

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

§ I. DE LAS EXCUSAS.

494. La teoría de las 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 porque el cargo interesase directamente á la república, ni porque confriese al tutor una parte de autoridad, sino porque es de interés general que los menores no carezcan de defensores. Está en ello la justa solicitud de la sociedad por aquellos de sus miembros que son incapaces de gobernar su persona y administrar sus bienes. No obstante, hay un interés que domina á éste, y es que, en suma, por manejar intereses privados, están obligados los tutores á obedecer al llamamiento de la ley. Pero si son funcionarios públicos, el servicio del Estado estará antes que el de los menores; por lo que si no pueden desempeñar convenientemente los dos cargos, la ley les permite que se excusen de la tutela. El derecho romano admitía, además, excusas fundadas en motivos personales del tutor. Indudablemente, tales excusas aprovechan al mismo menor. El legislador imaginó que si se estrechaba á los que tienen una excusa legal á administrar la tutela, los tutores cumplirían mal las 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 dispensarle de la tutela. A primera vista creeríase que la excusa debería tener por consecuencia una incompatibilidad ó una incapacidad. ¿No debe el interés público sobreponerse al privado? ¿Por qué, pues, el funcionario público puede ser tutor, si

¹ Estas nociones son tan elementales que es inútil citar testimonios. Nos remitimos á Duranton, t. III, p. 474, núm. 480.

así lo quiere? Porque no puede decidirse *a priori* que el interés general se oponga á que éste ó aquel funcionario administre una tutela, y es posible que de hecho no haya incompatibilidad. Era, por lo tanto, preciso abandonar la decisión á la apreciación del tutor. Igualmente, si el tutor tiene justa causa para eximirse de la tutela, la excusa necesariamente no debe venir á parar en incapacidad: puede suceder qué el tutor quiera administrar, á pesar del justo motivo que tendría para excusarse. Esto prueba en él gran celo, singular adhesión: y precisamente éstas son las cualidades que el legislador desea en el tutor.

No debe inferirse de que se deje la excusa á la conciencia del tutor, que cuando tenga éste una excusa legal pueda rehusar la tutela. La excusa no es el derecho de rehusar. Un sólo tutor hay á quien la ley da el derecho de rehusar la tutela, y es la madre superviviente; ya hemos dado la razón de ello (núm. 376). La excusa es motivo legítimo que dispensa de la tutela; pero ¿quién decidirá si el motivo es legítimo? No sería posible atenerse al tutor, supuesto que es parte interesada, y la experiencia enseña que con bastante frecuencia aquellos á quienes incumbe la carga de la tutela tratan de deshacerse de ella. Por tal motivo, la excusa no podía dar el derecho de rehusarla. El consejo de familia es el que admite la excusa ó la desecha, salvo el derecho de recurrir para ante el tribunal.

495. De la noción de la excusa resulta, además, que, por su propia naturaleza, es general, quiere decir, que todo tutor puede aprovecharse de ella, como también el padre superviviente. Cuando se funda la excusa en un servicio público, esto es evidente: porque, como lo dijera Bérenger en el Consejo de Estado, el interés público debe sobreponerse al particular del menor (1). Esto no da lugar á duda alguna, por más que haya autores que critiquen la ley (2).

¹ Sesión del 29 Vendimiaro, año XI, núm. 13 (Locré t. III, p. 392).

² Demolombe, t. VII, p. 243, núm. 409 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 330).

De hecho la excusa del padre puede ser poco honrosa para quien la propone; pero en derecho debería admitírsela, ya que es decisiva la razón de Bérenger. En cuanto á las excusas de interés privado, tales como la edad, interesan indirectamente al menor, y la ley ha debido tener un concepto bastante favorable del padre para creer que éste no propondrá una excusa, cuando pueda administrar la tutela. Desde el punto de vista de los textos y los principios, la cuestión no es dudosa: las excusas se establecen en términos generales, y así, sería necesario un precepto legal para que hubiese excepción respecto de la tutela legítima: el silencio de la ley zanja la dificultad en favor del tutor. Esta es la opinión generalmente seguida (1).

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

496. El artículo 427 dice: «Están dispensadas de la tutela: las personas designadas en los títulos III, V, VI, VIII, IX, X y XI 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, á saber: los miembros de la familia real están excusados, así como los del Cuerpo legislativo. Los ministros, comprendidos antes en la primera edición oficial del Código Civil, quedaron suprimidos en la última de 1807; de modo que nos parece imposible mantenerlos entre los dignatarios que gozan de una excusa legal. ¿Puede haber excusa legal sin ley? (2).

El artículo 427 exime también de la tutela á los magistrados de la Corte de Casación, al Procurador General de la misma Corte y á sus substitutos. Es necesario confesar que estas excusas son más bien prueba de honor que ne-

1 Véanse los testimonios en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 330.

2 En sentido contrario, Aubry y Rau, t. I, p. 423, nota 2.

cesidad pública. La ley coloca en la misma línea á los comisarios de la contabilidad nacional; según la ley de 16 de Septiembre de 1807, la Contaduría mayor goza de las mismas prerrogativas que la corte de Casación.

Están igualmente exentos de la tutela los prefectos (en Bélgica, los gobernadores) y todos los ciudadanos que ejerzan funciones públicas en un departamento (en Bélgica, en una provincia), diferente de aquél en que se establece la tutela. Siendo funcionarios públicos los notarios, y estando obligados á residir en el lugar donde ejercen sus funciones, parécenos claro que pueden invocar los términos generales de la ley que acabamos de copiar (1). Un acuerdo del Consejo de Estado, de 20 de Noviembre de 1806, resuelve que la dispensa es aplicable á los eclesiásticos que tienen á su cargo curatos ó ayudas de parroquia, así como á cualquier persona que por razón de los cultos ejerza funciones que exijan residencia, las cuales funciones fueren admitidas por el Emperador y por las que otorgue juramento. En Bélgica, no existe ya esta dispensa. Según nuestra Constitución, el Estado no tiene derecho de intervenir ni en el nombramiento, ni en la toma de posesión de los ministros de los cultos, pues en este orden de cosas, los ministros ya no son funcionarios públicos, y así, no pueden aplicarse respecto de ellos ni el artículo 427 del Código Napoleón, ni el acuerdo del Consejo de Estado de 1806; no son ya más que individuos, como lo dijera M. Nothomb al discutirse la Constitución (art. 16) (2).

497. Están igualmente dispensados de la tutela, dice el artículo 328, los militares en servicio activo. El derecho romano los declaraba incapaces para administrarla. Maleville dice que nuestra regla no equivale á aquella: ¿cómo un militar, que por lo común se encuentra fuera de su país

¹ Demolombe, t. VII, p. 245, núm. 408. En sentido contrario, Favard, de Langlade. *Repertorio del Notariado*, palabra *Tutela*.

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

natal, y con frecuencia aun fuera de Francia, podría desempeñar los oficios del tutor? (1). Cuando escribía Maleville, Francia semejaba un campamento de guerra permanente, como en los tiempos de Roma. Desde entonces, la guerra ha cedido su lugar á la paz (2), y cuando reina ésta no hay razón para establecer diferencia entre las funciones militares y las civiles, salvo que, de hecho muy á menudo habrá que dispensar á los militares, por sus frecuentes cambios de guarnición.

Aquel mismo artículo 428 dispensa también de la tutela á los ciudadanos que desempeñan una comisión fuera del territorio imperial. Esta es la más legítima de todas las excusas. ¿Cómo un agente diplomático que reside en Estados Unidos podría administrar una tutela abierta en Francia? La excusa no se aplica únicamente á los embajadores: la ley, concebida en los términos más generales, comprende asimismo hasta las misiones secretas. Por esto agrega el artículo 419. "Si la misión es discutida y no auténtica, no se declarará la dispensa sino después de que hubiere presentado el reclamante el certificado del Ministro en cuyo Departamento se coloque la misión alegada como excusa."

498. Los artículos 430 y 431 contienen disposiciones generales aplicables á todos los que desempeñen funciones públicas. Si hubieren aceptado la tutela después de los servicios ó misiones que eximen de ella, no se les podrá permitir ya que se eximan por esa causa, pues la excusa es una facultad de que puede usar ó no el tutor, debiendo proponerla en el momento en que es llamado á la tutela; pero si renuncia hacerlo, es natural que no pueda hacerla valer, porque quien renuncia un derecho le abdica por eso mismo. Si las funciones se hubieren conferido después de la aceptación ó de la administración de la tutela, pueden

1 Maleville, *Analisis razonado*, t. I, p. 435.

2 ¡Esto fué escrito en 1869!

los tutores pedir que se les exima del cargo, debiendo, en tal caso, hacer que dentro de un mes se convoque al consejo de familia para que se proceda á substituirlos.

El servicio público puede ser temporal; si cesa, el tutor que se excusó ¿será tutor de pleno derecho? Según el artículo 431, el nuevo tutor puede pedir que se le descargue de la tutela, ó bien el antiguo tutor excusado, pedir que se le nombre de nuevo; así es, que nunca hay lugar á un cambio de pleno derecho, pues la ley dice que el consejo de familia podrá devolver la tutela al antiguo tutor. El mismo consejo es también siempre el que resuelve por el interés del menor. En general, los cambios de tutor son perjudiciales á los menores, por necesitarse unidad y continuidad en la administración de la tutela y, sobre, todo, en la educación. La ley misma los evita, y más difficilmente descarga al tutor que está administrando ya que dispensa al que todavía no administra. Al consejo de familia toca pesar las ventajas y los inconvenientes de esto. También sería aplicable el artículo 431 al caso en que todavía no hubiese administrado el tutor que se excusó: pero es justo que, una vez cesando la excusa provisional, no se aproveche de una dispensa que ya no tiene razón de ser, como lo es también que el nuevo tutor pida su reemplazo. El consejo de familia resolverá.

Núm. 2.—Excusas de interés privado.

I.

499. El artículo 432 establece: «Ningún ciudadano que no sea pariente ni affín podrá ser obligado á aceptar la tutela sino en el caso en que no hubiere, á la distancia de cuatro miriámetros, parientes ó afines en estado de administrarla.» Esta excusa, establecida respecto de la tutela dativa, se aplica también á la testamentaria (art. 401); pero solamente los extraños pueden aprovecharse de ella.

Un pariente ó un afín, á quienes se hubiere nombrado como tutores, no podrían excusarse haciendo valer que vivían fuera de la distancia de cuatro miriámetros, y que en esa misma distancia había parientes ó afines capaces para la tutela. Igualmente, un afín no podría quedar dispensado de aceptarla, sólo por haber parientes capaces en el lugar. La ley deja y ha debido dejar al consejo de familia en una cierta amplitud para la elección del tutor, correspondiendo á él examinar quién es el más digno; si elige uno que viva fuera de la municipalidad donde se ha abierto la tutela, es de creerse que así lo exige el bien del menor. Todos los parientes y afines son, pues, elegibles con igual título, como lo son los extraños, aunque se concibe que, siendo la tutela antes que todo un cargo de familia, pueden éstos excusarse de ella, siempre que hubiere parientes en el lugar. Si no hay, dentro de la distancia legal, un pariente ó un afín capaz de manejar la tutela, deberá aceptarla el extraño (1).

500. La aplicación de este principio da lugar á algunas dificultades. Se pregunta desde luego qué debe entenderse por estas palabras del artículo 432: *en estado de administrar la tutela*. M. Demolombe dice que significan «que no se hallen en los casos de incapacidad ó de exclusión previstos por la ley.» Cualquier otra interpretación, dice, entregaría al extraño á la arbitrariedad de la familia (2). Nosotros contestamos que las palabras, *en estado de administrar la tutela*, no tienen el sentido que M. Demolombe les da, pues se refieren á la capacidad de hecho, no á la legal. El espíritu de la ley está en armonía con su letra. Es muy raro que haya causas de capacidad ó de exclusión, al paso que, con frecuencia, un pariente no es apto para administrar la tutela. ¿Se obligará al consejo á nombrar un incapaz? ¿Qué viene á ser entonces la garan-

1 Observaciones del Tribunado, núm. 21 (Locré, t. III, p. 406).

2 Demolombe. *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 251, núm. 417.

tía de la tutela? Se teme la arbitrariedad; pero á nuestro juicio, no la hay, pues hemos admitido que se da un recurso contra la deliberación del consejo que nombró al tutor; y la mera posibilidad del recurso será como un freno para el consejo.

