

Instituto Profesional de Santo Domingo.
Facultad de Derecho Civil.

¿Cuál es la condición jurídica de la mujer casada en segundas nupcias que no haya consultado previamente al Consejo de familia, desde el punto de vista de la tutela de sus hijos menores?

Año académico de
1911 á 1912.

TESIS

Número 11.

PARA LA LICENCIATURA.

EL ACTO SERA SUSTENTADO
POR

M. de J. Viñas,
POSTULANTE.

JURADO EXAMINADOR:

Presidente:	Lic. Anjel M. Soler,	Catedrático.
Vocales:	" Fed. Henriquez y Carvajal,	"
	" Natalio Redondo,	"

Art. 16 del Reglamento Interior del Instituto Profesional:

«En el examen final, el actuante está obligado á responder á todas las preguntas y observaciones del Jurado Examinador que directa ó indirectamente se relacionen con su tesis».

SANTO DOMINGO.

Imp. La Cuna de América.—Vda. de Roques & Cia.

1912.



2024-0231

15/1000 cmf

 **Biblioteca
Nacional**

**PEDRO
HENRIQUEZ
UREÑA**

EXLIBRIS



CARLOS LARRAZABAL BLANCO

COLECCION

BN
D-58
V. 12. 10
FCJ
- 2.

A la memoria de mi amantísima madre,

Amor inextinguible; veneración eterna.

029740





[Faint, illegible handwritten text]

A la memoria de mi padre,

Amor y respeto.

A mi amada esposa y queridísimos hijos,

Sincero é inextinguible cariño.

A mis queridísimos hermanos y hermanas.

*A mi querido maestro y distinguido
amigo, Lic. Angel M. Soler,
Padrino de esta tesis;*

Testimonio de mi gratitud.

A los Licenciados

Don Federico Henríquez y C.,

Don Natalio Redondo,

Don Moisés García Mella y

Don Horacio V. Vicioso,

Catedráticos del Instituto Profesional,

como recuerdo de gratitud.

A mis buenos amigos,

Don Fernando de Lara,
" *Juan Estrella,*
" *Ezequiel F. Hernández,*
" *José Rojas,*
" *Pedro M. Rojas,*
" *Gumerindo Beliard y*
" *Manuel Cabrera hijo,*

Como testimonio de afecto.

A mis queridos amigos,

Lic. Don Alberto Arredondo M.,

” ” Rafael Alburquerque,

” ” Manuel M. Sanabria,

” Octavio Beras,

” Agustín Acevedo y

” Alberto Santamaría;

Prueba inequívoca de sincera amistad.

¿Cuál es la condición jurídica de la mujer casada en segundas nupcias que no haya consultado previamente al Consejo de familia, desde el punto de vista de la tutela de sus hijos menores?

I.

Para cumplir el voto de la Ley, yo habría deseado disponer del tiempo necesario para presentar á la consideración de los distinguidos Catedráticos que componen el Jurado Examinador de esta tesis, un trabajo más completo, más acabado y más digno de la atención de ellos; pero urjido por la premura del tiempo, que me obliga á retirarme de esta ciudad, aunque halagado por el anhelo de coronar mis esfuerzos de estudiante, me he visto impelido á presentar tan solo esta humilde obra, esperando que el benévolo Jurado de la Facultad de Derecho, la acogerá como la expresión del deseo que he tenido en satisfacer el deber que la Ley me impone.

II.

