

sonalmente. Si el consejo admite la excusa, puede también haber recurso, siempre por aplicación del derecho común (núms. 464, 469). Así el tutor nombrado á falta del que ha sido excusado tendría el derecho de atacar la deliberación y de sostener que no había excusa legal. El art. 440 no lo dice, pero esto no es dudoso; los principios que rigen los recursos contra las deliberaciones del consejo de familia resuelven la cuestión (art. 487).

¿Dentro de qué plazo debe proveerse el tutor ante los tribunales? La ley no fija plazo; el tutor se dará prisa para ejercitar su recurso, en ello tiene grande interés, porque si continúa administrando, podría haber en su gestión una aquiescencia á la decisión del consejo. La ley lo obliga á administrar provisionalmente, porque el menor no puede quedarse sin protector; pero el tutor debe velar, si quiere hacer valer sus excusas, en que la gestión provisional no puede ser considerada como una gestión definitiva.

¿Quién soporta los gastos de la instancia? Cuando el tutor pierde, será condenado en costas (art. 441). Esta es la aplicación del derecho común (código de procedimientos, art. 130). Cuando los miembros del consejo son los que pierden, la ley se atiene á la apreciación del tribunal, que puede condenarlos en costas; si él rechaza las excusas, ellos han obrado por espíritu de intriga y de malignidad. Pero si son de buena fe, obran por interés del menor, y éste es, pues, el que debe soportar los gastos (1).

§ II. DE LAS INCAPACIDADES.

513. El código declara á ciertas personas incapaces de ser tutores. Hay una diferencia considerable entre las causas de incapacidad y las causas de excusa. El que tiene una excusa puede renunciarla, supuesto que la dispensa se ha

1 Observaciones del Tribunalado, núm. 22 (Loché, t. 3º, p. 407).

establecido en su favor. Las incapacidades, por el contrario, se establecen por el interés del menor, luego es evidente que el incapaz no puede renunciarlas. El que tiene una excusa puede ser tutor, si así lo quiere. Aun cuando el incapaz quisiera ser tutor y el consejo de familia lo consintiese, no podría serlo, porque no tiene las cualidades que se requieren para la administración de la tutela. Supuesto que el incapaz no puede ser tutor, síguese que las causas de incapacidad impiden al consejo nombrarlo ó hacer que se le separe si se presenta como tutor legal ó testamentario; y que si la causa de incapacidad sobreviene durante el curso de la tutela, el incapaz debe ser revocado.

Hemos establecido como principio que no hay excusa sin ley, este principio es controvertido; hay autores que, además de las excusas legales, admiten excusas de hecho. Respecto á las causas de incapacidad, no hay duda alguna, la jurisprudencia y la doctrina están acordes en admitir que las incapacidades son de estricta interpretación. En efecto, en toda materia, la capacidad es la regla y la incapacidad la excepción; luego á las incapacidades debe aplicarse el principio que rige á las excepciones: no hay excepción, y por consiguiente no hay incapacidad sin texto y los textos que las establecen son esencialmente limitativos; el intérprete no puede extenderlos, aun cuando fuese por vía de analogía. No hay incapacidad sin texto formal. Zachariæ es el único autor que enseña que la incapacidad puede resultar de una manera virtual y necesaria del espíritu de la ley (1). Nosotros preferimos ajustarnos al principio tal como la corte de casación lo ha formulado. La ley que establece la incapacidad debe tomarse al pie de la letra; recurrir al espíritu de la ley para extender el texto, es crear incapacidades, es hacer la ley.

1 Aubry y Rau, 4ª edición, t. 1º, p. 375 y nota 12.

Núm 1. De las causas de incapacidad.

I

514. El art. 442 dice: «No pueden ser tutores los menores, con excepción del padre ó la madre.» Ya hemos dejado dicho cuál es la razón de la excepción y cuál es la capacidad del superviviente menor que administra la tutela (núm. 375).

Los que han sufrido juicio de interdicción son también incapaces; para ellos no podría haber excepción, supuesto que cargan incapacidad jurídica en virtud del juicio de interdicción. Es raro que se pronuncie la interdicción de una persona enagenada; hay muchos enagenados y pocos incapacitados. De aquí la cuestión de saber si la incapacidad que pronuncia la ley contra los incapacitados se extiende á los enagenados no incapacitados. Presentada de esta suerte, la cuestión debe resolverse negativamente en virtud del principio que acabamos de dejar establecido. Zachariæ asimila de pleno derecho á los enagenados con los incapacitados. Esto equivale á cambiar la ley. Sin duda que el legislador habría hecho mejor en declarar incapaces á los enagenados, salvo el resolver de qué manera se comprobaría la enagenación mental, pero no lo ha hecho; luego no hay incapacidad legal sino cuando el enagenado es incapacitado. ¿Quiéres esto decir que no habrá ningún medio para separar legalmente al enagenado de la tutela? Si la demencia existe en el momento en que se abre la tutela, constituye una excusa á título de enfermedad grave. Si no se presentare la excusa, el tutor podrá ser inmediatamente revocado por causa de incapacidad (1).