501. El consejo nombra un pariente en grado lejano, siendo así que en el lugar los hay más próximos y en aptitud de manejar la tutela: ¿podrá excusarse el tutor? Ya hemos contestado, exponiendo el principio establecido por el artículo 432, y si insistimos, es porque un autor recomendable enseña que, de acuerdo con el espíritu de la ley, debe decidirse que, en este caso, puede excusarse el tutor. Duranton dice que el que de preferencia está llamado á heredar, es quien debe soportar la carga de la tutela, si bien confiesa que esta opinión es contraria á la letra de la ley: lo cual basta para que se la deseche. No puede haber excusa legal sin ley, y ésta no dice que el pariente más próximo es el que debe ser nombrado. Hay sentencias en pro y en contra (1).

Sería una excepción la de que los parientes que forman el consejo se hubiesen puesto en inteligencia, mediante un concierto fraudulento, para descargar el peso de la tutela sobre un pariente lejano, á pesar de que asistieran al consejo los más próximos, capaces de manejarla. La ley no habla de esta excepción, pero no necesitaba expresarla, en virtud de que el fraude constituye por sí mismo una excepción. Así quedó resuelto por la Corte de Casación (2). Esto equivale á decir, implícitamente, que, fuera del caso de fraude, no hay excusa legal para el tutor.

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

¹ Duranton, t. III, p. 481, núm. 488. Compárese, en este sentido, una sentencia de Lyon, 16 de Mayo de 1811 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 340, 19). En sentido contrario, sentencia de Poitiers, 23 de Febrero de 1825 (Dalloz, *ibid.*, 340).

² Sentencia de 19 de Febrero de 1825 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 177).

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*, y en efecto, la excusa no es susceptible de apreciación, porque no hay que comprobar más que un hecho material. El artículo 433 agrega: "El que haya sido nombrado antes de esta edad podrá, á los setenta años, hacerse descargar de la tutela;" ¿por qué no se admite el descargo á los sesenta y cinco años, cuando sí se admite la excusa á esa edad? Porque la ley quiere evitar los cambios de tutela, perjudiciales siempre para el menor. Ciento que las excusas se han establecido en favor del tutor; pero el legislador consideró que era más fácil continuar una gestión á los sesenta y cinco años que comenzarla á esa 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 una carga pesada aun para los mismos jóvenes.

Se pregunta si deben estar cumplidos los setenta años. Proponemos esta cuestión, porque todos los autores la discuten; pero ¿no basta leer la ley 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 setenta*? Ninguna utilidad vemos en que se susciten cuestiones como ésta, ni la menor necesidad de tratarlas extensamente (1).

El tutor, al tiempo de ser nombrado, tiene sesenta y cinco años de edad; pero no se excusa, y administra la tutela: ¿podrá descargarse de ella á los setenta años? Hay una dificultad que surge de la letra de la ley. Dice el artículo 433 que el que haya sido nombrado *antes de la edad de sesenta y cinco años* puede, á los setenta, descargarse de la tutela. ¿No equivale esto á decir que si el tutor es

1 Véanse los testimonios en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 328.

nombrado *después* de los sesenta y cinco años, no podrá pedir que se le exonere á los setenta? No lo creemos. La ley otorga dos derechos en razón de la edad. El que tiene sesenta y cinco años puede rehusar la tutela: ésta es la excusa propiamente dicha. El que tiene setenta años puede descargarse de la tutela: éste es el derecho de dimisión. Renunciar la excusa no es renunciar la facultad de dimitir; el buen sentido así lo dice. El tutor puede, á los sesenta y cinco años, sentirse bastante fuerte aun para aceptar la tutela; pero ¿puede saber de antemano si todavía conservará la misma fuerza cinco años después? Queda la dificultad del texto. Las expresiones: "El que haya sido nombrado antes de esta edad," no indican una condición, porque ni sombra de razón hay para hacer de ello una condición. El legislador acababa de decir que el que fuese de sesenta y cinco años de edad podría rehusar la tutela, y naturalmente suponía que el tutor nombrado á los sesenta y cinco años haría valer su excusa. He ahí por qué no previó la hipótesis de la aceptación antes de esa edad; de modo que debía limitarse á expresar á qué edad podía renunciar el tutor á quien se hubiese nombrado antes de los sesenta y cinco años. El texto determina sobre lo que ordinariamente acontece; es explicativo, no restrictivo (1).

III.

504. "Todo individuo que padezca de una enfermedad grave y debidamente justificada está exento de la tutela." La excusa se funda en el interés del menor, tanto como en el del tutor. Toda enfermedad no constituye excusa, pues se necesita que el mal sea permanente, que es lo que la ley indica al servirse de la palabra *enfermedad*. Y agrega que la enfermedad debe ser *grave*; quedando á cargo

1 Los autores se hallan divididos. Véase á Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 329, y á Aubry y Rau, t. I, p. 424, núm. 14.

del consejo de familia y, en su caso al del tribunal, resolver si la enfermedad es grave. Como ésta es una cuestión de hecho, no hay para qué citar sentencias, ya que las circunstancias cambian de especie en cada caso (1).

El artículo 434 agrega que el tutor puede pedir que se le exonere de la tutela, si la enfermedad hubiere sobrevenido después de su nombramiento. Esto no es más que aplicación del derecho común sobre excusas. Establecidas en favor del tutor, puede éste renunciarlas, pero si lo hizo, no puede retirar su renuncia. Así, pues, cuando acepta la tutela un tutor enfermo, no puede pedir que se le descargue de ella en razón de su enfermedad. Sin embargo, en agravándose ésta, podría pedirlo, pues la agravación del mal debería considerarse como nueva enfermedad (2).

IV.

505. "El desempeño de dos tutelas constituye, para cualquier persona, motivo justo de dispensa para aceptar la tercera" (art. 435). ¿Qué se entiende por *tutelas*? Ya en derecho romano estaba resuelto que no era el número de pupilos lo que se debía tomar en consideración, sino los patrimonios que se hubiesen de administrar (3). En nuestro derecho, esto no puede engendrar duda alguna. Cuando hay cinco hijos menores, el consejo de familia no hace cinco nombramientos, sino uno solo; de modo que no hay más que una tutela, y por esto, al hablar de la del padre superviviente, el Código dice: la tutela *de los hijos* (arts. 435 y 436). Indudablemente, mientras más hijos haya, más difícil será la administración de la tutela, abstracción hecha del patrimonio; pero el legislador no tuvo en cuenta esta consideración. Tampoco es menester distinguir, como lo hacen los autores, si el patrimonio *de los menores*

1 Véanse las sentencias en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 131, 1º y 2º.

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

3 N. 31. § 4, D., *de excus.* (XXVII, 1).

está indiviso ó no, si los hijos tienen, entre los bienes hereditarios, un patrimonio distinto y considerable (1). Esto sería introducir en la ley distinciones que no contiene. Nos hallamos en el terreno de las excusas legales, y por ende tenemos que ajustarnos al principio de que no hay excusa sin ley.

¿Es tutela la segunda tutela, desde el punto de vista de la excusa establecida por el artículo 435 en favor del que administra dos tutelas? En principio, hay que resolver negativamente esta cuestión, ya que la excusa se funda en el cuidado que el tutor debe poner en la administración del patrimonio de los hijos y en su educación; y el segundo tutor no es quien administra la tutela. Esto parece ser decisivo, si bien hay algún motivo para dudar. El artículo 426 declara que son aplicables á los segundos tutores las disposiciones de la sección VI sobre excusas; de donde se ha inferido que el que tiene á su cargo dos tutelas está exento de aceptar una tutela segunda, siguiéndose de aquí, dicen, que quien es á la vez tutor y segundo tutor debe tener derecho de excusarse de otra tutela (2). También esto es dudoso; porque el artículo 426 dice que el segundo tutor puede hacer valer las excusas establecidas por la ley en favor del tutor; de modo que la asimilación sería la de que dos segundas tutelas eximirían de la tercera. Si pudiese raciocinarse por analogía en materia de excusas legales, sería necesario indudablemente decir que, con mayor razón, quien maneja dos tutelas puede rehusar la tutela segunda; pero ¿se puede raciocinar *a fortiori* para establecer una excusa? esto conduciría á hacer la ley, y más vale sujetarse estrictamente á la letra de la misma.

506. "El que, siendo cónyuge ó padre, estuviere encargado ya de una tutela, no podrá ser obligado á aceptar otra, excepto la de sus hijos" (art. 435). La ley asimila la

¹ Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 337, nota 6; Aubry y Rau, t. I, p. 425.

² Aubry y Rau, t. I, p. 426 y nota 20.

calidad de padre ó cónyuge á una tutela. Se pregunta si el que tiene que manejar dos tutelas, debe todavía aceptar la de sus hijos. La afirmativa parécenos que resulta del espíritu de la ley. Sin embargo, el que es padre y tutor debe administrar la tutela de sus hijos. ¿por qué? Porque, como tutor, no hace más que continuar la administración de que estaba encargado como padre. Ahora bien: si siendo padre y encargado de dos tutelas, se inicia ó abre la de sus hijos, realmente no por esto habrá cambiado su posición, pues continúa como tutor lo que hacía como padre. Supuesto que no hay un nuevo cargo, tampoco hay razón para concederle una excusa (1).

V.

507. "Los que tienen cinco hijos legítimos, están exentos de cualquier otra tutela que no sea la de los dichos hijos" (art. 436). El artículo 437 agrega que la supervención, ó sea la superveniencia de hijos, durante la tutela, no podrá autorizar para abdicarla. Se pregunta si los hijos concebidos deben ser tomados en consideración para excusar al padre. Sobre esto hay alguna duda. El derecho romano no los tomaba en consideración; pero la jurisprudencia francesa se había separado de semejante rigor (2). Puede invocarse, pues, la tradición con respecto al padre, y aun podría decirse que indirectamente está de por medio el interés del hijo, y que, por lo mismo, es el caso de aplicar el axioma de que, el hijo concebido se reputa como nacido tratándose de sus intereses. Sin embargo, los autores se declaran contra la excusa y, á lo que creemos, tienen razón (3). El texto da á entender que los

1 Los autores se hallan divididos (Véase á Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 335, y á Aubry y Rau, t. I, p. 425, nota 18).

2 Maleville, *Analisis razonado*, t. I, p. 445. Bourjon, *El Derecho común de Francia*, tit. VI, núm. 188 (t. I, p. 56).

3 Véanse los autores citados en Aubry y Rau, t. I, p. 426, nota 22. Hay que agregar á Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 257, núm. 183 bis I.

hijos ya nacieron: "los que *tienen* cinco hijos;" y no se puede decir que aquel cuya mujer está en cinta *tiene* un hijo; le *tendrá*, si el hijo nace viable; pero la *supervenencia* del hijo no es excusa. En cuanto al axioma, es inaplicable, porque las excusas no se establecieron por interés de los hijos, sin lo cual el legislador habría debido hacer una causa de incapacidad, sino por interés del tutor; y esto resuelve la dificultad.

Los hijos muertos no se toman en consideración, si no es que hubieren dejado hijos vivos en la actualidad. Hay una excepción respecto de los que mueren en servicio activo del ejército del emperador, dice el artículo 436; el Código no exige, como lo hacía Justiniano, que los hijos hayan muerto en el campo de batalla, sino que el servicio militar es lo que hace tomarlos en consideración, aun cuando mueran de enfermedad común.

Núm. 3.—De las excusas extralegales.