En las grandes como en las pequeñas sociedades, se discute á diario cuantiosos intereses que, sin duda, constituyen la causa generadora de los diferendos que constantemente separan á los coasociados, estableciendo entre ellos la eterna lucha que debe producir un resultado diferente para cada uno, y que alteran la armonía que, como ley social y ley del corazón y de la inteligencia, debía ser la inspiradora de todos los actos de la vida civil; pero el hombre, en defensa de sus intereses, halagado por sus pasiones, no se detiene á pensar cuál será el efecto de su actitud en la conciencia social; fija su mirada en un punto, y obsecado en medio de las

luchas, piensa en una sola cosa: en su triunfo; única imagen que se acrecienta tanto más ante sus ojos, cuanto mayores sean las dificultades que se le presenten para obtenerlo; y no obstante su empeño y desvarío en obrar siempre caprichosamente, vése al fin obligado á ajustar su conducta á las leyes que la misma sociedad, como cuerpo colectivo, tiene establecidas para su desenvolvimiento natural y progresivo. Sin embargo, su inclinación natural le lleva siempre á infringir los preceptos legales, aún cuando tenga la conciencia de que una sanción penal será la consecuencia inmediata de su infracción. Más, entre nosotros, por ejemplo, nada importa, porque cuenta con el medio en que vive, y no duda que la indiferencia de éste le pondrá siempre á cubierto de toda pena, con más razón, cuando se trata de intereses privados, en que ocurre comunmente que el perjudicado, en una infinidad de casos, apenas si se da cuenta del perjuicio irrogado ó del inminente peligro que corren sus intereses. Estas ideas han sido sugeridas por observación de un caso muy común en la sociedad dominicana, y que pasa á diario é indiferente para la generalidad: la mujer viuda y turtiz de sus hijos menores se casa con frecuencia entre nosotros sin cumplir las formalidades que la ley, en sus sabias prescripciones, tiene establecidas en defensa de los intereses del menor, y el nuevo marido, por su parte, ya por ignorancia, ó ya mali-

ciosamente, acepta aquella condición irregular de la esposa, colocándose él mismo en la falsa posición de responder solidariamente con ella de las consecuencias inherentes á su falta. Al efecto, el legislador dominicano, en su sabia previsión de armonizar y defender intereses, establece en el art. 395 del Código Civil, la siguiente disposición: «Si la madre tutora desea contraer segundas nupcias, deberá, antes de su nuevo enlace, convocar el consejo de familia, que decidirá si debe ó no continuar en la tutela. Si omitiere esta formalidad, perderá de pleno derecho aquel cargo, y su nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela conservada indebidamente por su esposa».

En presencia de esta causa legal, se nos ocurre la tesis que se contrae á determinar *Cuál es la condición jurídica de la mujer casada en segundas nupcias que no haya consultado previamente el consejo de familia, desde el punto de vista de la tutela de sus hijos menores.*

Cualquiera diría á primera vista que el referido punto está definitivamente resuelto: que la madre que comete un acto tan improcedente y perjudicial para sus hijos menores, como lo es, sin duda, el hecho de unirse por el matrimonio á un hombre sin previa consulta al consejo de familia, pierde de pleno derecho la tutela, y que, junto con su nuevo marido, es solidariamente responsable de todas sus

consecuencias; que, no obstante haberla perdido, puede recuperarla nuevamente por decisión del consejo de familia, en cuyo caso, la tutela no será ya lejítima; y que por último, aquella madre tutora, no obstante haber contraído segundo matrimonio, sin haber consultado al consejo de familia, conservará el derecho intacto de guarda y de educación de sus hijos, amén de poder practicar todos los actos conservatorios relativos á los intereses del menor.

Prudente y sabia es sin duda la disposición legal en referencia, pues si la madre es respecto del hijo el centinela avanzado, el angel guardián de sus intereses y de su vida; si nadie como ella puede conservar mejor los bienes que constituyen el patrimonio de sus hijos; si ella ve y penetra con los ojos del alma cuál es su porvenir, y cuál será á través del tiempo la suerte que les quepa; si todo esto es cierto, y si nadie puede disputar á la madre la abnegación que solo ella sabe sentir cuando se trata de su hijo, parece, sin embargo, que el cambio que se opera en ella con motivo de su nuevo enlace, si no cambia, por que cambiar no puede, los sentimientos consagrados á aquellos seres que son para ella tal vez el único hermoso ideal de su existencia, debilita, sí, un tanto la garantía con que deben estar siempre á cubierto los intereses del menor, cuenta habida de que, si como hemos dicho, la madre será siempre el primer vigilante de aquellos bienes, la presencia del