1 Demolombe, t. 7º, p. 280, núm. 269. Compárese sentencia de Bruselas de 1º de Mayo de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 95), y sentencia de la corte de casación de Bélgica, de 9 de Diciembre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 86).

515. Análoga dificultad se ofrece respecto á las personas colocadas bajo consejo judicial; no estando declaradas incapaces por la ley, deben ser consideradas como capaces. Así fué fallado por la corte de apelación (1). En vano se dice que este es un olvido del legislador; en materia de incapacidad no atañe al intérprete colmar el vacío de la ley. La misma analogía está faltando, porque es considerable la diferencia entre la interdicción y el nombramiento de un consejo judicial. Se nombra un consejo al pródigo, el que dicipa su propio patrimonio; podrá, en rigor, administrar con inteligencia y economía los bienes del menor. Luego habría que distinguir como lo hacen ciertos autores (2), entre el consejo dado á causa de prodigalidad y el consejo dado por pobreza de espíritu. ¿Quién no ve que tales deducciones constituyen una nueva ley? ¿y sería preciso añadir que únicamente el legislador tiene poder para hacer las leyes?

Se dirá que á fuerza de ser lógicos veníamos á parar en el absurdo. ¿Es conveniente que aquél á quien se le nombra un consejo por debilidad de ánimo sea tutor? Y aun suponiendo que un pródigo pueda administrar juiciosamente el patrimonio del menor, ¿no sería esto dar al pupilo un ejemplo funesto, confiando su educación á un hombre que echará su fortuna por la ventana? Luego hay que buscar un medio legal para separar de la tutela á los que están colocados bajo consejo. La debilidad de ánimo y la prodigalidad no son enfermedades que se produzcan inopinadamente durante el curso de la tutela, como la locura ó el furor; las mas de las veces son innatas, y si están legalmente patentizadas por el nombramiento de un consejo judicial,

1 Sentencia de denegada apelación, de 21 de Diciembre de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 230).

2 Duranton, t. 3º, núm. 503. Massé y Vergé, traducción de Zachariæ, t. 1º, p. 417, nota 4.

debe verse en ellas una causa de *exclusión* de la tutela (art. 444, núm. 21). Luego se tendrán que aplicar los principios que rigen la *exclusión* (núm. 523). Si se tratase de un tutor legal ó testamentario que, no obstante, sea pródiigo ó débil de ánimo, no tuviere consejo, no habría otro medio de separarlo de la tutela que provocar el nombramiento de un consejo judicial. Estos rumbos desviados á que recurrimos para excluir á un incapaz de la tutela, no dejan de tener sus inconvenientes, pero son el único medio legal de colmar el vacío de la ley (1).

II

516. Son además incapaces, dice el art. 442, las mujeres, no siendo la madre y las ascendientes. En nuestro derecho, las mujeres no casadas tienen la misma capacidad que los hombres. ¿Entonces por qué la ley las declara incapaces de ejercer la tutela? Domat contesta que la tutela exige una autoridad, y obliga á funciones que sería indecoroso que la mujer desempeñase respecto á otras personas que no sean sus hijos. Se puede añadir que si las mujeres son capaces, en virtud de nuestro derecho, de administrar sus intereses, casi no tienen la experiencia de los negocios que se requiere para ejercer la tutela (2).

La ley exceptúa á la madre y á las ascendientes. Estas tienen sobre sus hijos una autoridad natural y la naturaleza les impone el deber de vigilar los intereses de aquellos á quienes dieron la vida. La ley cuenta, sobre todo, con el afecto del tutor: á este título nadie es más digno de ser llamado á la tutela como la madre y las ascendientes.

La madre no es tutora sino cuando enviuda, y si vuelve

1 Demolombe, t. 7º, p. 278, núm. 468, Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 347, nota a; Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 261, número 191, bis 2.

2 Domat, *las leyes civiles*, libro 1º, sec. 7ª, pfo. 3. Valette sobre Proudhon, t. 2º, p. 344, nota.

á casarse, debe ser mantenida en la tutela por el consejo de familia. ¿Pasa lo mismo con las ascendientes? El texto no decide la cuestión. Demolombe cree que hay lugar á aplicar, por analogía, á las abuelas lo que la ley dice de la madre (1). En realidad, no existe analogía. La madre es tutora de derecho, mientras que las ascendientes no lo son; el consejo puede nombrarlas tutoras, y la ley no establece ningún límite, ninguna restricción á la elección. Esto equivale á decir que el consejo de familia apreciará. Si éste nombrase á una abuela que no sea viuda, no vemos en que texto se buscaría fundamento para atacar dicho nombramiento.

