establecer una excusa? Esto conduciría á hacer la ley. Vale más ajustarse enteramente al texto.

506. El que, esposo ó padre, esté ya encargado de una tutela, no podrá ser obligado á aceptar una segunda, excepto la de sus hijos (art. 435). La ley asimila la calidad de padre ó de esposo á una tutela. Se pregunta si el que tiene que manejar dos tutelas debe todavía aceptar la de sus hijos. La afirmativa parece resultar del espíritu de la ley. El que es padre y tutor debe, sin embargo, administrar la tutela de sus hijos. ¿Por qué? Porque como tutor no hace más que continuar la gestión de que estaba encargado como padre. Ahora bien, si siendo padre y encargado de dos tutelas, se inicia la de sus hijos, su posición realmente no ha cambiado; continúa haciendo como tutor lo que como padre hacía. Supuesto que no hay cargo nuevo, no hay razón para darle una excusa (2).

V

507. «Los que tienen cinco hijos legítimos están dispensados de toda tutela diversa que la de los mencionados hi-

1 Aubry y Rau, t. 1º, p. 426, y nota 20.

2 Los autores están divididos. Véase, Dalloz, en la palabra *minoría*, núm. 335, y Aubry y Rau, t. 1º, p. 424, nota 14.

jos» (art. 436). El art 437 agrega que el aumento de hijos durante la tutela no podrá autorizar á abdicarla. Se pregunta si los hijos concebidos deben tenerse en cuenta para excusar al padre. Hay en esto alguna duda. El derecho romano no los tenía en cuenta; pero la jurisprudencia francesa se había desviado de semejante rigor (1). Luego puede invocarse la tradición respecto al padre; puede, además, decirse que el interés del hijo está indirectamente en juego; que por consiguiente hay lugar á aplicar el adagio según el cual el hijo concebido se reputa como nacido desde el momento en que se trata de sus intereses. No obstante, los autores se pronuncian contra la excusa, y nosotros creemos que con razón (2). El texto implica que los hijos han nacido: «los que *tienen* cinco hijos.» No puede decirse que aquel que tiene en cinta á su mujer *tenga* un hijo, *tendrá* uno si el hijo llega á nacer viable; pero el probable nacimiento del hijo no da derecho á excusa. En cuanto al adagio es inaplicable; las excusas no se establecen por interés de los hijos, sin esto el legislador habría debido hacer una causa de incapacidad; se establece por interés del tutor, y esto decide la cuestión.

No se cuentan los hijos muertos sino en tanto que ellos mismos han dejado hijos actualmente existentes. Hay excepción cuando los hijos mueren en servicio activo en el ejército del emperador, dice el art. 436. El código no exige, como lo hacía Justiniano, que los hijos hayan muerto en el campo de batalla: el servicio es lo que hace que se les tenga en cuenta, aun cuando mueran de una enfermedad común.

1 Malville, *Análisis razonado*, t. 1º, p. 445, Bonrjon. *El derecho común de la Francia*, (tit. 6º, núm. 188, t. 1º, p. 56).

2 Véanse los autores citados, en Aubry y Rau, t. 1º p. 426, nota 22. Hay que agregar Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 257, número 183, bis 1.

Núm. 5. De las excusas extralegales.

508 ¿El consejo de familia puede admitir otras excusas que las que la ley establece? Esta cuestión es controvertida y hay alguna duda. Creemos que debe resolverse negativamente. La excusa, en el sentido legal, es un motivo que dispensa de la tutela, es decir, que el consejo de familia y los tribunales deben admitir, si está justificado. Y ¿además de las excusas legales, hay excusas de hecho? Estas serían excusas de muy distinta naturaleza. Ciertamente es que no ligarían ni al consejo ni á los jueces; éstos tendrían un poder discrecional, sea para rechazarlas, sea para aceptarlas; mientras que el consejo de familia y el tribunal están ligados por las excusas legales. Hay lugar al recurso de casación cuando una excusa legal no es admitida; no habría lugar á dicho recurso si el tribunal rechazase una excusa extralegal. Estas excusas de hecho serían, pues, excusas de una naturaleza muy particular. ¿Puede el intérprete crear una teoría que no tiene base ninguna en el texto? Nosotros no lo creemos. El legislador quizás habría debido extender el poder del consejo de familia, pero no tenemos que examinar lo que habría debido hacer; el intérprete está ceñido á los textos y por los principios que de ellos emanan. ¿Y cuáles el principio dominante en materia de excusa? La regla es que el tutor debe aceptar la tutela; la excepción, que puede dispensarse de ella. Admitir otras excusas que las que la ley establece, equivale, pues, á crear excepciones que la ley ignora. El intérprete no tiene semejante derecho.

La corte de Gante ha fallado, en sentido contrario, el caso siguiente: Un consejo de familia había nombrado tutor á un primo hermano, siendo así que en el lugar había parientes más próximos, tíos y tíos abuelos, todos en aptitud de encargarse de la tutela. El tutor reclamó. Sus excusas fueron des-