

TITULO DECIMO

DE LA TUTELA ⁽¹⁾

CAPITULO I.

ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA.

SECCION I.—Principios generales.

§ I. DE LOS MENORES.

361. El artículo 388 establece que “el menor es el individuo de uno y otro sexo que no ha cumplido todavía la edad de veintiún años.” El artículo 488 completa esta disposición, diciendo que un individuo tiene capacidad para todos los actos de la vida civil después de los veintiún años cumplidos. Así, pues, el menor es incapaz para los actos de la vida civil, y su incapacidad proviene de la naturaleza misma. Tienen que transcurrir muchos años para que el niño desarrolle sus fuerzas físicas, siendo aun más lento el desarrollo intelectual; y cuando la inteligencia comienza á manifestarse, falta la experiencia necesaria para que el hombre dirija su persona y administre sus intereses. Necesita, pues, un guía aquél cuyas facultades intelectuales y morales no han adquirido todo su desarrollo.

1 Magnin, *Tratado de las Minoridades, Tutelas y Curatelas*, 2 vol. París. 1835. De Fréminville. *Tratado de la Minoridad y de la Tutela* 2 vol. Clermont. 1845.

La ley debe velar por la educación y los intereses de los que no pueden gobernar por sí mismos su persona ni administrar sus bienes. ¿Hasta cuándo debe durar ese estado de incapacidad que proviene de la edad tierna? Esto depende del clima, de las costumbres y las instituciones políticas de los diversos países. En uno solo hay diferencias entre dos individuos. El legislador no puede tomar en cuenta estas diferencias, cuando arregla la duración de la minoridad, pues las leyes se expiden para la generalidad de los hombres y no para casos excepcionales. En el derecho antiguo, se observaba generalmente el romano, el cual fijaba la mayor edad á los veinticinco años. La ley de 20 de Septiembre de 1792 redujo ese término á veinte años, y esta edad era también la admitida por la Constitución del año VIII (art. 2) para el ejercicio de los derechos políticos. El orador del Gobierno expuso con sólido fundamento los motivos que habían tenido presentes los autores del Código para mantener la mayor edad admitida por la ley de 1792. En varias provincias de la antigua Francia, como el Anjou y el Maine, la menor edad cesaba á los veintiún años, sin que por ello sufriesen los intereses privados ni el orden público. Los progresos de la instrucción y la educación aceleran el desenvolvimiento de las facultades intelectuales y morales; y, al convocar á los hombres para la vida política, la Revolución contribuyó á formar prematuramente su razón y á darles la experiencia de los hombres y de las cosas. Desde ese momento, el interés de los individuos, tanto como el del Estado, exigían que se anticipara la época de la mayoría, porque cuando se prolonga demasiado la minoridad, se lesiona á los individuos y la sociedad pierde el trabajo de todos aquéllos que por la naturaleza son capaces y á quienes las leyes hacen mal en declarar incapaces (1).

1 Berlier, *Exposición de motivos*, núm. 2 (Loché, t. III, p. 411).

brarse el segundo tutor, como lo pretende Toullier, seguido por Mercadé (1), ni el de convocar al Consejo de familia, ni, por último, el de constituir hipoteca legal. Es muy cierto que, si hubiese tutela, habría también hipoteca legal; pero ¿puede haber hipoteca legal sin ley? ¿Y dónde está la que establezca una tutela para el caso de divorcio? Es indudable que el legislador habría podido y aun debido organizar una protección especial para los hijos, cuando ya no encuentran en sus padres divorciados el apoyo y la protección con que contaban durante el matrimonio; pero no lo hizo, y no toca, por cierto, al intérprete crear tutelas é hipotecas. Hay, pues, que sujetarse á los artículos 302 y 303 contentándose con la facultad discrecional concedida por la ley al juez.