nuevo marido le arrebatara el poder absoluto de administración, y su autoridad queda un tanto cohibida frente á la influencia que continuamente ejerce el esposo en el ánimo de su mujer. De ahí, la feliz previsión del legislador en defensa de aquellos intereses, prescribiendo á la madre tutora que quiere contraer segundas nupcias, el aviso previo al consejo de familia, á fin de que éste disponga si ella debe ser conservada en la tutela, ó si debe nombrarse un nuevo tutor á los menores. En consecuencia, advertido el consejo de familia del propósito de la madre de contraer un segundo matrimonio «examinará—dice Marcadé, en su obra *EXPLICACIÓN TEÓRICA Y PRÁCTICA DEL CÓDIGO CIVIL*, tomo 2º, página 203—cuidadosamente el carácter, la moralidad, la capacidad y las cualidades diversas del futuro padrasto de los pupilos, á fin de juzgar si conviene conservar á la madre como tutora, dándola como cotutor á su nuevo marido, ó si debe hacer cesar seguidamente la tutela legítima, nombrando otro tutor en lugar de la madre».

Es claro que, si hechas todas las investigaciones relativas al delicado caso que nos ocupa, el consejo de familia se penetra de que el cotutor reúne prendas personales suficientes para coadyuvar con la madre á llenar la noble misión que va á serle encomendada, deberá mantenerla en su tutela legítima, dándola por cotutor al esposo, pues la tutela no pue-

de ser arrebatada en caso de segundas nupcias, sino por causas graves y cuando el interés de los hijos lo exige imperiosamente (Agen, 24 de Diciembre 1860). No cabe la menor duda que el consejo de familia, eximiendo á la madre de la tutela que lejítimamente le corresponde, no tendría otro objeto que sustraerla á la perniciosa influencia que su esposo pudiera ejercer en su ánimo; razón por la que prefiere que un tutor dativo venga á la administración de los bienes de menores, antes que dejarlos al cuidado de la madre, cuyo interés, por las razones arriba expuestas, será siempre el mismo, pero estorbado y contradicho talvez por el esposo, quien, en más de una ocasión (y contrayéndonos al caso que nos ocupa), irá al matrimonio, quizás halagado mejor por un interés bastardo, fija su mirada ambiciosa en el patrimonio del menor, que inspirado en los dulces y santificados lazos del himeneo. De ahí, por consiguiente, el cuidado encomendado al consejo de familia de escudriñar si el futuro esposo que va á compartir con la madre la tutela de sus hijos menores, es hombre de relevantes condiciones morales, capaz de responder satisfactoriamente á misión tan delicada, ó si no es más que un tráfuga envilecido y soez, que como ave de rapiña, pretende clavar sus garras en su presunta é inocente víctima. Y no se diga que aquellos intereses están garantidos por la hipoteca de los menores sobre los bienes

de su tutor; previsión útil solamente en el caso en que el referido tutor tenga bienes personales; pero sin ningún valor ni efecto para el en que el pretense marido de la madre tutora, no sea más que un infeliz desheredado de la suerte, que busca en el matrimonio un medio protector é inmediato contra las negras vicisitudes que le asedian. Entonces, la previsión de la ley es frustratoria, con tanta más razón cuanto que el marido cotutor será siempre, de hecho, el administrador general de los bienes pertenecientes al menor. Robustecen lo dicho, infinidad de casos, entre los cuales figura aquel en que X, desprovisto completamente de bienes de fortuna, pobre y harapiento, contrae matrimonio con la señora L, viuda acomodada y tutora natural de tres hijos habidos de su primer marido. Poco tiempo después, la miseria se enseñoreaba en aquella casa; el usufructo de la finca había sido dilapidado fraudulentamente, y ya no queda más que un terreno inculto, presentando en alguno que otro sitio señales evidentes de que fué en otro tiempo amorosamente cultivado. Si, pues, la madre hubiera consultado previamente, como quiere la ley, al consejo de familia, sin duda que éste habría resuelto suprimir la tutela de la madre, á fin de evitar la funesta cotutela del segundo marido, y salvar así, con tan prudente previsión, los bienes de menores: pero no siempre la madre obedece á aquella medida protectora de la ley, unas veces