III

517. Por último, la ley declara incapaces á todos los que tienen ó cuyo padre y madre tienen con el menor un pleito judicial en el cual se halle comprometido el estado de dicho menor, su fortuna ó una parte notable de sus bienes (art. 442, núm. 4). La ley no quiere colocar al tutor entre su deber y su interés.

¿La disposición que acabamos de transcribir es restrictiva? ¿ó es posible aplicarla por analogía á casos no previstos por la letra de la ley? Si se admite el principio consagrado por la corte de casación para las incapacidades en general, la cuestión ni siquiera puede plantearse; hay que resolver, y sin vacilar, que esta cuarta causa de incapacidad debe interpretarse restrictivamente tanto como las tres primeras. La dificultad se presenta, sobre todo, para esta cuarta incapacidad. En vano buscamos una razón para la aplicación una lógica. Desde el momento en que se separa uno del texto, se cae en lo arbitrario más absoluto. Se invoca el espíritu de la ley para decidir que hay incapacidad cuando

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7º, p. 281, núm. 472.
P. de D. TOMO IV.—93

el litigio exista entre el menor y los hijos ó el cónyuge del tutor. Cuando existe entre el menor y una persona cuyo tutor es el presunto heredero. ¿Por qué detenerse en esos dos casos? Si la mente de la ley es la que decide, tiene que decirse que en todos los casos en que los intereses del tutor se hallen en conflicto con su deber, habrá incapacidad. ¿Hasta dónde debe uno detenerse? ¿No es precisamente para impedir ese arbitrario por lo que la ley ha definido el caso en que la oposición de intereses es bastante grave para que de ella resulte una incapacidad? Únicamente el legislador es el juez de esta gravedad: permitir que el juez zanje la dificultad, es permitirle que haga la ley.

La corte de Lieja ha fallado que no hay incapacidad cuando el menor tiene un pleito judicial con el cuñado del tutor (1). Un tribunal había declarado incapaz de administrar la tutela á un individuo que no tenía ningún pleito con el menor, por la sola razón de que parecía inminente un litigio. La corte de Pau reformó esta decisión: dijo, y con mucha razón, que el tribunal había creado una incapacidad nueva que no está en la ley; que no hay lugar á proceder por vía de analogía, porque es de principio que las excepciones son de derecho estricto (2).

Si el pleito sobreviniese mientras dura la tutela, habría lugar á proceder al nombramiento de un nuevo tutor; bien entendido, si el litigio presentare el carácter definido por el art. 442, es necesario que el estado del menor esté comprometido, su fortuna ó una parte de sus bienes. Al juez corresponde apreciar si el pleito compromete ó nó aquellos intereses (3).

1 Lieja, 31 de Diciembre de 1841. (*Pasicrisia*, 1842, 2, 35).

2 Sentencia de 21 de Junio de 1823 (Daloz, en la palabra *minoría*, número 352, 1°)

3 Nîmes, 2 de Marzo de 1848 (Daloz, 1848 2, 58)

Núm. 2. Efecto de la incapacidad.

518. La ley no dice por quien se pronunciará la incapacidad. Es que en general las causas de incapacidad no dan lugar á contienda: así pasa con la minoría, con la interdicción, con la calidad de mujer. No obstante, si se pretendiera y si se pusiese en tela de juicio que un enagenado no incapacitado está afecto de incapacidad, ó una persona colocada bajo consejo, la contienda debería estar evacuada y ¿entonces por quién lo será? De la misma manera si hay un pleito entre el menor y el tutor; se niega que el estado del menor esté comprometido, ó una parte notable de sus bienes, ó el pleito existe entre el menor y otras personas que las que están ennumeradas por la ley. En todos estos casos, hay debate. Naturalmente el consejo de familia será el que decida, salvo recurso ante el tribunal. La ley da al consejo de familia el derecho de estatuir sobre las excusas y de pronunciar la exclusión ó la destitución: así, pues, el consejo que en principio es competente para todo lo que concierne á la organización de la tutela. Este principio debe recibir su aplicación á las causas de incapacidad tanto como á las causas de excusa, de exclusión y de destitución (1).

§ III.—DE LAS CAUSAS DE EXCLUSION Y DE DESTITUCION.

519. El art. 444 establece: «También están excluidos de la tutela y aun son destituibles, si están en ejercicio: 1°, las personas de una mala conducta notoria; 2°, aquellas cuya gestión atestiguase la incapacidad ó infidelidad.» El artículo 443 hace la misma distinción: «La condena á una pena aflictiva ó infamante implica de pleno derecho la exclusión de la tutela. Implica del mismo modo la destitución, en el caso en que se tratase de una tutela anterior.

1 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 7°, p. 276, números 496, 497.