Por último, se enseña que es el caso de una tutela provisional, aquél en que los padres se hallan en imposibilidad física, moral y legal para ejercer la patria potestad. M. Demolombe tiene razón al decir que esto no es admisible. No cabe duda que deben tomarse algunas medidas en favor de los hijos menores, debiendo intervenir los tribunales, en caso necesario, para confiar provisionalmente la guarda de esos mismos hijos á algún pariente ó amigo, así como el manejo de sus intereses; pero no están facultados para transformar en tutela esa administración, porque la tutela produce efectos legales que no pueden existir sin ley (2).

§ II. DE LA TUTELA.

Núm. 1. — Definición.

364. Defínese la tutela: un cargo civil conferido á una persona por la ley ó en virtud de sus disposiciones, para gobernar y administrar gratuitamente la persona y los bie-

1 Toullier, t. II, núms. 1093-1095, p. 199. Mercadé, t. II, p. 186, art. 390 núm. 1.

2 Demolombe, t. VI, núm. 451, y t. VII, núm. 27. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 366, y nota 4. y Maguin, t. I, núm. 492.

nes del menor (1). Siendo los menores incapaces para gobernarse por sí mismos y administrar sus bienes, la ley los provee de tutores que tienen á su cargo educarlos y administrar sus intereses. El nombre de tutor indica la misión que la ley les confía: viene ese nombre de uno latino que significa defender, proteger. Por lo que el tutor es el protector, el defensor legal del menor. Nuestro Código dice que cuida de la persona del menor y que le representa en todos los actos civiles.

Hay, pues, gran analogía entre la tutela y la patria potestad; el objeto de ambas es el mismo: la educación del hijo y la administración de sus bienes; pero los medios difieren entre sí, por cuanto el legislador confiere á los padres un poder más amplio que el de los tutores. El Código dice que el tutor toma á su cargo el cuidado de la persona del menor, sin decir que ejerza alguna autoridad, en tanto que la ley califica de *autoridad* los derechos de que inviste al padre y á la madre. No hay aquí únicamente diferencia de palabras; el padre ejerce una autoridad ilimitada en lo concerniente á la educación del hijo, sin otra excepción que la de que éste posea bienes propios, en cuyo caso le debe educar el padre con arreglo á su fortuna. Ahora bien: el hijo sujeto á tutela generalmente posee bienes, puesto que es heredero de su padre ó de su madre difuntos, y el tutor debe manejar esos bienes con las mayores ventajas para el hijo. De aquí la obligación que se le impone de recabar el parecer del consejo de familia acerca de los gastos que puede hacer para la educación de su pupilo (art. 454). Mientras tiene el hijo padres, la ley descansa en el afecto de éstos para moderar el ejercicio de la patria potestad, y no teme darles el derecho de detención, ni aun por vía de autoridad. Pero al tutor únicamente le permite que exponga sus quejas al consejo de familia, pues no pue-

1 Duranton, t. III, p. 403, núm. 410.

de provocar la reclusión del menor sino cuando el consejo le autoriza para el efecto (art. 468). El padre tiene derechos que jamás puede tener el tutor, cuales son el de consentir en el matrimonio, en el divorcio y en la adopción y el derecho de emancipación.

En cuanto á la administración de los bienes, son igualmente considerables las diferencias, las cuales hemos señalado ya. Del padre puede decirse como del tutor, que representa al hijo menor en todos los actos civiles; pero sus poderes son más amplios, pues al padre no le vigila el segundo tutor, ni está sujeto á la inspección de un consejo de familia. Además, el hijo no tiene con relación á su padre, las garantías que le concede la ley con relación á su tutor, y ya hemos dado la razón de ello (núms. 317-319).