por ignorancia, otras porque teme exponerse á la crítica del consejo de familia respecto de su proyectado enlace, ora porque su presunto esposo le exige el silencio, halagado por la idea de administrar á su antojo aquellos bienes de menores, en cuya adquisición tiene ya cifradas sus más halagüeñas esperanzas.

¿Pero la hipoteca legal que gravaba hasta el momento de las segundas nupcias los bienes de la madre, en su calidad de tutora, continúa subsistiendo aún después de haber cesado esa tutela por no haber consultado el consejo de familia? «La ley establece—dice Planiol—esta hipoteca sobre los bienes de los tutores, y la madre ya no es tutora». Pero, aunque esa cuestión no es ya dudosa, tal como lo piensa Planiol, porque el argumento decisivo ha sido formulado, basándose en que la falta cometida por la madre empeña su responsabilidad y contra la cual el hijo se encuentra necesariamente garantido por la hipoteca, no es menos cierto que hay alguna contradicción en el concepto, pues que si la garantía de los hijos menores sometidos á tutela consiste en la hipoteca que tienen sobre los bienes del tutor, ¿cómo pretender, desde ese punto de vista, que los bienes de la madre sean bienes de un tutor en cuanto á la hipoteca legal y que ella no sea tutora en cuanto á las demás relaciones de derecho, tan luego como contrajo el segundo matrimonio sin consultar previamente el consejo de familia?

«Cuando la madre deja de ser tutora legítima por haber perdido *ipso facto* la tutela, el consejo de familia debe reunirse seguidamente para proveer á la tutela vacante en derecho. Este consejo puede muy bien nombrar á la misma madre; la que, entonces, en su condición de tutora dativa, no podría ya por sí misma escojer—al morir—un tutor á sus hijos, ni tampoco la tutela de la madre podrá pasar de pleno derecho, cuando ella muera, á los ascendientes, sino á un tutor dativo, según las reglas expresadas en los arts. 402 y 405 del Código Civil. Tampoco la madre, no mantenida en la tutela legítima, la recobraría á la muerte de su segundo marido, siendo el principio general de las tutelas legales, que una tutela de esta clase no puede jamás suceder á una tutela dativa. Si, por el contrario, la madre ha sido mantenida por el consejo de familia en la tutela legítima, en nada ha cambiado su posición, salvo que tendrá por cotutor á su segundo marido» (MARCADÉ, obra y tomo citados, página 204). «En caso de segundas nupcias, cuando las cosas han pasado con toda regularidad, cuando la mujer ha convocado previamente el consejo de familia, y éste la mantiene en la tutela, su condición es franca, buena y legal, tanto más, cuando su matrimonio se ha efectuado con un hombre que rinde fervoroso culto á las nobilísimas enseñanzas del deber y la virtud, ara sacrosanta en que solo ofician los factores

del bien. Aquel hombre será, pues, el cotutor legal, es decir, tutor con su mujer y por su mujer; de modo que si ésta fuese, por cualquiera circunstancia, excluída ó destituida de la tutela, ó si muriese, el esposo perdería seguidamente su condición de tutor. Es también de derecho que la destitución ó exclusión del marido cotutor arrastra necesariamente la cesación de la tutela conservada á la madre por el consejo de familia (BOURGES, 28 de Enero de 1857; RUEN, 25 de Junio de 1857;—AUBRY et. RAU, t. 1º, § 99 bis, pág. 411;—DEMOLOMBE, VII, Núm. 138;—LAURENT, IV, Núm. 387).