508. ¿Puede el consejo de familia admitir otras excusas distintas de las establecidas por la ley? Se controvierte esta cuestión, la cual da lugar á cierta duda; pero á nuestro entender, debe resolvérsela negativamente. La excusa, en el sentido legal, es un motivo que exime de la tutela; es decir, que el consejo de familia y los tribunales deben admitirla siempre que estuviere justificada. ¿Y hay excusas de hecho, además de las legales? Estas serían excusas de naturaleza muy distinta, que indudablemente no obligarían ni al consejo ni á los tribunales, pues uno y otros tendrían una facultad discrecional, ya para admitirlas, ya para descharlas; mientras que el consejo y los tribunales sí están ligados por las excusas legales. Procede el recurso de casación cuando no se admite una excusa legal, en tanto que no procedería si el tribunal desechara una extralegal. Estas excusas de hecho serían, pues, excusas de naturaleza

del todo particular: ¿y puede el intérprete inventar una teoría que carece absolutamente de base en la ley? No lo creemos. Quizás el legislador habría debido ensanchar las facultades del consejo de familia; pero no tenemos que examinar lo que habría debido hacer, siendo así que el intérprete está sujeto por los textos y los principios que de ellos emanen. ¿Y cuál es el principio dominante en materia de excusa? La regla es que el tutor debe aceptar la tutela, y la excepción, que puede eximirse de ella. Admitir otras excusas que no sean las establecidas por la ley, importa, pues, establecer excepciones desconocidas por ella, y el intérprete carece de esa facultad.

La Corte de Gante falló en sentido contrario en el caso siguiente (1). Un consejo de familia había nombrado como tutor á un primo segundo, á pesar de que en el lugar había parientes más cercanos, tíos y tíos abuelos, todos ellos en aptitud de encargarse de la tutela. El tutor reclamó; pero sus excusas no fueron atendidas por el consejo, ni por el tribunal de Termonde, por las razones que acabamos de indicar. En la sentencia de la Corte de Apelación se lee que esta resolución, si no es contraria al texto legal, evidentemente lo es á su espíritu. La corte confiesa que, en el caso, no había excusa legal; pero pretende que no son las de ese género las únicas que el tutor puede proponer, é invoca la facultad discrecional de los consejos de familia y los tribunales. Pero ¿en qué la funda? La sentencia cita los artículos 439 y 440, que norman el procedimiento en materia de excusas; pero ¿no es de toda evidencia que esas disposiciones, colocadas á continuación de los artículos donde se enumeran las excusas legales, se refieren á estas excusas mismas? La Corte no habría tenido más que leer el artículo 441 para quedar convencida de ello,

¹ Sentencia de 4 de Junio de 1852 *Passcrisia*, 1853, 2, 147). Véase, en igual sentido, á Delvincourt, t. I, p. 114, vota 3; á Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 340, y á Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 259, núm. 186 bis, II.

pues dicho artículo permite que se condene en costas á los que hubieren desechado la excusa propuesta por el tutor; ¿y se concibe que los miembros del consejo sean condenados en costas por haber desechado una excusa que no se halla contenida en la ley? Esto prueba que en los artículos del 439 al 441, no se trata más que de excusas legales. En suma, no hay base jurídica para la teoría de las excusas extralegales. La Corte de Gante invoca asimismo el interés del menor; pero á esto contestamos que la ley ha cuidado de organizar la tutela de manera que ese interés esté plenamente resguardado. Al consejo de familia corresponde hacer la elección que mejor le parezca. Conforme á nuestra opinión, hay un recurso para ante los tribunales contra la deliberación del consejo, y allí se detienen las garantías legales, sin poderse crear otras (1).

509. ¿No hay que hacer excepción de estos principios cuando el tutor es incapaz? La cuestión se presenta en dos hipótesis. Desde luego se pregunta si puede el tutor alegar su incapacidad para eximirse de aceptar la tutela. Y si la acepta, ¿puede renunciarla? El Código no hace de la incapacidad una causa de excusa; pero según el artículo 444, están excluidos de la tutela, y hasta son destituibles si se hallan desempeñándola, aquellos cuya administración demuestre su incapacidad. Así es, que el legislador no tomó en consideración la incapacidad sino cuando se manifiesta la mala administración. No basta, pues, que sea indocto y se diga á sí mismo incapaz de administrar una tutela, para que pueda alguien dispensarse de aceptarla. La incapacidad no es causa de excusa legal, y, conforme á nuestra opinión, no hay otra.

La dificultad sube de punto cuando el tutor en ejercicio propone su dimisión fundándola en la incapacidad manifiesta para la administración. Podría ser destituído; y, si

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 264, núm. 447.

hay causa para la destitución, mayormente debe permitirse al tutor que prevenga esa destitución por medio de su renuncia voluntaria; en cierta manera, él mismo se destituye. En este sentido se ha formado la jurisprudencia (1); pero hay algún motivo para dudar. El Código Civil no permite que el tutor dimita sus funciones, excepto los casos en que hubiere una causa que el legislador haya considerado bastante para descargarle de la tutela; y la incapacidad no es causa legal de excusa, sino de destitución: lo que importa que el consejo de familia no estaría obligado á aceptar la dimisión del tutor, y que podría proceder á su destitución. Que no se diga que éste es un rigor excesivo y un escándalo inútil: la destitución produce efectos que no se pueden atribuir á la dimisión. Si se destituye al tutor, éste no puede ser ya miembro del consejo de familia, mientras que el dimisionario podría asistir todavía al consejo. Empero, importa que no concurra; en consecuencia debe seguirse el curso regular de la ley, por riguroso que sea. El derecho del consejo para destituir al tutor, aun cuando éste presente su dimisión, parécenos incontestable.

Núm. 4. Efecto de las excusas.

510. Las causas de excusa se establecen por interés del tutor. Las hay que interesan al pupilo, tales como la edad y las enfermedades; pero esta consideración no es más que secundaria, supuesto que la ley no hace de ellas causa de incapacidad. De aquí que el tutor puede renunciar la excusa que tendría derecho á proponer, y si lo hace, ya no puede seguir aprovechándola en su favor. Esto no es más que aplicación de los principios elementales del derecho. Cada uno puede renunciar los derechos establecidos en su favor, y la renuncia implica abdicación. Siguense también

(1) Sentencia de la Corte de Casación, 17 de Febrero de 1835 (Dalloz, *palabra Minoridad*, núm. 363) y sentencia de Ruán, 30 de Marzo de 1844 (Dalloz, *ibid.*, núm. 322, 29). Véase en el mismo sentido á Proudhon, *Del estado de las personas*, t. II, p. 347, y á Demolombe, t. VII, p. 266, núm. 447.

los principios generales sobre la renuncia, la cual, por ser una manifestación de la voluntad, puede ser expresa ó tácita. Hay renuncia tácita cuando el tutor alega un hecho que necesariamente supone la voluntad de aceptar: tal sería la convocatoria del consejo para deliberar sobre la especificación de la hipoteca legal. Un simple hecho de administración no implicaría renuncia, porque vamos á ver cómo el tutor está obligado á administrar provisionalmente.

511. El tutor debe proponer sus excusas al consejo de familia. Si está presente á la deliberación que le confiere la tutela, debe proponerlas inmediatamente, so pena de que se declare inaceptable cualquier reclamación suya ulterior. Basta su silencio, en tal caso, para que haya renuncia. La ley supone, naturalmente, que el tutor conoce las excusas que puede hacer valer; ninguna razón tiene, entonces, para no proponerlas desde luego, y ciertamente no dejaría de hacerlo, si tuviese la intención de aprovecharse del beneficio de la ley. Si no asistió á la deliberación, debe pedir que se convoque al consejo, dentro de tres días contados desde que se le instruya de su nombramiento, aumentado dicho plazo en un día por cada tres miríámetros de distancia del lugar de su domicilio al de la apertura de la tutela. Transcurrido ese plazo no se admite su petición (art. 439).

La ley no habla más que de la tutela dativa. ¿Debe aplicarse por analogía lo que establece ella, á la tutela legal y á la testamentaria? La mayor parte de los autores resuelven la cuestión afirmativamente, en el sentido de que el tutor deberá exponer sus excusas en el plazo fijado por el artículo 439; pero como, en este caso, no hay que hacer notificación, el plazo no correrá sino desde el día en que el tutor hubiere tenido conocimiento de la denuncia de la tutela, lo cual es inadmisible. La ley establece la caducidad, y las caducidades son de estricta interpretación (1). Dado el silencio de la ley, quedamos bajo el imperio

¹ Esta es la opinión de Aubry y Rau, t. I, p. 428, nota 5, y de Demante, t. II,

de los principios generales. El tutor podrá proponer sus excusas mientras no haya renunciado; pero debe apresurarse á hacerlo, porque la administración prolongada sería una renuncia tácita.

¿Qué debe resolverse del caso en que la causa sobrevenga en el curso de la tutela? La ley no prevé la dificultad sino cuando se trata de servicios públicos, y entonces concede un mes para que convoque el tutor al consejo de familia. En todos los demás casos, no hay plazo legal, y se está bajo el imperio de los principios generales.

512. El consejo de familia no estatuye definitivamente sobre las excusas. Si las rechaza, puede el tutor recurrir para ante los tribunales, con el fin de que se admitan: lo cual es aplicación del derecho común. El artículo 443 dice que, durante el litigio, el tutor estará obligado á administrar personalmente. Si el consejo admite la excusa, puede caber también recurso, siempre haciéndose aplicación del derecho común (núms. 465 y 469), en cuyo caso, el tutor á quien se hubiere nombrado á falta del que se excusó, tendría derecho de atacar la deliberación y sostener que no era legal la excusa. No lo dice el artículo 440, pero es indudable; los principios por que rigen los recursos contra las deliberaciones del consejo de familia resuelven la cuestión (núm. 487).

¿En qué término debe recurrir el tutor ante los tribunales? La ley no fija término; el tutor se apresurará á interponer su recurso, cosa que grandemente le interesa, porque si continúa administrando, podría traducirse su gestión como aquiescencia á la decisión del consejo. La ley no obliga á administrar provisionalmente, porque el menor no puede quedarse sin protector; pero el tutor, si quiere hacer valer sus excusas, debe cuidar de que la ad-

p. 258, núm. 185 bis. En sentido contrario, Demolombe, t. VII, p. 269, núm. 454; Delvincourt, t. I, p. 288 y Magnin, t. I, núm. 381.

ministración provisional no se vaya á considerar como definitiva.

¿Quién cubre los gastos de la instancia? Si pierde el tutor, será condenado en costas (art. 441): es la aplicación del derecho común (Código de Procedimientos, art. 130). Cuando los miembros del consejo pierden, la ley se atiene á la apreciación del tribunal, que puede condenarlos en costas si al desechar la excusa, procedieron por espíritu de intriga y malignidad; mas si obraron de buena fe, lo hicieron por interés del menor, quien, por lo mismo, debe satisfacer los gastos (1).

§ II. DE LAS INCAPACIDADES.

513. El Código declara á ciertas personas incapaces para ser tutores. Hay considerable diferencia entre las causas de incapacidad y las de excusa. El que tiene una excusa puede renunciarla, ya que la dispensa se estableció en su favor. Por el contrario, las incapacidades se han establecido en favor del menor, y así, es evidente que no puede renunciarlas el incapaz. El que tiene una excusa puede, si lo quiere, ser tutor; pero en cuanto al incapaz, aunque lo quisiese y el consejo de familia consintiese en ello, no podría ser tutor, por no tener 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 nombrarle, ó le obligan á hacer que se le separe, si se presenta como tutor legal ó testamentario; siguiéndose también que si la causa de incapacidad sobreviene durante la tutela, debe ser removido de ella el incapaz.

Hemos establecido como principio que no hay excusa sin ley, y este principio es controvertido. Hay autores que, además de las excusas legales, admiten las de hecho. Res-

1 Observaciones del tribunado, núm. 22, (Locré, t. III, p. 407).

pecto á las causas de incapacidad, es indudable, y 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 relativo á las excepciones: no hay excepción, ni, por consiguiente, incapacidad sin texto, y los que las establecen son esencialmente limitativos, no pudiendo extenderlos el intérprete, ni aun por analogía. No hay incapacidad sin una disposición expresa (1). Zachariæ es el único autor que enseña que la incapacidad puede resultar, de una manera virtual y necesaria, del espíritu de la ley (2). Por nuestra parte, preferimos atenernos al principio tal como la Corte de Casación le ha formulado. La ley que establece la incapacidad debe tomarse al pie de la letra; recurrir á su espíritu para extender el texto, es crear incapacidades, es hacer la ley.

Núm. 1.—De las causas de incapacidad.