365. La tutela del derecho francés difiere considerablemente de la romana. En derecho romano, el pupilo, una vez salido de la infancia, manejaba por sí mismo sus asuntos, limitándose el tutor á asistirle, mientras que, según el Código Napoleón, el tutor representa al menor en todos los actos civiles; de modo que es su mandatario legal (art. 450). Nuestra legislación está más en armonía con la realidad. ¿Por qué tiene el menor un tutor? Por ser incapaz. Si es incapaz, ¿á qué viene el hacerle figurar en actos que le interesan? Es pura ficción, y el derecho francés no está por las ficciones, á las cuales no se debe recurrir sino en caso de necesidad. Por el contrario, hay actos jurídicos, en los que el menor francés figura personalmente como parte principal, porque la naturaleza de tales actos exige una intervención personal, por manera que sería una ficción el que en ellos estuviese representado por su tutor. Así, el menor que se casa se presenta personalmente ante el oficial del estado civil para contraer compromisos solemnes que sería ridículo subscribiese un procurador; y como el contrato matrimonial es el accesorio del matrimonio celebrado por el oficial del estado civil, también habla

personalmente el menor en él. El menor puede testar á los diez y seis años de edad, con ciertas limitaciones, y, por su naturaleza, el testamento excluye la intervención de toda voluntad extraña. Por otra parte, reconocido capaz de disponer de sus bienes, ya no hay motivo para exigir que esté representado por su tutor. El menor puede también subscribir un contrato de aprendizaje, con el concurso y el apoyo de las personas bajo cuya autoridad se encuentra (Ley del 22 Germinal, año XI, art. 9); como deja comprometida por varios años su libertad, natural es que deba hablar en ese contrato personalmente. Otro tanto acontecería, y por igual razón, si el menor celebrase algún contrato sobre representaciones teatrales. Desde el momento en que se hallan interesadas la persona y la libertad, no se concibe que el menor siga unido á una voluntad extraña (1).

366. Hemos definido la tutela un cargo *civil*. Ordinariamente se dice que es una institución de derecho público, porque interesa á toda la sociedad, 'en el sentido de que tiene por objeto el estado civil de las personas, el gobierno de las familias y la conservación de su patrimonio (2).

Esta es una idea tradicional. Pothier dice también que la tutela es un cargo público, y hace descansar este principio, no en el objeto de la tutela, sino en el modo de establecerla. Antiguamente, toda tutela era dativa, cuando menos en los países de derecho consuetudinario, y se confería por los tribunales, y así, por la autoridad pública. Pero este motivo no existe ya en el Código Napoleón, pues la ley es la que defiende la tutela, ó el padre que muere el último, ó por fin, el consejo de familia. Y aun cuando interviniesen los tribunales, no por eso la tutela había de ser de derecho público, ya que las disposiciones mismas

1 Moulon, *Repeticiones*, t. I, p. 554. Ducauvroy, *Comentario*, t. I, núm. 648, p. 463. En sentido contrario, y por lo que hace al contrato de aprendizaje, Demolombe, t. VII, p. 561, núm. 798.

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 13, núm. 30.

del Código demuestran lo contrario. Así, el tutor se puede excusar de la tutela cuando se halla desempeñando funciones públicas determinadas por la ley; ¿y cuál es el fundamento de dicha excusa? Después de haber expuesto que la tutela es un cargo público, el orador del Tribunado agregó que se defiende en nombre de un interés particular, y de aquí concluyó que el servicio del Estado debe prevalecer sobre las obligaciones del tutor (1). ¿No es esto confesar que el tutor ejerce una misión de interés privado? Administrar los bienes y cuidar de la persona de un menor, no son por cierto funciones de carácter público. Por consiguiente, hay que dejar en su puesto la doctrina tradicional, que ya no tiene razón de ser en nuestro derecho moderno.

Pothier derivaba de allí la consecuencia de que los extranjeros tenían incapacidad para ser tutores, lo mismo que las mujeres (2). He aquí otra razón que hay para abandonar la tradición. Las ascendientes pueden ser nombradas tutoras, á pesar de que las mujeres no pueden ejercer funciones públicas. Sin embargo, quedó resuelto ya que los extranjeros no podían ser tutores. En el tomo I de estos *Principios* (3), combatimos semejante doctrina, é insistimos en nuestra opinión (4). Lo único que se puede asegurar, es que la tutela constituye un cargo público, en cuanto á que los llamados á ejercerla no pueden excusarse de aceptarla. La razón de ello es que la ley la impone, y el Código mismo así lo dice. Conforme al artículo 1370, hay obligaciones que resultan exclusivamente de la autoridad de la ley; y el Código propone como ejemplo las de los tutores y otros administradores que no pueden rehusar la función que la ley les confiere. Es necesario agregar

1 Leroy, Discursos, núm. 12 (Loché, t. III, p. 429).

2 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 153.