El mismo artículo á que venimos contrayéndonos (395), establece que, á falta de convocatoria del consejo de familia para resolver si debe ó no mantener á la madre en la tutela, el nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela, es decir, que el menor que haya sido lesionado en sus intereses, podrá, en justa reparación de los perjuicios que hayan podido irrogársele, intentar su acción por el todo, ya contra la madre, ya contra el cotutor; y aquel contra quien se ha dirigido el menor, tendrá el derecho de recurrir contra el otro por la mitad. Pero respecto de la responsabilidad del marido, relativa á la gestión aún anterior al matrimonio, hay dos sistemas: el primero, hace responsable al marido, aún de la gestión anterior al matrimonio; sistema que se apoya

en estos argumentos: el antiguo derecho estaba en este sentido; había sido propuesto restringir la responsabilidad del segundo marido á las consecuencias posteriores; proposición que no fué admitida.

El segundo sistema enseña: que el nuevo marido no es responsable sino de las consecuencias posteriores; y se basa al efecto, en los argumentos que á continuación se expresan: PRIMERO: sería exorbitante hacer pesar sobre el segundo marido, la responsabilidad de las consecuencias de una gestión á la cual ha permanecido extraño; SEGUNDO: los trabajos preparatorios prueban que los redactores del Código no han tenido la idea de hacer responsable al marido de las consecuencias anteriores; y TERCERO: no hay, por otra parte, tutela indebidamente conservada, sino después de la celebración del matrimonio (EMILE AOLLAS, TRATADO DE DERECHO CIVIL, Tomo 1o, pág. 418 y s.).

En cuanto á los dos primeros argumentos del segundo sistema mencionado, el sabio LAURENT dice lo que sigue: «La opinión común es que el marido es responsable de toda gestión anterior y posterior, cuando se ha casado con una mujer que, al contraer su segundo matrimonio, no ha consultado previamente al consejo de familia y éste no la ha mantenido en la tutela, á pesar de lo absurdo y exagerado de tal conclusión; que eso parece resultar de la combinación de los artículos 395 y 396. «Cuando la ma-

dre es mantenida en la tutela, el segundo marido es cotutor, y la ley le declara RESPONSABLE SOLIDARIAMENTE CON SU MUJER, DE LA GESTIÓN POSTERIOR al matrimonio. Cuando la madre es desprovista de la tutela y la administra ilegalmente, la ley dice que el nuevo marido será solidariamente responsable de TODAS las consecuencias de la tutela que ella hubiere conservado indebidamente. Hay una diferencia de redacción—sigue diciendo LAURENT—que parece implicar en la última hipótesis, una responsabilidad mas extensa que en la primera. ¿Y cuál sería esta responsabilidad mas extensa, sino la de la gestión anterior al matrimonio? Lo que da una gran autoridad á esta interpretación, es que, en el antiguo derecho, el marido incurría en esta responsabilidad. Era una especie de pena con la que le hería la ley, y la pena se explica: no convocando el consejo, la madre deja de ser tutora; debe rendir cuenta de su gestión y pagar el resto; el nuevo marido debía velar porque la cuenta fuese rendida y pagado el remanente; no haciéndolo, participa de la falta, y tal vez del dolo de su mujer; es, pues, justo, que responda de las consecuencias de la antigua gestión. Tal es la doctrina común, consagrada por la jurisprudencia.» «Con todo, existe un motivo común que me hace inclinar hacia la opinión contraria, sostenida por DUCAURROY y admitida por DEMOLOMBE así como por MASSÉ et. VERGÉ, los traductores de Zachariae:

El proyecto del Código Civil, sometido al Consejo de Estado y comunicado oficiosamente al Tribunado, contenía una disposición así: «A falta de esta convocatoria, perderá la tutela de pleno derecho, y su nuevo marido será solidariamente responsable de la gestión indebida que se hubiese verificado desde el matrimonio.» «Así, los autores del Código Civil, después de la deliberación, se apartaban formalmente de la antigua jurisprudencia. He aquí un primer punto que es considerable. No se puede invocar el antiguo derecho para interpretar el derecho nuevo, á menos de probar que después de haberlo repudiado, los autores del código han tenido la intención de volver á él. Es necesario ver cuáles son los motivos por los que el Tribunado propuso un cambio de redacción: es el momento decisivo del debate. Se lee en las observaciones de la sección de legislación del Tribunado, que «la expresión literal de la ley parecía autorizar al nuevo marido á presumir que no era responsable sino de la gestión que hubiese tenido lugar desde el nuevo matrimonio; es decir, que sería responsable de la falta de gestión. La sección añade que el verdadero espíritu de la ley, «es que el marido responde de la falta de gestión, como de la gestión indebida.» Para prevenir toda duda á ese respecto, propuso la siguiente redacción: «Y su nuevo marido será solidariamente responsable con ella desde el matrimonio. Se ve que el Tribunado

no pensó tampoco volver á la antigua jurisprudencia, haciendo al marido responsable de la gestión anterior al matrimonio; adoptó, al contrario, el nuevo principio admitido por el Consejo de Estado; su proposición tenía por objeto únicamente solucionar una duda sobre la responsabilidad del marido en caso de falta de gestión. He, pues, aquí al Tribunalado y al Consejo de Estado de acuerdo para limitar la responsabilidad del nuevo marido á la tutela posterior al matrimonio. ¿Es que, en el momento del último voto, el Consejo cambió de sistema? No hay ni una palabra en los trabajos preparatorios que denote esta intención: la sección de legislación fué derecho á las observaciones del Tribunalado, sin adoptar sinembargo la redacción que había propuesto. Para determinar que la responsabilidad abarcaba la falta de gestión del mismo modo que la gestión indebida, el Consejo de Estado empleó esta expresión: «el nuevo marido será responsable de todas las consecuencias de la tutela.» Estas palabras no implican, pues, la intención de extender la responsabilidad á la gestión anterior. Esto basta para cambiar la interpretación generalmente seguida. Hay más, el Tribunalado limitaba formalmente la responsabilidad á la tutela posterior al matrimonio. El Consejo de Estado expresa la misma idea, añadiendo: «De la tutela que ella hubiere conservado indebidamente.» No es, pues, de las consecuencias de toda la tutela

que el marido responde, es de las consecuencias de la tutela indebida, ilegal, de la tutela de hecho.

Después de ésto, es bastante sorprendente leer en una sentencia que resulta evidentemente de la discusión del Código de Napoleón en el Consejo de Estado, que la responsabilidad del segundo marido se extiende á la gestión anterior al matrimonio.»

¿Y en lo que respecta al tercer argumento, hay en realidad tutela indebidamente conservada? En razón de la desobediencia de la madre que ha perdido de pleno derecho la tutela de sus hijos menores, por no haber ajustado su conducta, al contraer su segundo matrimonio, á las formalidades establecidas, dice la ley que la madre será solidariamente responsable con su marido de la TUTELA INDEBIDAMENTE CONSERVADA; es decir, ¿que ese lapso que transcurre entre el momento en que la madre tutriz pierde *ipso facto* la tutela y el nombramiento de un nuevo tutor, es sin duda, una tutela indebida? ¿Puede haber acaso tutela que no se ajuste á las condiciones de la ley? ¿Es que puede existir tal vez una quinta especie de tutela, cuando la misma ley no nos indica sino las cuatro señaladas claramente por los arts. 390, 397, 402 y 405 del Código Civil? ¿Cuándo la madre tutora se casa sin llenar las formalidades establecidas por el art. 395 del referido Código, no pierde de pleno derecho la tutela legal? ¿Y perdida de ese modo la tutela, cómo concebir que perdure en la