I

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

Los sujetos á interdicción son también incapaces, y no podría haber excepción, respecto de ellos, supuesto que tienen incapacidad jurídica en virtud de la sentencia de interdicción. Es raro que se declare la de una persona enajenada; hay muchos enajenados y pocos incapacitados. De aquí la cuestión de si la incapacidad que declara la ley

¹ Sentencia de la Corte de Casación, 13 de Octubre de 1807 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 154, 1º). Compárense los autores y las sentencias citados por Aubry y Rau, t. I, p. 375, nota 12.

² Aubry y Rau, 4^a edic., t. I, p. 375 y nota 12.

respecto de los incapacitados se extiende á los enajenados no incapacitados. Propuesta así, la cuestión debe resolverse negativamente en virtud del principio que acabamos de dejar establecido. Zachariæ asimila de pleno derecho los enajenados á los sujetos á interdicción. Esto equivale á cambiar la ley. Sin duda, el legislador habría hecho mejor en declarar incapaces á los enajenados, sin perjuicio de establecer el medio de comprobar la enajenación mental; pero no lo ha hecho, y, consiguientemente no hay incapacidad legal sino cuando el enajenado está sujeto á interdicción. ¿Quiere decir esto que no habrá ningún medio para separar legalmente de la tutela al enajenado? Si la demencia existe al abrirse la tutela, constituye una excusa á título de enfermedad grave; y si no se hubiese presentado la excusa, el tutor podría ser removido inmediatamente por causa de incapacidad (1).

515. Análoga dificultad se ofrece respecto á las personas sujetas á un consejero judicial. No habiéndolas declarado la ley incapaces, deben ser consideradas como capaces. Así lo resolvió la Corte de Casación (2). En vano se dice que éste fué olvido del legislador; en punto á incapacidad, no atañe al intérprete llenar el vacío de la ley. Hasta la analogía nos hace falta porque es considerable la diferencia que hay entre la interdicción y el nombramiento de un consejero judicial. Se nombra un consejero al próódigo y acaso el que disipa su propio patrimonio podrá, en rigor, administrar con inteligencia y con economía los bienes del menor. Luego habría que distinguir, como lo hacen ciertos autores (3), entre el consejero que se nombra por prodigalidad y el que se da por debilidad de inteligencia; pero ¿quién no vé que tales deducciones constituyen una nueva

1 Demolombe, t. VII, p. 280, nám. 269. Compárese la sentencia de Bruselas, 1º de Marzo de 1852 (*Pasicrisia*, 1852, 2, 95), y la de la Corte de Casación de Bélgica, 9 de Diciembre de 1852 (*Pasicrisia*, 1853, 1, 86).

2 Sentencia revocatoria de 21 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 230).

3 Duranton, t. III, nám. 503. Massé y Vergé, traducción de Zachariæ t. I, p. 417, nota 4.

ley? ¿y sería necesario agregar que solamente el legislador tiene facultad para formar las leyes?

Se dirá que á fuer de lógicos venimos á dar al absurdo. ¿Es conveniente que aquél á quien se provée de consejero 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 echa el bodegón por la ventana? Luego hay que buscar un medio legal para separar de la tutela á quienes están sujetos á un consejero. La debilidad de ánimo y la prodigalidad no son enfermedades que se produzcan inopinadamente en el curso de la tutela, como la locura ó el furor; las más de las veces son innatas, y si constan legalmente comprobadas por el nombramiento de un consejero judicial, hay que ver en ellas una causa de *exclusión* de la tutela (art. 444, núm. 2). Luego tendrán que aplicarse los principios de la *exclusión* (núm. 523). Si se tratase de un tutor legal ó testamentario que, no obstante ser pródigo ó débil de ánimo, no tuviere consejero, no habría otro medio de separarle de la tutela que provocar el nombramiento de un consejero judicial. Estos caminos desviados á que recurrimos para excluir de la tutela á un incapaz no dejan de tener sus inconvenientes, pero son el único medio legal de llenar el vacío de la ley (1).

II.

516. Son, además, incapaces, dice el artículo 442, las mujeres, con excepción de la madre y las ascendientes. En nuestro derecho, las mujeres no casadas tienen la misma capacidad que los hombres: ¿por qué, pues, las declarar la ley incapaces para ejercer la tutela? Domat contesta

¹ Demolombe, t. VII, p. 278, núm. 468. Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 347, nota a; Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 261, núm. 191, *bis* II.

ta que la tutela exige una autoridad y obliga á ejercer funciones que sería indecoroso que la mujer desempeñara respecto de personas que no fuesen sus hijos. Se puede agregar que si, en virtud de nuestro *defecho*, las mujeres son capaces para administrar sus bienes, casi no tienen la experiencia de los negocios, necesaria para desempeñar la tutela (1).

La ley exceptúa á la madre y á las ascendientes, por tener sobre sus hijos una autoridad natural, é imponerles la naturaleza el deber de cuidar de aquellos á quienes dieron el ser. Sobre todo, cuenta con el afecto del tutor, y, en esa virtud, nadie es más digno que la madre y las ascendientes de ser llamadas á la tutela.

La madre no es tutora sino cuando ha enviudado; si vuelve á casarse, debe el consejo de familia mantenerla en la tutela. ¿Acontece lo mismo con las ascendientes? El texto legal no resuelve esta cuestión. M. Demolombe opina que es el caso de aplicarse á las abuelas, por analogía, lo que la ley dice de la madre (2); pero, en realidad, no hay tal analogía. La madre es tutora de derecho, en tanto que no lo son las ascendientes; el consejo puede nombrarlas tutoras, sin que la ley establezca límite de ninguna especie, restricción alguna para ese nombramiento. Esto quiere decir que el consejo de familia estimará las circunstancias; si nombra como tutora á una abuela no viuda, no vemos en qué disposición se apoyarían para atacar ese nombramiento.

III.

517. Por último, la ley declara incapaces á todos los que tienen ó cuyos padres tienen pendiente con el menor un litigio en que estén comprometidos el estado del mismo

¹ Domat, *Las leyes civiles*, lib. I, tit. I, sec. VII, § 3. Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 344, nota.

² Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 281, núm. 472.

menor, sus bienes ó una parte considerable de ellos (art. 442, núm. 4). La ley no quiere poner al tutor entre su deber y su interés.

¿Es restrictiva la disposición que acabamos de mencionar, ó puede aplicársela por analogía á casos que no ha pre visto la letra de la ley? Si se admite el principio autorizado por la Corte de Casación sobre las incapacidades en general, ni siquiera puede proponerse esta cuestión, pues sin titubear hay que resolver que esta cuarta causa de incapacidad debe interpretarse en un sentido restrictivo, lo mismo que las otras tres. La dificultad está, sobre todo, en dicha cuarta incapacidad, y en vano buscamos la razón para hacer una aplicación analógica. Desde el momento en que no se sigue el texto legal, se cae en la arbitrariedad más absoluta. Invócase el espíritu de la ley para resolver que hay incapacidad cuando existe el litigio entre el menor y los hijos ó el cónyuge del tutor, ó bien entre el menor y una persona cuyo tutor es presunto heredero suyo; pero ¿por qué detenerse en esos dos supuestos? Si la mente de la ley es la que resuelve, hay que decir que en todo caso en que el interés del tutor se halle en conflicto con su deber, habrá incapacidad. ¿Dónde detenerse? ¿No es precisamente para impedir tal arbitrariedad por lo que la ley ha definido el caso en que la oposición de intereses es bastante grave para que resulte de ella incapacidad? Sólo el legislador es juez de esa gravedad; y permitir al juez que zanje la dificultad, es permitirle que haga la ley (1).

La Corte de Lieja resolvió que no hay incapacidad, cuando el menor sostiene un litigio con el cuñado del tutor (2). Algun tribunal había declarado incapaz para administrar la tutela á un individuo que no tenía ningún litigio con

1 Demolombe (t. VII, p. 284, núm. 247), Marcadé (t. II, p. 229, art. 442, núm. 4) y Demante (t. II, p. 263, núm. 139 *bis*, I, II y III) consideran la ley como restrictiva; pero los más de los autores la consideran como enunciativa (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 353. Hay que agregar á Aubry y Rau, t. I, p. 347, y nota 9).

2 Lieja, 21 de Diciembre de 1841 (*Pasicrisia*, 1842, 2, 35).

el menor, por la sola razón de que parecía inminente el litigio; pero la Corte de Pau reformó aquella resolución, asentando perfectamente que el tribunal había creado una nueva incapacidad no contenida en la ley, y que no se estaba en el caso de juzgarse por analogía, puesto que era de principio que las excepciones son de derecho estricto (1).

Si sobreviniese el pleito durante la tutela, tendría que procederse al nombramiento de nuevo tutor, en el concepto de que aquél ofreciese el carácter definido por el artículo 442, esto es, que deben hallarse comprometidos el estado del menor, sus bienes ó una parte considerable de los mismos. Al juez tocará apreciar si el pleito compromete ó no esos intereses (2).

Núm. 2.—Efectos de la incapacidad.

518. La ley no dice por quién se declarará la incapacidad. Es que, en general, las causas de incapacidad no dan lugar á juicio, como acontece con la minoridad, la interdicción y la calidad de mujer. Sin embargo, si se pretendiese y discutiese que un enajenado no sujeto á interdicción estaba afectado de incapacidad, ó una persona sujeta á consejero, tendría que desahogarse la contestación: ¿quién deberá hacerlo? Igualmente, si hay un pleito entre el menor y el tutor, ó se niega que estén comprometidos el estado del menor ó una parte considerable de sus bienes, ó el pleito se sigue entre el menor y otras personas distintas de las enumeradas por la ley, en todos estos casos hay debate, y naturalmente el consejo de familia será el que resuelva, salvo el recurso para ante el tribunal. La ley concede al consejo el derecho de estatuir sobre las excusas y declarar la exclusión ó la destitución: por consiguiente, el consejo es el competente, en principio, para todo lo re-

1. Sentencia de 21 de Junio de 1823 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 352, 1º).

2. Nîmes, 2 de Marzo de 1848 (Dalloz, 1848, 2, 58).

lativo á la organización de la tutela. Este principio debe aplicarse á las causas de incapacidad, lo mismo que á las de excusa, exclusión y destitución (1).

§ III. DE LAS CAUSAS DE EXCLUSIÓN Y DESTITUCIÓN.

519. El artículo 444 establece: "También quedan *excluidos* de la tutela y aun son *destituibles* de ella si están en ejercicio: 1º las personas de mala conducta notoria; 2º aquellas cuya administración demuestre incapacidad ó infidelidad." El artículo 443 establece la misma distinción: "La condena á una pena afflictiva ó infamatoria importa de pleno derecho la *exclusión* de la tutela, importando igualmente la *destitución*, respecto de tutela anteriormente conferida." Por *exclusión*, pues, entiende la ley que el tutor sea separado de la tutela, quedando impedido para administrarla; la *destitución* supone que el tutor se halla en ejercicio. La *exclusión* casi no puede aplicarse á la tutela legal ó á la testamentaria; en cuanto á la dativa, ciertamente el consejo no nombraría á una persona de mala conducta notoria, infiel ó incapaz; pero el tutor legal ó el testamentario pueden presentarse á administrar la tutela, en cuyo caso debe el consejo de familia declarar su *exclusión*, si se encuentra en uno de los casos previstos por el artículo 444. A decir verdad, la exclusión es también destitución, puesto que hay un tutor en virtud de la ley ó de un testamento; y excluirle, es despedirle (2).

Se pregunta si hay diferencia entre las causas de exclusión ó destitución y las de incapacidad. El incapaz está igualmente *excluido* de la tutela, y lo está porque le falta una calidad requerida para ser tutor. Puede decirse también que las causas de exclusión implican la falta de una calidad que debe tener el tutor: ¿no es necesario que sea

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 296, núms. 496 y 497.

2 Proudhon, t. II, p. 348; Duranton, t. III, p. 490, núm. 500.

hombre arreglado, prob. un buen padre de familia, hombre de conducta irreprochable? Si no poséa esas cualidades, es incapaz de cumplir los deberes que le impone la tutela, y, como tal, debe quedar excluido de ella. En este sentido, se confunden la exclusión y la incapacidad, las cuales no se diferencian sino por los motivos que obligaron á establecerlas. La incapacidad nada tiene de deshonroso, pues no afecta á la honra, ni á las costumbres, ni á la inteligencia del tutor, en tanto que las causas de exclusión implican deshonra, falta de probidad, inmoralidad, desorden, ó falta de inteligencia que, si bien no deshonrosa, es, empero, causa de inconsideración.