3 Véanse estos *Principios*, t. I, núm. 445.

4 Véanse, en este sentido, dos sentencias de Lieja, 5 de Abril de 1838 (*Pasicrisia*, 1838, 2, 97), y 22 de Junio de 1842 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 167).

que, teniendo por objeto la tutela cuidar de la persona y los intereses de los incapaces, por esto mismo es de orden público; siguiéndose de aquí que no pueden derogarse por medio de convenios privados disposiciones del Código que arreglan las obligaciones de los tutores, la manera de su administración y su destitución, pues semejantes arreglos serían nulos. Más adelante veremos algunas aplicaciones de este principio. También debe concluirse que, en esta materia, la acción de los tribunales se halla limitada por las disposiciones del Código. La ley es la que organiza la tutela, y la única misión de los jueces está en aplicar la ley, que no pueden modificar.

Sin embargo, la cuestión se halla controvertida, y lo más frecuente es que las cortes resuelvan el punto conforme á las circunstancias del caso. También entre los autores hay gran incertidumbre. En una sentencia de la Corte de Casación se lee que la tutela no afecta al orden público sino en lo que concierne al interés del menor, y de allí concluye dicha sentencia que el consejo de familia puede limitar las facultades del tutor para resguardar aquel interés (1). Indudablemente, en razón de los menores, la tutela es de orden público, por estar organizada para proteger á personas incapaces, y todo lo que concierne á los incapaces es de orden público. Pero ¿de qué manera provee la ley á los intereses de los menores? ¿Por ventura, confiriendo un poder pleno, ora al tutor, ora al consejo de familia, ora á los tribunales? No, que la ley define con cuidado las facultades del tutor; pues si se trata de actos de administración, le deja en gran amplitud y no limita su acción ni con la intervención del segundo tutor, ni con la del consejo de familia, antes bien concede á los jueces la misión de inspeccionar su ejercicio, como lo dijo la Corte de Limoges (2). Cuando los actos se salen de los límites de una

1 Sentencia de la Corte de Casación, 20 de Julio de 1842 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 403, 1º).

2 Limoges, 28 de Febrero de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 153).

simple administración, el Código obliga al tutor á pedir la autorización del consejo de familia, en cuyo caso el tribunal no tiene facultad para confirmar, pues únicamente interviene cuando se interpone algún recurso contra deliberaciones del consejo de familia. Por último, vienen los actos más importantes de la tutela, para los que la ley exige la confirmación del tribunal. Por consiguiente, todo se halla definido por la ley, la cual nada deja á la facultad discrecional del consejo de familia ni á la de los tribunales. Si se admitiese, con la Corte de Casación, que podía el consejo de familia limitar las facultades del tutor, sería necesario admitir también que podía ampliarlas cuando el interés del menor lo exigiese: lo que importaría abolir la mitad del título de la tutela. Por nuestra parte, concluimos, con la Corte de Tolosa, que, fuera de los casos en que el Código exige la intervención del consejo de familia, no puede intervenir para imponer condiciones ó restricciones á la acción del tutor (1).

Núm. 2.—Nociones generales.