misma persona de la madre la condición de tutora, entonces de una manera indebida? Legalmente hablando, no hay tal tutela, puesto que la madre la ha perdido de pleno derecho; ese cuidado que la madre dispensa entonces á la persona de los menores, lo mismo que á sus bienes durante ese período que cursa entre la pérdida de la tutela y el nombramiento de un tutor, no es otra cosa que una simple gestión, consecuencia de la condición irregular en que quedan los menores, cuya madre no ha querido ó no ha podido ajustarse á una prescripción legal; ese cuidado dispensado á los hijos como á los bienes de éstos durante el período señalado, se asemeja al caso en que los herederos legítimos del DE CUJUS velan por los intereses del niño mientras se convoca el consejo de familia para proceder al nombramiento del nuevo tutor.

Apesar de la gran mayoría de autores que opinan en el sentido de que la mujer casada en segundas nupcias que no ha consultado previamente al consejo de familia, si no tiene una tutela de derecho, porque la ha perdido por la falta cometida, la conserva, sin embargo, en hecho, nosotros, como lo hemos espuesto ya, creemos lo contrario, de acuerdo con el eminente jurisconsulto belga, quien en el tomo citado se expresa de este modo: «¿La madre y su nuevo marido son tutores cuando el consejo de familia no ha sido convocado? No son tutores le-

galmente hablando; lo que es cierto, pues que la ley dice que la madre pierde la tutela de pleno derecho. Si continúa administrándola, es indebidamente, dice el artículo 395. Si la madre no es tutora, el marido tampoco puede serlo. ¿El uno y la otra son tutores de hecho? ¿Están, en esta calidad, sometidos á las leyes que rijen la tutela? En nuestra opinión—sigue diciendo LAURENT—la tutela de hecho no puede tener otros efectos que los que la ley le atribuye (N° 373). No es una tutela; es una gestión indebida. Es así, que no se puede aplicar á la madre y á su marido las disposiciones que rijen la tutela. El tutor está sometido á ciertas incapacidades (472, 907). ¿Resulta lo mismo con el tutor de hecho? La razón, sin duda, preguntaría: ¿no es absurdo que aquel que administra ilegalmente la tutela esté libre de las incapacidades que pesan sobre aquel que la administra legalmente? Este motivo ha arrastrado la doctrina y la jurisprudencia. Si uno se atiene al rigor de los principios, es necesario decidir, y aún sin vacilar, que no hay incapacidad legal sin ley; que si de ello resulta una consecuencia absurda, es necesario enviar el reproche al legislador. Sin embargo, el artículo 472 sería aplicable á la madre tutora, pues que ella está obligada á rendir cuenta en el momento en que pierde la tutela; de modo que ningún tratado puede intervenir entre ella y su hijo hasta que esta cuenta no haya sido rendida conforme á la ley.

En cuanto á la gestión ilegal que la madre ha continuado con su marido, son ciertamente responsables de ella; pero la nulidad establecida por el artículo 472 no recibiría ya explicación. A lo más, podría decirse que los tribunales tendrían el derecho de anular los tratados hechos con el fin de dispensar al tutor de rendir cuenta, como hechos en fraude de la ley, pudiendo el Juez pronunciar nulidades virtuales fundadas sobre la voluntad tácita del legislador. «¿Cuál es la suerte de los actos hechos por la madre cuando administra como tutora de hecho? El tutor legal representa al menor en todos los actos civiles (art. 450); y los actos que hace el límite de sus atribuciones, ligan al menor. En cuanto al tutor de hecho, no tiene ninguna calidad para representar al menor, pues los actos de gestión no pueden obligar á éste. ¿Pero quién puede prevalerse de la nulidad? Se estaría inclinado á decidir, desde luego, que la nulidad es radical y de orden público, puesto que es un usurpador de la tutela que administra. Si la tutela fuese, como se pretende, una institución de derecho público, sería necesario decidirlo así. A decir verdad, no se trata jamás sino de un interés privado, pues el menor solo puede invocar la nulidad. Es la aplicación de los principios generales que rijen las nulidades.»