520. El principio de interpretación es el mismo para las causas de exclusión que para las de incapacidad, á saber: que son de estricta interpretación. Respecto de las causas de exclusión ó destitución, hay un motivo más para interpretarlas en un sentido restrictivo, y es que son deshonrosas. Constituyen una especie de deshonra que la ley imprime sobre la mala conducta y el desorden; y sólo el legislador está facultado para marcar y castigar, de modo que el intérprete no puede, en esta materia, excederse de la letra de la ley (1). Más adelante veremos las aplicaciones de este principio.

521. Las causas de exclusión y destitución son por naturaleza generales, es decir, que se aplican á cualquier tutela, aun á la del padre superviviente. En esto no cabe la menor duda, y no comprendemos cómo se haya suscitado con tanta frecuencia la cuestión ante los tribunales, cuando el texto de la ley es tan general como su espíritu. Diganos aun que el padre es más culpable que cualquier otro al entregarse al desorden y la prostitución, siendo así que la consideración de sus hijos había de detenerle en el camino del deber, toda vez que está obligado á guiarlos pre-

1 Sentencia de Casación, 13 de Octubre de 1807 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 154, 1º).

dicándoles con el ejemplo. ¿Por qué extraña excepción gozaría del privilegio de la inmoralidad y la infidelidad? La jurisprudencia rechaza unánime semejantes pretensiones (1). Ciento es que, según nuestra opinión, no puede el padre ser privado de la patria potestad; pero cuando al mismo tiempo es tutor, reune dos calidades: el tutor puede de ser destituido, el padre no puede serlo, y aunque fuere destituido como tutor, conservará la patria potestad. El nuevo tutor tomará á su cargo la administración de los bienes, y el padre continuará dirigiendo la educación de sus hijos (2).

Hay aquí un vacío desagradable, que hemos deplorado ya, vacío que los tribunales han llenado limitando la patria potestad, de modo que su ejercicio no pueda perjudicar á los hijos (núm. 292). La mala administración de la persona del menor puede ser la causa principal de la destitución, y así fué como la Corte de Tolosa destituyó de la tutela á un padre "que abandonaba á sus hijas á un estado de educación del todo degradante, dejándolas expuestas, en su edad juvenil, á las seducciones más peligrosas" (3). Forzosamente deben los tribunales cuidar que el padre destituído de la tutela no continúe causando la perdición de sus hijos. También puede ser destituído por causa de incapacidad, y entonces, como lo dice la Corte de Tolosa, hay que guardarle consideraciones; pero cuando con su administración compromete la fortuna de los hijos, sin titubear debe separársele de la tutela (4). La mala conducta notoria no consiente el menor escrúpulo (5): caso en

1 Sentencia de la Corte de Casación, 17 de Febrero de 1835 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 363, 1º). Compárense las sentencias de Bruselas, 6 de Noviembre de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 481), y de Lieja, 31 de Diciembre de 1857 (*Pasicrisia*, 1858, 2, 81).

2 Lyon, 30 de Noviembre de 1837 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 244).

3 Tolosa, 25 de Noviembre de 1830 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 363, 3º).

4 Tolosa, 18 de Mayo de 1832 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 363, 5º), y Burdeos, 6 de Agosto de 1845 (Daloz, 1847, 4, 486, núm. 6).

5 Riom, 4 Fructidor, año XII (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 357). Compárese la sentencia de Bruselas, 26 de Marzo de 1847 (*Pasicrisia*, 1848, 2, 256).

que también se verán obligados los tribunales á restringir la patria potestad. Véase un hecho ocurrido ante la Corte de París. La viuda tutora se había sometido voluntariamente y de una manera absoluta al dominio de un hombre sujeto á la justicia como acusado de quiebra y abuso de confianza, contrayendo con él, en el extranjero, un matrimonio evidentemente nulo, en que dió á conocer su intención de mantener á los hijos constantemente alejados de su familia. La Corte resolvió que tales hechos demostaban, si no un estado de demencia, cuando menos un escándalo deplorable, y por esta razón destituyó de la tutela á la madre, ordenando que se entregaran los hijos á su abuelo, nombrado como tutor. Recurrida aquella sentencia en casación, resolvióse que la medida relativa á los hijos no era más que consecuencia lógica y necesaria de la destitución de la madre tutora y de las razones que la habían provocado. La Corte de Casación agregó que la de París, al resolver de esa manera, había usado de sus facultades conforme á la moral y á la ley (1). A la moral, sí; pero en vano buscamos la ley que faculte á los tribunales para arrebatar el hijo á su madre. Confesémoslo: la fuerza de las circunstancias ha llevado á los jueces á hacer la ley.

*Núm. 1.—¿Por qué causas puede ser excluido
ó destituido el tutor?*

I. CONDENA PENAL.

522. La condena á una pena afflictiva ó infamatoria trae consigo la exclusión y la destitución de la tutela (art. 443). Esta disposición del Código Civil fué modificada por el Penal de 1810. Veamos lo que á este respecto establece el nuevo Código Penal belga: “Toda sentencia que con-

¹ Sentencia revocatoria de 15 de Marzo de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 301).

dene á la pena de muerte ó á trabajos forzados decretará, contra los condenados, la prohibición perpetua del derecho de formar parte de ningún consejo de familia, de ser llamados á ejercer funciones de tutor, de segundo tutor ó de curador, á no ser de sus hijos y previa conformidad del consejo de familia" (art. 31). Esta excepción, tomada del Código Penal de 1810, se justifica por el afecto que el padre, no obstante ser culpable, puede conservar para con sus hijos; pero al consejo de familia corresponderá resolver si merece la confianza que le manifiesta la ley; de modo que dejaría la tutela de ser legal para convertirse en dativa.

Si el inculpado fuere condenado á reclusión ó detención, ya no incurrirá de pleno derecho en la prohibición del de tutela; la ley confiere á las salas del crimen la facultad de decretarla, conforme á las circunstancias y al carácter del crimen, ora á perpetuidad, ora por un término de diez á veinte años (art. 32).

El Código Penal faculta igualmente á las cortes y los tribunales para decretar la exclusión de la tutela de los condenados correccionales, por un término de cinco á diez años, aunque solamente en los casos determinados por la ley (art. 33).

El artículo 34 agrega que la duración de la prohibición fijada por el fallo ó la sentencia condenatoria, correrá desde el día en que el sentenciado haya sufrido ó prescrito su pena.

II. MALA CONDUCTA NOTORIA.

523. No basta la mala conducta, se necesita que sea notoria, (art. 444). A primera vista, no se comprende la especie de indulgencia que la ley manifiesta por el desarreglo de las costumbres. ¿Acaso el hombre que oculta sus desórdenes se hace por esto digno de cumplir con los deberes

de tutor? ¿No es necesario que sirva de ejemplo al pupilo con una vida sin mancha? La Corte de Burdeos contesta á esta crítica, que habría sido peligroso autorizar la destitución de un tutor por desórdenes que trata de substraer á las miradas del público; pero ¿no equivaldría esto á favorecer el espionaje y provocar la delación? Hay, en quien oculta sus excesos, un resto de pudor que el legislador debe tomar en cuenta, y he aquí por qué exige la notoriedad en la mala conducta (1). Se resolvió que si no fué conocida la falta de la viuda tutora más que por haberse violado unas cartas confidenciales dirigidas por ella á la suegra, y si ésta culpable divulgación fué lo único que hizo pública la falta, sin que por otra parte no haya que temer para los hijos el funesto ejemplo de la depravación, deben los tribunales mantener á la madre en la tutela (2).

La palabra *mala conducta*, en el lenguaje usual, se toma por el desarreglo de las costumbres: ¿debe dársele un sentido más lato en el artículo 444? Los autores y la jurisprudencia la extienden á la falta de orden en los negocios, de suerte que quien administrase mal su patrimonio, sería excluido de la tutela por mala conducta notoria (3). Esto, á nuestro juicio, es dar á la ley una extensión que sus términos no consienten. ¿Puede decirse del que maneja sus negocios con incuria que tiene *mala conducta notoria*? A la vez que resolvió afirmativamente esta cuestión, la Corte de Bruselas resolvió que la quiebra por sí sola no es prueba de mala conducta notoria, ya que, efectivamente, puede haber sido ocasionada por la desgracia, sin que se tenga nada que reprochar al fallido (4). Sin embargo, la cuestión es controvertida (5). La doctrina aceptada por la Corte de

1 Burdeos, 15 Pluvioso, año XIII (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 357).

2 Ruán, 24 de Enero de 1859 (Dalloz, 1860, 2, 24).

3 Demolombe, t. VII, p. 290, núm. 484.

4 Bruselas, 22 de Junio de 1827 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 169, y *Pascristia*, 1827, p. 226), y 14 de Agosto de 1833 (Dalloz, palabra *Quiebra*, núm. 172).

5 Véanse los autores y las sentencias citados en Dalloz, palabra *Quiebra*, núm. 172.

Bruselas nos parece exacta. Si la quiebra desprende al quebrado de la administración de sus bienes, no es por causa de mala conducta, sino para conservar á los acreedores el patrimonio que constituye su prenda. Por consiguiente, la quiebra no puede considerarse por sí misma como causa de exclusión. La cuestión se reduce, en suma, á un punto de hecho: ¿Hay *mala conducta notoria*? Según nuestra opinión, la mala administración no es *mala conducta*, antes bien debe considerársela como *incapacidad* para administrar la tutela. La diferencia no está sólo en las palabras; la ley exige que la *mala conducta* sea notoria, no exige que la *incapacidad* sea notoria. Esto prueba aun que la mala conducta no hace relación más que á las costumbres; la condición de la notoriedad se explica cuando se trata de inmoralidad, quedando sin sentido cuando se trata de mala administración.

III. INFIDELIDAD E INCAPACIDAD.

524. El artículo 444 excluye de la tutela y declara destituibles, si están en ejercicio, á aquellos cuya *gestión* manifieste *infidelidad*. ¿Qué debe entenderse aquí por *gestión*? ¿Es necesario que la infidelidad se haya cometido en la administración de una tutela? En primer lugar, es un hecho que la palabra *infidelidad* implica una gestión de la cual debe rendir cuenta el administrador, y á quien puede quitarse de la administración si se maneja con infidelidad. Casi no vemos que pueda aplicarse esta definición más que á los tutores. El marido es administrador de los bienes de la mujer, y bajo el régimen de sociedad legal, es responsable, pero no puede ser destituido por causa de *infidelidad*; mucho menos aun puede tratarse de un funcionario responsable. La ley habla de administración de bienes, y así, de la de un patrimonio privado, no del manejo de fondos públicos. Venimos á dar á la conclusión de que la ex-

clusión por causa de infidelidad no se aplica más que á la tutela (1).

Queda por determinar el sentido en que la infidelidad en la administración de una tutela pasa á ser causa de exclusión de otra. ¿Es necesario que haya sido destituído el tutor infiel? No vemos otro medio para comprobar legalmente la infidelidad. ¿Con qué derecho se acusaría á un tutor de haber administrado con deslealtad, cuando ninguna queja se tuviese contra él? Si el tutor es infiel, el segundo tutor está obligado á promover su destitución; si no la promueve, es de suponerse que no hay infidelidad. Con todo, puede acontecer que por la negligencia del segundo tutor, el tutor, aunque infiel, haya continuado en la administración; pero en la rendición de cuentas, se demuestra con la resolución judicial la infidelidad de la administración, y por ese mismo hecho quedará excluido el tutor de cualquier tutela. En suma: como la infidelidad es una especie de delito, debe comprobársela con una deliberación del consejo de familia que determina la destitución del tutor desleal, ó con una resolución judicial que le condene en razón de su infidelidad.

Cuando hay que *destituir* al tutor por causa de infidelidad, no se ofrece dificultad: es éste un punto de hecho, que el consejo de familia y, en caso de recurso, el tribunal, resuelven conforme á las circunstancias. La infidelidad importa mala fe, malversación, en favor del tutor, de los bienes ó rentas de su pupilo. Así es, que hay evidente infidelidad si el tutor hace cortes de madera en provecho propio en un bosque de la pertenencia del menor (2).