367. La tutela se defiende por la ley ó en virtud de sus disposiciones. Se abre á la muerte de uno de los padres, y la ley la defiende al superviviente. Si éste, como tutor legal, llega á morir durante la minoridad de los hijos, puede nombrarles un tutor; y en el caso de que no hubiere hecho uso de esta facultad, pasa la tutela, en virtud de la ley, á los ascendientes, á falta de los cuales, el consejo de familia es el que nombra al tutor. ¿Qué principio sigue la ley en la delación de la tutela y en el orden que establece sobre sus diversas clases? El orden de la sociedad, contesta Domat, no tolera que los huérfanos se hallen abandonados, y así, este deber concierne naturalmente á las personas próximas á los huérfanos, tanto porque su proximidad las

1 Tolosa, 2 de julio de 1821 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 402, 2º).

obliga de una manera más estrecha, cuando porque el cuidado de los bienes de los menores concierne á los que la ley llama á sucederles (1). Algo de cierto hay en esta consideración, pero no es ella más que secundaria. Lo que lo prueba, es que el pariente más próximo no es necesariamente el tutor; porque cuando el cónyuge superviviente se excusa de la tutela ó la rehusa, no pasa al pariente más próximo, sino que el consejo de familia es el que tiene la misión de elegir al más capaz. Los ascendientes son llamados por la ley, por más que haya hermanos y hermanas, herederos presuntos, y, por otro lado, la misma ley prefiere al tutor nombrado por el padre ó el ascendiente que murió el último, aun cuando haya sido extraño.

Puesto que la tutela se ha organizado por el interés de los menores, ese interés ha debido guiar al legislador. El huérfano necesita un protector que reemplace al que la naturaleza le había dado y la muerte le arrebató. Trátase de elegir al más digno, porque la tutela es un cargo muy pesado; la educación de los hijos exige una solicitud extrema y un vivo afecto; los hijos necesitan amor, como necesitan aire y sol para vivir. ¿En quién podían encontrar esos afectuosos cuidados, esa indulgencia que jamás se cansa y que por sí sola legitima la severidad á veces necesaria? En los parientes. El padre ó la madre superviviente son los designados para el efecto por la naturaleza misma. ¿Por qué, á su muerte, no se transmite de derecho la tutela á los parientes más próximos? Porque el padre ó la madre son el mejor juez, á quien corresponde designar al amigo ó al pariente que haya de desempeñar los oficios de padre para con los que van á quedar huérfanos. Si el padre no usa de esa facultad, es porque sin duda hay un ascendiente al cual llama su afecto para aquél cargo. Hase criticado el Código, diciéndose que más habría valido el que hu-

1 Domat, *Las leyes civiles en su orden natural*, lib. II, tit. II, *De los tutores*, p. 171. Compárese á Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 330.

biese dejado la elección al consejo de familia, toda vez que los ascendientes pueden ser incapaces por causa de su edad ó de su enfermedad; pero semejante crítica desconoce el espíritu de la ley. La calidad esencial del tutor, es el amor que profesa á los huérfanos á quienes deberá educar, y esto quiere decir que los ascendientes son los indicados por la naturaleza, bien así como los padres. Aquí se detiene la ley, pues hay parientes más próximos, presuntos herederos, que lo son los hermanos y las hermanas; empero si éstos tienen el afecto necesario, rara vez tendrán la autoridad necesaria para dirigir la educación. Toca al consejo de familia resolver lo que corresponde (1).

368. El principio de las tutelas legales ó legítimas fué tomado del derecho romano. En los países de derecho consuetudinario, todas las tutelas eran dativas, es decir, que todos los tutores eran nombrados por el juez del lugar donde el padre de los menores había tenido su último domicilio. Cuando los padres nombraban tutor en su testamento, casi no se le rechazaba por los tribunales, y el cónyuge superviviente era preferido á todos los demás parientes. Había también costumbres, tales como las de la Flandes francesa y del Brabante, que deferían la tutela de derecho al padre superviviente (2). El Código admitió este sistema, haciéndole extensivo á los ascendientes. Hay una ventaja incuestionable en el principio consuetudinario de la tutela dativa, y es que ésta siempre se defiende al más capaz. Las legítimas ofrecen el inconveniente de que el pariente llamado á la tutela puede no tener excusa legal, y, sin embargo, carecer sí de las cualidades necesarias para ser tutor. Si, á pesar de ese peligro, admitieron los autores del Código Napoleón las tutelas legítimas, fué porque el afec-

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, núm. 412, p. 405.