Y por último, ¿cuál es la condición de la mujer divorciada que contrae segundas nupcias sin que

haya convocado previamente el consejo de familia? Contra la opinión respetable de DALLOZ, creemos que ella no incurre en ninguna falta cuando, al casarse otra vez no consulta el consejo, porque, en realidad, no era tutora, puesto que el marido tenía la patria potestad sobre la persona de sus hijos y la administración legal sobre los bienes de éstos; y, aún en el caso de que el divorcio haya sido obtenido por ella, y sea, á partir de ese divorcio, la tutora de sus hijos, nos parece que tampoco estaría obligada á convocar el consejo de familia para consultarle respecto de su nuevo enlace, con el fin de que el consejo la mantenga ó no en la tutela, puesto que, evidentemente, el artículo 395 no se refiere, y no puede referirse, sino al caso de la madre viuda, tutora natural de sus hijos menores; sencillamente, porque, en el momento de la redacción del artículo 395, no ha podido pensar el lejislador francés ni el dominicano, en el divorcio que entonces no existía.

Es indudable que, aunque la ley, por su alcance de previsión general tiene el carácter de eternidad y permanencia, mientras no sea derogada, y que, por tanto, rije el futuro, es infantilmente comprensible, que no puede abarcar sino los casos que entraron en la previsión del lejislador; es decir, los casos que constituyen fenómenos jurídicos de una institución de derecho previamente creada; pe-

ro jamás los casos jurídicos de instituciones que no existían en el momento de dictarse el canon legislativo.

III.

Conclusiones.

I—La madre viuda, tutora legítima de sus hijos menores, que contraiga segundas nupcias, y no haya consultado previamente al Consejo de familia, pierde de pleno derecho la tutela de esos hijos; pero conserva seguramente la guarda y educación de ellos.

II—Si la madre tutora—en las condiciones indicadas—pierde la tutela, no es responsable de su gestión indebida, sino su marido cotutor.

III—El nuevo marido, cotutor, es responsable tan solo de la gestión posterior al matrimonio.

IV—La gestión indebida, ejercida por la aludida madre tutora, no es en realidad una tutela de hecho, sino una simple gestión indebida.

v—La hipoteca legal que gravaba en favor de los menores los bienes de su madre tutora, no continúa subsistiendo después de haber perdido ella la tutela, al contraer un segundo matrimonio sin haber consultado previamente al Consejo de familia.

vi—La madre, no mantenida en la tutela, no la recobrará á la muerte del marido cotutor, ni en ningún otro caso, porque el principio general de las tutelas legales, es, que una tutela de esta clase, jamás puede suceder á una dativa.

vii—Aunque la madre no haya sido mantenida en la tutela, por la causa dicha, puede representar á sus hijos menores, con tal que éstos no invoquen la nulidad de los actos realizados por ella.

viii—La mujer divorciada que contrae segundas nupcias, sin que haya convocado previamente al Consejo de familia, no pierde la tutela de sus hijos menores, porque no estaba obligada á consultar Consejo alguno.

M. DE J. VIÑAS.

Santo Domingo, 20 Abril de 1912.

Admittatur.

El Presidente de Tesis,

ANGEL M. SOLER.

N. B. El Instituto Profesional no se hace solidario de las opiniones emitidas en las tesis, debiendo entenderse que estas opiniones corren por cuenta del sustentante. (Resolución del Consejo de Dirección, de fecha 9 de diciembre de 1899).