525. ¿Qué se entiende por *incapacidad*? El artículo 444 pone la incapacidad en la misma categoría que la infidelidad; por lo que es causa de *exclusión* y de *destitución*. Y

1 Dalloz, *Repertorio*, palabra *Minoridad*, núm. 362. En sentido contrario, Demolombe, t. VII, p. 294, núm. 491.

2 Bruselas, 4 de Abril de 1833 (*Paricrisia*, 1833, 2, 116).

aquí vuelve á ofrecerse la cuestión que acabamos de discutir. La ley excluye á aquellos cuya *gestión* atestigüe incapacidad. ¿Cuál gestión? Ordinariamente se contesta que los términos generales del Código se aplican á cualquiera administración pública ó privada. La gestión de los negocios propios, dice Demante, podría invocarse como causa de exclusión contra el mal padre de familia que fuese llamado á la tutela: tal sería el caso en que una persona sujeta á consejero por causa de prodigalidad ó flaqueza de ánimo fuese llamada á una tutela, en virtud de la ley ó de un testamento (1). Esta interpretación nos parece muy dudosa. Acabamos de establecer que por la palabra *infidelidad*, la ley entiende la gestión infiel de una tutela; y es evidente que no se puede tratar de infidelidad, cuando el tutor no ha hecho más que administrar su propio patrimonio. Ahora bien, en una misma y única frase trata el número 1º del artículo 444 de la *incapacidad* y de la *infidelidad* demostrada por la *gestión*; y si la letra y el espíritu de la ley son ajenos á la administración de los bienes del tutor, en lo tocante á la *infidelidad*, ¿cómo se quiere que la *incapacidad* se refiera á esos mismos bienes? Y si la administración de los bienes propios del tutor, por defectuosa que haya sido, no le excluye de la tutela, ¿no debe acontecer cosa igual respecto de cualquier otra administración, salvo la de una tutela? Esta es nuestra opinión, sin embargo de que no aprobamos la ley. La *incapacidad* habría debido ser causa, lo mismo de excusa que de exclusión, y la ley habría debido dejar en esta materia, gran libertad de apreciación al consejo de familia y al tribunal; pero no es tal el sistema del Código Napoleón, pues la *incapacidad* sólo es causa de exclusión ó de destitución, y así, todo es de la más estricta interpretación.

526. Si el tutor está en ejercicio, es el caso de destituir-

¹ Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 265, núm. 195 bis II. Esta es la opinión común (Demolombe t. VII, núm. 491).

le, siempre que con su administración demuestre su incapacidad. La palabra *incapacidad* es general, y, por lo mismo, comprende toda la administración de la tutela, así la educación del menor como la administración de sus intereses pecuniarios. En este punto, están de acuerdo los autores y la jurisprudencia, sin que haya duda alguna sobre el particular. Está ya resuelto que la negligencia del tutor para cuidar de la conducta y las costumbres del pupilo, es causa de destitución, porque con esa negligencia violó el más importante de sus deberes (1). La Corte de Ruán destituyó al padre superviviente de la tutela legal de su hijo, porque no tenía el grado de capacidad necesaria para cuidar de su persona, tal como lo exigían su edad y su condición (2).

Núm. 2.—Procedimiento.

527. El consejo de familia es el que declara la *destitución*. Así lo dice el artículo 446, el cual no habla de la *exclusión*; siendo esto un olvido, pero que no deja lugar á duda acerca de la competencia del consejo. En efecto, el artículo 447, que forma uno sólo con el 446, habla expresamente de la deliberación que declara la *exclusión* ó la *destitución* del tutor.

El segundo tutor está encargado especialmente de promover la destitución del tutor; es un deber que le incumbe en su calidad de vigilante. Conforme al artículo 446, la misma facultad tiene el juez de paz. Como este magistrado puede ignorar los hechos que dan lugar á la destitución del tutor, la ley apela á la solicitud de los parientes más cercanos; de modo que el juez de paz debe reunir al consejo para deliberar sobre la destitución del tutor, cuando

1 París, 26 Termidor, año IX (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 363, 4º).

2 Sentencia de Ruán, 6 de Febrero de 1860, confirmada por una revocatoria de 1º de Marzo de 1861 (Dalloz, 1861, 1, 432).

la piden uno ó más parientes ó afines del menor primos hermanos ó parientes en grados más próximos.

528. El tutor puede adherirse á la deliberacion que le destituye, en cuyo caso, la destitución es definitiva, y el nuevo tutor, dice el artículo 448, entrará inmediatamente al desempeño de sus atribuciones. ¿Cuándo se da el caso de adhesión? La ley supone que, hallándose presente á la deliberación, el tutor se adhiere á ella de una manera expresa, puesto que la ley misma dice que se ha de hacer mención de tal circunstancia. ¿Es esto decir que la adhesión no puede ser tácita? No por cierto: lo primero, porque es posible que el tutor no haya estado presente; y lo segundo, porque, aun hallándose presente, bien puede hacer sus reservas. Así, pues, la adhesión puede hacerse después de la deliberación del consejo; y toda voluntad se manifiesta, ó de una manera tácita, ó de una manera expresa: principio que se aplica al tutor por no derogarle la ley. Se ha resuelto que importa una adhesión por parte del tutor á la destitución, el hecho de dirigirse por escrito al nuevo tutor manifestándole que no se ocupará más de sus menores (1). Si la adhesión puede ser tácita cuando el tutor no asistió á la deliberación, por igual razón puede serlo también cuando se halló presente, sin haber reclamado nada, ni hecho reserva ó defensa alguna. En semejantes circunstancias, el silencio equivale á la aquiescencia (2).

529. El artículo 448 establece: que si el tutor se adhiere á la deliberación, inmediatamente entrará el nuevo en funciones: lo cual supone que por una sola y misma deliberación, el consejo de familia puede destituir al antiguo tutor y nombrar al nuevo (3). En efecto, la tutela no puede quedar vacante. Pero también puede haber reclamación

¹ Rennes, 14 de Mayo de 1831 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 377, 2⁹).

² Véanse las sentencias citadas en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 337.

³ Lyón, 30 de Noviembre de 1837 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 244).

contra la deliberación del consejo, y en vista de ese recurso, la ley ha querido que sea motivada la deliberación, agregando que el tutor deberá ser oido ó citado (art. 447). Estas disposiciones son esenciales. La deliberación que destituye al tutor es una verdadera sentencia, razón por la cual debe ser motivada, pues es menester que el tutor conozca los motivos por que se le destituye, para que pueda reclamar, si es procedente. Si no fuese motivada la deliberación, podría el tutor pedir su nulidad (1), y otro tanto acontecería en el caso de que no se le hubiese oido. La destitución es una mancha, y no puede haber pena infligida sino cuando ha sido oido en defensa el acusado. No hay para qué decir que si, llamado el tutor, no comparece, puede el consejo llevar adelante el procedimiento.

¿Quién administrará la tutela después de haberse declarado la destitución? Si el tutor se adhiere á ella, el nuevo tutor será el que administre, como lo dice el artículo 448 y es de derecho común, pues el funcionario destituido deja de serlo, y no puede, por lo mismo, obrar como tal. Otro tanto sucede respecto del tutor. Cuando se adhiere á la deliberación, la destitución es definitiva, dejando desde ese momento de tener derecho de obrar (2). Si el tutor no se adhiere á la deliberación, no es definitiva su destitución, toda vez que la deliberación del consejo debe ser confirmada ó homologada por el tribunal; mientras eso no sea, no existe, ni puede producir efecto alguno. Por tanto, el tutor destituido sigue siendo tutor y continúa en su administración (3). Esto no carece de peligros. En derecho romano, el tutor cesaba de administrar luego que se pedía su destitución, lo que era una derogación del derecho común, que no podría admitirse sino en virtud de un texto legal. Lo único que nuestras leyes permiten, es que

1 Lyon, 13 de Marzo de 1845 (Dalloz, 1846, 2, 186).

2 Colmar, 25 de Julio de 1817 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 378).

3 Demante, t. II, p. 269, núm. 201 bis. Demolombe, t. VII, p. 301, núm. 507.

el segundo tutor pida inmediatamente la homologación de la deliberación y la ejecución provisional del fallo (Código de Procedimientos, art. 135, 6º).

530. «Si hay reclamación, el segundo tutor promoverá la confirmación de la deliberación ante el tribunal de primera instancia, el cual la decretará, salvo el recurso de apelación» (art. 448). El segundo tutor puede desentenderse de promover la homologación; y se ha resuelto que, en tal caso, cualquier pariente podía hacerlo (1). Esto no ofrece duda alguna, según el Código de Procedimientos, que preceptúa (art. 887): «Si el tutor ú otra persona encargada de promover la homologación, no lo hacen en el término fijado por la deliberación, ó, á falta de término, en el de quince días, cualquiera de los miembros de la asamblea, podrá pedir dicha homologación contra el tutor.»

¿Podría el segundo tutor desistirse del juicio y transigir con el tutor destituido? Indudablemente, no, por ser la tutela de orden público. Es verdad que el principio se halla controvertido; pero no podría caber duda en este caso, al haberse declarado la destitución por motivos graves y por interés del menor. La cuestión fué resuelta en este sentido por las cortes de Bélgica (2).

Se pregunta si el nuevo tutor ó el nuevo segundo tutor nombrado por el consejo de familia pueden promover la confirmación. Es claro que no, porque no puede haber nuevo tutor ni nuevo segundo tutor sino cuando se ha hecho definitiva la destitución del antiguo; y, en caso de reclamación, debe ser confirmada la deliberación del consejo; de modo que mientras no recaiga esa confirmación, continúa en ejercicio el antiguo tutor, careciendo de carácter el nuevo y el segundo tutor. En este sentido fué resuel-

1. Orleáns, 18 Prerial, año XII (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 380).

2. Bruselas, 4 de Abril de 1833 (*Pasicrisia*, 1833, 2, 116). Sentencia de la Corte de Casación de Bruselas, 13 de Marzo de 1841 (*Pasicrisia*, 1841, 1, 199), y sentencia de Bruselas, 6 de Abril de 1846 (*Pasicrisia*, 1846, 1, 246). Compárese la de la Corte de Casación de Francia, 14 de Julio de 1842 (Dalloz, palabra *Interrupción*, núm. 244, 1º).

ta la cuestión por las cortes de Bruselas y de Grenoble, si bien ambas se dividieron respecto de las consecuencias de los principios por ellas admitidos. En los dos casos, el segundo tutor era pariente, y, como tal, tenía derecho de promover la homologación: ¿era válida por esa circunstancia la promoción? La Corte de Grenoble vió un simple error en la calificación del segundo tutor hecha por el actor, error que habría debido reparar el demandado; mientras que la Corte de Bruselas anuló la promoción como hecha por persona que carecía de carácter para el efecto. Esta última resolución nos parece más conforme con el rigor de los principios; porque aquél que obra como segundo tutor no entiende hacerlo en su calidad de pariente, y, en la de segundo tutor, carece de facultad para ello, puesto que todavía no hay segundo tutor. Ejecuta, pues, un acto nulo (1).

531. ¿Debe el segundo tutor llamar al pleito al tutor, ora por emplazamiento, ora por intimación? El artículo 448 no lo exige, y hanse prevalido del silencio de la ley para concluir que el tutor no debe ser llamado al juicio (2); pero el silencio del Código no es decisivo en este punto. Trátase de saber si hay que aplicar el derecho común, el cual exige que se oiga á cualquiera antes de imponérsele una pena; y el artículo 447 es una prueba de que el legislador quiere referirse á esa regla de derecho natural. Exige, pues, que se oiga al tutor por el consejo de familia, ó que se le cite. Y si ésto es así con motivo de la deliberación del consejo que declara la destitución, lo mismo tiene que ser, por identidad de motivos, respecto de la homologación, ya que ésta y la deliberación no constituyen más que un sólo y mismo acto. Esta es la opinión generalmente seguida (3).