2 Argou. *Institución al Derecho civil francés*, t. I, p. 51. Merlin, *Repertorio*, palabra *Tutela*, sec. II, § II, art. 1 (t. 35, p. 209).

to de los ascendientes es la garantía más poderosa que puede desearse en favor del menor (1).

369. En el derecho antiguo, á veces se nombraban dos tutores, uno honorario y el otro onerario: el primero dirigía la educación del pupilo; el segundo administraba los bienes. Esto, dice Argou, se hacía con personas de consideración. Se ha resuelto que el último que muere de los padres podría nombrar un tutor para la persona y otro para los bienes, y una jurisprudencia reciente hizo extensiva esta facultad al consejo de familia. Dícese que está permitido todo lo que la ley no prohíbe; pero ésta es una de tantas máximas triviales, de las que se puede hacer todo lo que se quiera, si se las toma en un sentido absoluto. En lo penal, esa máxima es muy cierta, como lo es también tratándose de arreglos ó convenios, por ser éstos, en general, de interés privado; pero desde el momento en que afectan al orden público, ya no pueden los contratantes hacer lo que quieran, pues no les es permitido derogar leyes de orden público, y no puede hacerse esto más por testamento que por convenio. Otra Corte da otra razón. La tutela fué establecida en favor de los menores, que es el principio dominante; ¿y quién es el mejor juez de ese interés, sino el padre ó la madre? Deben, pues, respetarse sus últimas voluntades (2). Y si esto es permitido al padre que muere el último, ¿por qué no se había de permitir también al consejo de familia, siempre por el interés del menor? (3) Es indudable que por interés de los menores se ha organizado la tutela; pero ¿quién ha de resolver lo que sea de interés para los menores? ¿No es la ley, y sólo ella? Hay, pues, que invertir el principio seguido por la jurisprudencia, y asentar que los que nombran al tutor no tie-

1 Huguet, Informe rendido al Tribunado, núm. 5 (Locré, t. III, p. 419).

2 París, 15 Mesidor, año XII (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 59, 1º), y Ruán, 8 de Mayo de 1840 (Dalloz, *ibid.*, núm. 393).

3 Sentencia de Dijón, 14 de Mayo de 1862, confirmada en casación, 14 de Diciembre de 1863 (Dalloz, 1862, 2. 121; 1864, 1. 63).

nen más facultades que las que les da la ley. ¿Y qué dice la ley?

El artículo 397 dice que el derecho individual de elegir *un tutor* no pertenece más que al padre que muere el último; tampoco los artículos del 399 al 401 hablan más que de *un tutor*. Con lo cual queda resuelta la cuestión, por lo que mira á la tutela testamentaria. No sucede lo mismo con la dativa: el artículo 405 confiere al consejo de familia el derecho de nombrar *un tutor*, y sólo hay dos casos en que la ley quiere que sean dos los tutores, á saber: cuando la madre vuelve á casarse y continúa en el desempeño de la tutela, el consejo de familia debe darle por cotutor al segundo marido (art. 396; y si el menor posée bienes en las colonias, su administración se encarga á un protutor (art. 417). Estas excepciones confirman la regla: porque el tutor es único; y si la extensión de los bienes y su importancia lo exigen, puede el consejo de familia autorizar al tutor para que se auxilie con un administrador asalariado. Pero el artículo 454 agrega que tal administrador obrará bajo la responsabilidad del tutor: lo cual prueba, una vez más, que el legislador no quiso que se dividiese la tutela. Lo que completa esta demostración, dándole el carácter de evidente, es que, al corregir el artículo 454, agregó el Tribunado la observación de que las diversas disposiciones de la ley, y, sobre todo, el artículo 457, darían á conocer suficientemente que el menor no podía tener más que un tutor en los departamentos continentales de Francia (1). Este principio se funda en la razón, pues habiendo varias personas encargadas del mismo oficio, una de ellas se atiene á lo que la otra haga, y ninguna hace lo que debería hacer. Tal es también la opinión común de los autores (2), si bien hay alguna divergencia entre ellos (3); pero nos parece inútil insistir en este punto,

1 Observaciones del Tribunado, núm. 14 (Locré, t. III, p. 405).

2 Véanse los autores citados por Demolombe, t. VII, p. 134, núm. 222.

3 Duranton, t. III, núm. 444; Aubry y Rau, t. I, p. 370, y aun Demolombe, quien

ya que la unidad de la tutela ha entrado en nuestras costumbres.