1 Bruselas, 12 de Noviembre de 1830 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 381, 19). En la *Pasicrisia* (1830, p. 213), la sentencia está fechada en 19 de Noviembre. Grenoble, 24 de Junio de 1845 (Daloz, 1846, 4, 502, núm. 10).

2 Nîmes, 8 de Julio de 1834 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 384).

3 Aubry y Rau, t. I, p. 481, nota 11, y las sentencias citadas en Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 383.

Si el tutor no es llamado al juicio, ningún efecto producirá el de confirmación, con relación á él, quien podrá, ó formalizar su oposición ó pedir por medio de una acción directa, deducida contra el segundo tutor, que le mantenga el tribunal en la tutela. El artículo 448 le da este derecho, y de él puede usar el tutor, sea que el segundo tutor no promueva la homologación, ó que la promueva sin llamar al tutor. Esto es del todo indudable, desde que se admite que el tutor debe ser citado (1).

Cuando procede el tutor directamente, debe, conforme al artículo 448, citar al segundo tutor. El artículo 883 del Código de Procedimientos traza otro camino: quiere que los que impugnan una deliberación del consejo de familia deduzcan su acción contra los de que votaron en el sentido de la deliberación. Se pregunta si el Código de Procedimientos ha derogado el Civil. Ya hemos examinado esta cuestión más arriba (núm. 466).

532. El artículo 449 establece: "Los parientes ó afines que hubieren pedido la convocatoria podrán intervenir en el litigio, el cual será substanciado y resuelto como negocio urgente." Se pregunta si el nuevo tutor puede intervenir en él. Tenemos contestada ya esta pregunta. El nuevo tutor no lo es, mientras no sea homologada la deliberación; de modo que ninguna calidad tiene para intervenir, como no la tiene para promover (2).

533. La deliberación que declara la destitución puede ser impugnada en cuanto al fondo y por vicio de forma. En cuanto al fondo, el artículo 448 lo dice: el tutor destituido puede pedir que el tribunal le mantenga en la tutela. Tal es, por otra parte, el derecho común respecto de los recursos que se interponen contra las deliberaciones del consejo de familia (núms. 467 y 468) (3). La deliberación

1 Orleáns, 12 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 2, 60).

2 Angers, 29 de Marzo de 1821 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 196, 1º).

3 Lieja, 7 de Julio de 1815 (*Pluscripia*, 1815, p. 432).

puede ser tambien atacada por vicio de forma, en lo cual hay algo de particular, á saber; que el tutor debe ser oido y motivada la deliberacion. Como estas formas no se han establecido sino por interés del tutor, él es el único que puede invocar la nulidad que resultaria de no observarse la ley (1).

534. ¿Quién cubre los gastos del juicio? El Código Civil no contiene disposición alguna sobre el particular, lo que equivale á decir que seguimos bajo el imperio del derecho común: el que pierde el pleito es el condenado en costas. Si lo es el tutor, no cabe la menor duda; si el segundo tutor, será tambien condenado en costas, en el concepto de que lo será como representante del menor, ya que, habiéndose substanciado el pleito por interés del pupilo, éste debe ser, consiguientemente, quien cubra los gastos del litigio. Se ha sostenido que los miembros del consejo de familia que votaron por la destitución podían ser condenados al pago de las costas y á una indemnización, á pesar de que no se les hubiese llamado al pleito; pero tal cosa es inadmisible, porque el tribunal no puede condenar en costas, ni decretar la indemnización sino á cargo del litigante que sucumbe; y los miembros del consejo sólo son partes en el juicio de homologación cuando intervienen en él, usando del derecho que les concede el artículo 449. Objétase con el artículo 441, el cual permite al tribunal que condene en costas á aquellos que desecharon la excusa propuesta por el tutor; pero la constestación es fácil y concluyente: en el caso del artículo 441, se sigue la instancia entre los miembros del consejo que desecharon la excusa, mientras que en el del artículo 448, se ejercita la acción contra el segundo tutor, y éste, por más que proceda en nombre del consejo de familia, no tiene carácter alguno

1 Señencia de la Corte de Casación, 14 de Junio de 1842 (Dalloz, palabra *Interdiccion*, núm. 244, 1º).

para representar individualmente á los miembros del consejo mismo que votaron por la destitución (1).

Núm. 3.—Efecto de la exclusión y de la destitución.

535. El artículo 445 dice que ningún individuo que haya sido excluido ó destituído de una tutela podrá ser miembro de un consejo de familia. La ley no dice que el tutor excluido ó destituído no podrá ser llamado á otra tutela, y de aquí se concluye que la exclusión ó la destitución no importan de derecho la exclusión de otra tutela. No hay que agregar nada, dice Demante, al rigor de la ley (2). Sin embargo, admite ese autor, y esto es evidente, que si subsiste la causa que hizo se excluyera al tutor de la primera tutela, debe hacer que se le separe de la nueva. Tal es la condena á una pena afflictiva ó infamatoria, conforme al artículo 443, con la restricción que contiene el Código Penal, esto es, que el condenado puede ser llamado á la tutela de sus hijos por el consejo de familia. Si la prohibición del derecho de tutela no es más que temporal, es indudable que, una vez cesando la causa, cesa igualmente el efecto. Quedan en pie las causas de exclusión establecidas por el artículo 444. Si fué destituído el tutor por incapacidad ó infidelidad, por esto mismo queda excluido de la nueva tutela; punto sobre el cual es terminante el artículo 444. La cuestión no se ofrece, pues, sino en cuanto á la mala conducta notoria. Si un tutor es destituído ó excluido por esa causa, ¿podrá ser llamado á otra tutela? No lo creemos. Una vez acreditada por la exclusión ó la destitución, la mala conducta notoria es causa permanente de exclusión para cualquier tutela, tanto como la incapacidad y la infidelidad. Indudablemente, á pesar de su

¹ Demolombe, t. VII, p. 299, núm. 505. Aubry y Rau, t. I, p. 482, nota 13. En sentido contrario, Duranton, t. III, núm. 515, y Zachariæ, t. I, § 120 y nota 14 (p. 456 de la traduc. de Massé y Vergé).

² Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 266, núm. 196 bis IV.

mala conducta notoria, puede el hombre corregirse; pero ¿no se puede decir lo mismo del galeote en libertad, ó bien del tutor infiel ó incapaz? La deshonra de que ha sido objeto es lo que excluye al tutor de cualquier nueva tutela, pues la ley no puede confiar en un hombre que ha sido excluido ó destituído por su mala conducta, por su incapacidad ó por su infidelidad. Por esto le declara indigno de ser miembro de un consejo de familia; ¿y se concibe que pueda ser tutor quien no puede ser miembro de un consejo de familia, por haber sido excluido ó destituído de una tutela? El buen sentido repele esta distinción, como la repele el texto legal (1).

De allí concluimos que el tutor destituído no puede volver á la posesión de la tutela, porque equivaldría á llamarle á ella cuando la destitución le excluye de cualquiera. Sin embargo, la jurisprudencia se halla vacilante sobre este punto (2).

536. El tutor excluido no es tutor, y el destituído cesa de serlo desde el momento de la destitución, momento desde el cual no pueden ya ejercer acto alguno de administración el tutor excluido ni el destituído. Sin embargo, hay que aceptar que tal decisión rigurosa admite una restricción. A la manera que los notarios continúan en sus funciones hasta que se les notifica la suspensión ó la destitución (3), así también el tutor no queda excluido ó destituído sino desde el día en que tiene conocimiento de la exclusión ó la destitución. Si estuvo presente en la deliberación y consintió en ella, cesó inmediatamente de ser tutor; pero si no estuvo presente, es necesario que se le notifiquen la deliberación ó la sentencia confirmatoria; y si hecha esa notificación, continuara administrando, sus actos serían nulos. ¿Debe hacerse una excepción respecto

1 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 304, n.º 510.

2 Véanse las sentencias citadas en Dalloz, palabra *Minoridad*, n.º 365 y 366.

3 Ley del 25 Ventoso, año XI, art. 52.

de terceros de buena fé? Más adelante volveremos á esta cuestión.

§ IV. DE LAS CAUSAS DE EXCUSAS, INCAPACIDAD, EXCLUSIÓN
Y DESTITUCIÓN, EN CUANTO AL CONSEJO DE FAMILIA
Y AL SEGUNDO TUTOR.

Núm. 1.—De las causas de excusa.

537. La ley impone á los miembros del consejo de familia la obligación de comparecer, bajo pena de multa, á menos que tengan excusa legítima para hacerlo (art. 413). ¿Cuáles son esas excusas? Son impedimentos de hecho que permiten á los miembros convocados asistir á la deliberación. Puede acontecer que las causas que eximen de la tutela sean también excusa legítima para los miembros del consejo: tal sería una enfermedad; pero toda causa que exime de la tutela no exime de la asistencia al consejo, y se comprende. Un pariente, un afín, un amigo, pueden invocar como excusa de la tutela el número de hijos, las tutelas que tienen ya á su cargo, las funciones públicas que deben desempeñar; pero tales causas no impiden que asistan á las deliberaciones de un consejo de familia, en cual es un servicio que nadie puede rehusar, mientras no tenga un impedimento de hecho que el juez de paz apreciará.

En cuanto al segundo tutor, el artículo 426 establece que puede invocar las causas de excusa otorgadas por la ley al tutor. Quizás es demasiado absoluta la identidad, porque como el segundo tutor no administra, son más fáciles sus funciones que las del tutor; pero siendo generales la ley, no corresponde al intérprete introducir en ella distinciones.

Núm. 2.—De las causas de incapacidad.

538. Las causas de incapacidad son comunes á la tutela, á la segunda tutela y al consejo de familia (arts. 442 y 426). Se ha resuelto, aplicándose este principio, que el menor no podía asistir al consejo como mandatario (1). Cierto que el mandato puede otorgarse á un menor (art. 1990); pero la razón de ello es que el mandato se da en general por interés del mandante, mientras que en asuntos de tutela, se da por el del menor; y cuando el mandato interesa, no á quien le otorga sino á un tercero, el mandatario debe ser capaz. La ley aplica este principio al ejecutor testamentario (arts. 1028 y 1029). Por idéntica razón hay que decir que los menores y las mujeres no pueden formar parte del consejo como mandatarios.

Hemos enseñado que las personas sujetas á un consejero judicial pueden ser tutores: por igual razón pueden ser también miembros de un consejo de familia. Así lo resolvió la Corte de Casación en un caso singular. Convocóse á un consejo de familia para deliberar sobre una demanda de interdicción, y á él asistieron dos parientes provistos de un consejero judicial. La Corte de Casación resolvió que eran capaces, precisamente por no declararlos incapaces la ley. Nada más jurídico (2), pero nada tampoco más contrario al buen sentido. Tratábase de dar una opinión sobre el estado mental del individuo cuya interdicción se provocaba, y fueron citadas al consejo personas cuyo estado mental se hallaba más ó menos alterado, puesto que había sido necesario proveerlas de un consejero judicial. Evidentemente, sobre esto hay un vacío en la ley.

539. El artículo 442 declara incapaces para asistir al consejo de familia á los que tienen pendiente con el menor

1. Orleáns, 12 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60).

2. Sentencia revocatoria, 21 de Noviembre de 1848 (Dalloz, 1848, 1, 230).

un litigio en que se hallan comprometidos el estado ó los bienes del menor mismo: ¿debe hacerse de esta disposición una regla general, y admitir que no pueden formar parte del consejo los que tienen interés en la deliberación que le está encomendada? Zachariæ asienta este principio, que Demolombe aprueba, como fundado en la razón (1). Pero ¿basta que sea racional una causa de incapacidad para que se la deba admitir? La cuestión implica por sí sola una herejía jurídica. ¿Acaso las incapacidades no deben interpretarse en sentido estricto? ¿Puede hacérse las extensivas por analogía? No insistimos en este punto, por haber examinado ya la cuestión en lo concerniente á la tutela (núm. 513).

A decir verdad, no se trata de incapacidad, sino de recusación, y la diferencia es considerable (2). La incapacidad es una falta de cualidad: el incapaz no puede formar parte de consejo alguno mientras subsista la incapacidad, siendo así que la oposición de intereses sólo concierne á una deliberación particular. Hay casos en que la misma ley establece una recusación. El artículo 423 dice que el tutor no puede votar por el nombramiento del segundo tutor, y el 495, que los que provocan la interdicción no pueden formar parte del consejo de familia. Fuera de estos casos de recusación legal, debe ser ella provocada, y como el juez de paz es quien forma el consejo, él será también quien resuelva si debe ó no admitirse la recusación.

Se pregunta si será válida la deliberación en el caso de no haberse recusado al miembro del consejo que tuviere intereses opuestos, ó bien en el de no haberse abstenido él de votar. La Corte de Caen resolvió que era nula la deliberación, á pesar de no haberse propuesto la recusación,

¹ Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. I, p. 393. Demolombe, t. VII, p. 308, núm. 516. Hay, en este sentido, una sentencia de Aix, 3 de Febrero de 1832 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 180).

² Esta es la observación de Massé y Vergé, traductores de Zachariæ, p. 393, núm. 25.

y se fundó para ello en el interes del menor, pues sería posible que la deliberación del consejo de familia, que debe constituir una garantía para aquél, se convirtiese en peligro y en un lazo, si se convocabá á los que tenían intereses opuestos á los del pupilo (1). Es indudable que el legislador debió haber tenido en cuenta la oposición de intereses para hacer de ella causa legal de recusación; pero, dado el silencio de la ley, no es posible concluir que sea nula la deliberación tan sólo por el hecho de la oposición de intereses. Puesto que falta una ley, quedamos bajo el imperio de los principios generales, y así, podrá ser atacada la deliberación, y será anulada si se prueba que en razón de tal oposición de intereses, la resolución del consejo es perjudicial para el menor (2).

540. Hay mucha incertidumbre sobre estas cuestiones en la doctrina y en la jurisprudencia. Se pregunta si el tutor puede concurrir al consejo de familia. La Corte de Bruselas resolvió que cuando resulta nombrado como tutor un miembro del consejo, no puede continuar siendo miembro; en consecuencia, anuló una deliberación en que había tomado parte el tutor (3). Teóricamente, hay razones supremas que apoyen esta opinión. El consejo de familia es convocado para examinar la administración de la tutela; ¿y se concibe que se inspeccione á sí mismo el tutor? Pero semejante argumento va dirigido al legislador; las más poderosas razones del mundo serían insuficientes para establecer una causa de incapacidad. Por esto los autores enseñan de común acuerdo que el tutor continúa siendo miembro del consejo de familia; el texto mismo del Código lo supone. El artículo 423 dice que el tutor no puede votar por el nombramiento del segundo tutor, y el 426 agrega que no puede hacerlo en los consejos de familia que de-

1 Caen, 29 de Diciembre de 1855 (Daloz, 1856, 2, 291).

2 Burdeos, 9 de Julio de 1845 (Daloz, 1845, 4, 323).

3 Bruselas, 25 de Marzo de 1831 (*Pasicrisia*, 1831, p. 67).

liberen sobre la destitución del segundo tutor: disposiciones que absolutamente carecerían de sentido si el tutor no formara parte del consejo. Es más: carecerían también de sentido si nunca pudiese votar el tutor, hallándose interesado en la deliberación, puesto que siempre lo habrá de estar. Lo único que se podría decir sería que el tutor no puede tomar parte en la deliberación, cuando tenga intereses opuestos á los del menor en el asunto sometido á la deliberación del consejo (1). Pero esto vuelve á entrar en la cuestión general que acabamos de tratar.

Menor es la dificultad por lo que hace al segundo tutor, el cual puede ser miembro del consejo de familia y votar aun respecto de las medidas que él mismo propone. Puede, consiguientemente, votar sobre la destitución del tutor, destitución que está encargado de provocar, lo cual es de derecho común, pues en toda asamblea deliberante, los autores de una proposición votan por la adopción de la misma. Y no puede decirse que el segundo tutor se inspeccione á sí mismo al tomar parte en la deliberación, porque nunca es él quien administra, sino que cuando provoca la destitución del tutor obra por interés del menor. En este sentido se ha formado la jurisprudencia, y no cabe sobre ello la menor duda (2). Mas si el segundo tutor tiene interés personal en una deliberación, y tal interés es opuesto al del menor, volvemos á la cuestión general sobre recusación (3).

Cuando se llama al segundo tutor para que intervenga y tiene intereses opuestos á los del menor, es el caso de nombrar un segundo tutor *ad hoc*. ¿Puede el segundo tutor votar por ese nombramiento? La Corte de Grenoble resolvió muy acertadamente que no había ley que se opu-

1 Tal es la opinión de Demante, t. II, p. 249, núm. 173 bis, I. Compárese á Marcadé, t. II, p. 219, art. 423, núm. II.

2 Véase la jurisprudencia en Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 372.

3 La Corte de Lieja resolvió que el segundo tutor no podía asistir al consejo cuando estaba interesado en la deliberación. (Sentencia de 13 de Febrero de 1822, *Pasicrisia*, 1822, p. 61).

siese á que tomara aquél parte en la votación, y que, por lo demás, habiéndose hecho la deliberación por unanimidad, no había por qué anularla, puesto que tal unanimidad probaba que habían quedado perfectamente resguardados los intereses del menor (1).

Lo que acabamos de decir del tutor y del segundo tutor se aplica á los miembros del consejo de familia; habiéndose resuelto que los que provocan la destitución del tutor podían tomar parte en la deliberación, para lo cual dió la Corte de Casación una razón decisiva, y es la de que ninguna ley los excluye del consejo ni les prohíbe votar (2).

Núm. 3.—De las causas de exclusión y destitución.

541. Conforme al artículo 445, los que han sido excluidos de una tutela no pueden ser miembros de un consejo de familia. Esta disposición se aplica sin dificultad alguna cuando una sentencia criminal ó correccional declara la prohibición del derecho de tutela, porque esas sentencias quitan al mismo tiempo al condenado el derecho de ser miembro de un consejo de familia (núm. 522). Tampoco hay duda cuando el tutor fué excluido por el consejo de familia ó por el tribunal por su mala conducta notoria, incapacidad ó infidelidad que es lo que supone el artículo 445: excluido ó destituido de la tutela, el tutor queda, consiguientemente, excluido de todo consejo de familia. La ignominia que se le ha infligido explica esa indignidad. Pero ¿qué debe resolverse del caso en que no hubiere habido ninguna deliberación que haya declarado la exclusión ó la destitución? En ese caso, no puede aplicarse el artículo 445, y, en consecuencia, no será procedente la exclusión del consejo de familia ni por mala conducta, ni por incapacidad, ni por infidelidad. En efecto: el artículo 446

1. Grenoble, 11 de Enero de 1864 (Dalloz, 1865, 2, 57).

2. Sentencia revocatoria de 12 de Mayo de 1830 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 356).

excluye de la tutela á las personas de mala conducta notoria, y no las excluye del consejo de familia. Lo mismo acontece con aquéllas cuya administración demuestre su incapacidad ó infidelidad: para que la mala conducta, la incapacidad ó la infidelidad excluyan del consejo de familia á una persona, es menester que ésta haya sido excluida ó destituída de la tutela por alguna de aquellas causas (art. 445). De acuerdo con la opinión que hemos sustentado acerca del sentido que encierra el artículo 444, núm. 2, ni siquiera puede proponerse la cuestión, puesto que, á nuestro juicio, es también necesaria una sentencia del consejo ó del tribunal para que haya lugar á la exclusión de la tutela por razón de incapacidad ó infidelidad. Así, pues, la cuestión no puede ofrecerse más que respecto de la mala conducta, y entonces la resuelven los artículos 444 y 445. En este punto, están de acuerdo los autores y la jurisprudencia. El legislador permite que se excluya de la tutela á personas de mala conducta notoria, porque el interés del menor está sobre cualquier otra consideración; pero no, que se excluya del consejo de familia á los parientes ó afines de mala conducta notoria, porque entonces no es de tanta importancia el interés del menor; mientras que hay un inconveniente grave en escudriñar la vida privada de los ciudadanos y en hacer una averiguación respecto de su conducta. Por otra parte, de hecho puede quedar resguardado el interés del menor, pues teniendo á su cargo el juez de paz componer el consejo de familia, podrá separar de él á las personas de notoria mala conducta. Y si por acaso llamara al consejo á un pariente ó afín de mala conducta, podrían los tribunales anular siempre la deliberación, en habiéndose perjudicado los intereses del menor (1).

1 Sentencia de Casacion, 13 de Octubre de 1807 (Dalloz, palabra *Interdicción*, núm. 154, 1º). Valette acerca de Proudhon, t. II, p. 308, seguido por todos los autores.

542. Al aplicarse el artículo 445 es menester no perder de vista que las causas que excluyen del consejo de familia deben interpretarse en sentido estricto, al modo de las que excluyen de la tutela. No hay exclusión sin texto. Si un tutor amenazado de destitución presenta su renuncia y es aceptada ésta por el consejo, ¿deberá considerársele como destituído en el sentido del artículo 445? No por cierto: sea cual fuere la causa de la renuncia, no es posible colocarla en la misma categoría que la destitución. Así, pues, deja ya de ser aplicable el artículo 445; y no hay exclusión sin ley expresa (1).

En el supuesto de que sea destituído el tutor por haberse ingerido en la tutela antes de haber hecho que se nombrara al segundo tutor (art. 421), ¿será excluido también del consejo de familia? Dícese que, en este caso, no habrá exclusión, puesto que el artículo 421 no se sirve de la palabra *destitución*, sino que establece que *se retirará* la tutela al tutor; y el artículo 445 no dispone que sea éste excluido del consejo de familia sino cuando hubiere sido destituído (2). Parécenos que esto es llevar demasiado lejos el principio de la interpretación restrictiva. En realidad, hay destitución en el caso del artículo 421, toda vez que se retira la tutela al tutor por causa de dolo.

La madre tutora se casa por segunda vez sin convocar el consejo de familia, y por ello pierde de pleno derecho la tutela (art. 395): ¿importa esa pérdida una *destitución* en el sentido del artículo 445? Aquí tiene que aplicarse el principio de la interpretación restrictiva; esto es, que la madre pierde la tutela en virtud de la ley, mientras que la destitución implica que se ha pronunciado la sentencia contra el tutor culpable. ¿Hay realmente, en el caso supuesto, algún culpable? Lo más frecuente es que haya

¹ *l. Besanzón*, 26 de Agosto de 1808 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 369, 1º).

² Demante, t. II, p. 266, núm. 196 bis III. En sentido contrario, Ducaurroy, *Comentario*, t. I, p. 457, núm. 636.

simple negligencia, ignorancia; y aunque la madre omita convocar al consejo á sabiendas, adrede, lo hace por no exponer la unión que ha contraído á las críticas de la familia. Porque, importa hacerlo notar, si la madre está obligada á dirigirse al consejo para que la mantenga en la tutela, no es por un hecho personal suyo, no es por ser indigna de conservarla, sino por causa de su nuevo esposo. En cuanto á ella, no hay motivo de indignidad, y así, no puede decirse que haya destitución. Sin embargo, la cuestión se controvierte (1); pero á nuestro juicio, no es dudosa.

543. ¿Qué hay que decir del caso en que un pariente, incapaz ó excluido, tome parte en la deliberación? Se ha resuelto que ésta resulta viciada con su presencia, y, por lo mismo, nula (2); pero parécenos demasiado absoluto, porque la ley no establece la nulidad por tal capítulo, y, consiguientemente, quedamos bajo el imperio del derecho común, es decir, de la nulidad virtual. El tribunal, conforme á las circunstancias, resolverá si la presencia de un incapaz ha causado daño al menor, cuyo interés es lo decisivo en esta materia.

1 La jurisprudencia de las Cortes de Bélgica está conforme con nuestra opinión. Sentencias de Bruselas, 30 de Mayo de 1810 (Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 367, 5º) y 28 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1824, p. 24), y de Lieja, 21 de Junio de 1819 (*Pasicrisia*, 1819, p. 413). Esta es la opinión de casi todos los autores (Dalloz, *ibid.*). Véanse en sentido contrario, una sentencia de Aix, 7 de Marzo de 1846 (Dalloz, 1846, 2, 171), y á Delvincourt, t. I, p. 277, nota 8.

2 Orléans, 12 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 2, 60)