370. ¿Puede ser nombrado el tutor temporalmente ó bajo condición? Esta es asimismo una de tantas cuestiones ociosas que la doctrina discute y la jurisprudencia ignora. No creemos que se haya ofrecido en los tribunales; pero si llegara á ofrecerse, debería resolvérsela de una manera negativa, sin vacilar. El tutor legítimo es tutor puro y simple, y una tutela á término ó condicional sería una cosa absurda. Otro tanto debe decirse respecto de la tutela deferida por el padre que muere el último, ó por el consejo de familia, pues no les da la ley derecho para nombrar un tutor temporal ó bajo condición, y, consiguientemente, carecen de él. También esto se funda en la razón, desde el momento en que importa evitar los cambios de tutor, no sólo por lo que hace á la educación de los menores, sino también por lo que se refiere á la administración de sus bienes: cosa que la ley evita eximiendo con mayor dificultad de una tutela comenzada ya que de otra todavía no comenzada. Por igual motivo, debía proscribir las tutelas á término ó condicionales, tutelas que prohíbe por el hecho de no autorizarlas (1).

371. El tutor administra los bienes de sus pupilos, y es responsable si les causa algún perjuicio por incapacidad, negligencia ó dolo; pero la responsabilidad personal del tutor puede convertirse en una garantía ilusoria. La ley concede á los menores una garantía real afectando en su favor los bienes del tutor á una hipoteca legal; pero también esta garantía puede ser insuficiente y hasta nula, cuando el tutor no tiene inmuebles, pues la ley no le obliga á otorgar caución, la cual exige á veces de aquellos que administran un patrimonio ajeno, como, por ejemplo,

después de haber establecido perfectamente los principios, retrocede, cuando se trata de su aplicación (t. VII, núms. 223-225).

1 Los autores se encuentran divididos en este punto (Dalloz, palabra *Minoridad*, núms. 138, 159 y 160).

en los casos de ausencia. Mas esto es una excepción. La ley ha buscado la garantía de los menores en el afecto del tutor, el cual bien pudiera ser pobre y acaso no le fuera fácil encontrar caución, y, sin embargo, ser un tutor cariñoso y capaz. No se debe, pues, por una solicitud excesiva en favor de los intereses pecuniarios del pupilo, separar de la tutela á quienes son capaces de administrarla bien.

En el derecho antiguo, los padres *nomiñadores* respondían del manejo del tutor cuando resultaba insolvente; y el proyecto de Código reproducía esa responsabilidad, si bien no fué admitida. La razón de ello nos la da el orador del Gobierno. Era un rigor contrario á todos los principios, y Berlier califica de odiosa aquella responsabilidad. Hay, en efecto, algo que repugna en declarar á los parientes responsables de una insolvencia que no es posible imputarles, y por eso había caído en desuso, pues los tribunales no la aplicaban más que en casos de dolo evidente. Esto es el derecho común, por ser cada uno responsable de su propio dolo (1).

372. La ley no se contentó con garantías que pudieran resultar nulas ó insuficientes, sino que organizó una inspección de la tutela, con el objeto de resguardar todos los intereses del menor. En toda tutela, hay un segundo tutor, el cual está llamado á vigilar la conducta del tutor, y provoca su destitución cuando es incapaz ó infiel. El segundo tutor no administra; únicamente lo hace por excepción, cuando los intereses del menor se hallan en oposición con los del tutor, cosa que acontece frecuentemente; porque como de ordinario son parientes próximos entre sí el tutor y su pupilo, pueden ser llamados á una misma herencia, y, por consiguiente, tener intereses opuestos. La ley evita, y con razón, colocar á los hombres entre su interés y su deber; y pues es justo que el tutor pueda defen-

1 Berlier, Exposición de motivos, núm. 17 (Locré, t. III, p. 414).

der sus propios intereses, es también necesario que el menor tenga un defensor. La segunda tutela responde á esa necesidad. Es como una institución del derecho consuetudinario; y en los países de derecho escrito, se proveía de un curador al menor para cada asunto en que resultara aquel conflicto de intereses. La segunda tutela tiene la ventaja de ahorrar gastos y establecer una vigilancia permanente de la tutela (1).

También el consejo de familia es una institución del derecho consuetudinario, que desempeña un papel importante en la tutela, por ser el que nombra al tutor dativo y al segundo tutor; interviene en los actos más importantes para autorizarlos; puede ejercer una vigilancia permanente en la gestión del tutor, obligándole á dar cuentas cada año, y por fin, destituye al tutor incapaz ó infiel. Es el consejo el que debe dar su consentimiento para el matrimonio del menor huérfano, y quien le emancipa (2). Sin embargo, por muchas que sean sus atribuciones, no ha de creerse que puede intervenir cuando le plazca y prescribir lo que estime conveniente, pues la ley ha cuidado de señalar los límites para el ejercicio de su acción, límites que no puede traspasar. Fuera de ellos, ningún derecho tienen ni el consejo, ni sus miembros, individualmente (3).

373. En derecho romano, era admitida una tutela de hecho, con el nombre de protutela. Cosa igual acontecía en nuestro derecho antiguo; el que administraba en calidad de tutor, aunque legalmente no lo fuese, estaba sujeto á todas las obligaciones de un verdadero tutor, y se le reputaba como tal para todas las consecuencias de la tutela. Esta doctrina es muy racional. La tutela se ha organizado de modo que todos los intereses del menor queden resguardados. ¿No sería absurdo que tuviese el me-

1 Maleville. *Análisis razonado*, t. I, p. 431.

2 Proudhon enumera las atribuciones del consejo de familia (*Del estado de las personas*, t. I, p. 316 y sig).

3 Grenoble, 31 de Agosto de 1855 (Daloz, 1856, 2, 124).

nor menos garantías contra el tutor ilegal que usurpara la tutela, que las que tiene contra un tutor legal? Pero la cuestión consiste en saber si el Código ha autorizado los principios del derecho antiguo (1). En cuanto á la responsabilidad del tutor de hecho, no cabe duda: es la aplicación del derecho común. El tutor de hecho es un gestor de negocios, y, como tal, sujeto á todos los cuidados de un buen padre de familia. Pero se pregunta si también estará sujeto á la hipoteca legal como garantía de su administración. Esta cuestión la examinaremos en el título de las *Hipotecas*. Se pregunta igualmente si pueden aplicársele las incapacidades especiales del tutor (arts. 450 y 907): punto que volveremos á tratar cuando hablemos de la única tutela de hecho que prevé el Código Civil, y es la de la viuda que se vuelve á casar, así como la de su marido (arts. 395 y 396). En principio y faltando una disposición expresa, parécenos inadmisibile la asimilación completa del tutor de hecho y del legal. Para esto habría sido necesaria una disposición de la ley, puesto que se trata de una verdadera ficción; ¿y puede el intérprete crear ficciones? Es de principio que sólo el legislador puede hacerlo; siguiéndose de aquí que la tutela de hecho continúa bajo el imperio del derecho común, así en cuanto á las obligaciones del pretendido tutor, como en cuanto á sus derechos. Cosa igual acontece respecto de sus relaciones con terceras personas. No estamos, en verdad, por este resultado: es un vacío que señalamos, pero que, á nuestro juicio, sólo al legislador incumbe llenar.

1 El punto quedó resuelto en sentido afirmativo por una sentencia de la Corte de Bruselas, 3 de Febrero de 1830 (*Pasicrisia*, 1830, 2, 32).