

ARTÍCULO 1240. Hecho el nombramiento, el Juez con audiencia del Promotor, si no tuviere el menor con anterioridad curador para pleitos, y con la de éste en lugar de aquel, habiéndolo, determinará la fianza que el curador nombrado haya de prestar.

ARTÍCULO 1241. La misma audiencia deberá tener lugar para apreciar y aprobar la fianza que se prestare.

ARTÍCULO 1242. Aprobada la fianza, se discernirá el cargo al nombrado.

Estos artículos disponen lo mismo que el 1224, 1225 y 1227; véase por tanto, el comentario de estos. Solo advertiremos, que hecho el nombramiento, debe notificarse al nombrado para su aceptación, sin juramento; y aceptado que sea, se procederá a la prestación y aprobación de la fianza. También, antes de discernirse el cargo, ha de practicarse lo que ordenan los arts. 1261 y 1269, teniendo además presente lo que disponen el 1264 y siguientes.

SECCION TERCERA.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

Nuestras leyes, como las de todos los países, dispensando a las personas desvalidas la protección especial que les debe la sociedad, han dispuesto se provea de curador a todos los que, aun siendo mayores de edad, por impedimento físico ó moral se hallen en la triste condición de no poder gobernarse por sí mismos. Se denomina *ejemplar* esta curaduría, porque fué introducida á semejanza y ejemplo de la de los menores; y por regla general se dá para que el curador cuide de la persona y bienes del incapacitado.

La ley 13, tít. 16, Part. 6.^o establece dicha curaduría bajo iguales condiciones que la de los menores sin otra diferencia que la de que "los que son en su acuerdo, non pueden ser apremiados que reciban tales guardadores, si non quisieren," fuera del caso en que tengan que comparecer en juicio. No debe, por tanto, consultarse la voluntad de los incapacitados para proveerles de curador, como lo exige su lamentable estado.

Las mismas circunstancias son necesarias para ser curador ejemplar, que para serlo *ad bona*, y por las mismas causas pueden escusarse y ser removidos. Sobre este punto no ha hecho novedad la nueva Ley de Enjuiciamiento. Tampoco lo ha hecho en cuanto á las personas que están sujetas á esta curaduría, pero sí respecto de los que deben desempeñar el cargo, como veremos en los siguientes comentarios.

ARTÍCULO 1243. El nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el Juez del domicilio del que lo necesitare, luego que tenga noticia de su incapacidad.

ARTÍCULO 1244. A este nombramiento deberá preceder justificación cumplida de la incapacidad.

Siguiendo la práctica antigua, el primero de estos dos artículos confiere al Juez del domicilio del incapacitado la competencia para proveerle de curador ejemplar, porque

ningun otro podría hacerlo con mas oportunidad, ni con mayor acierto. Añade que deberá hacer dicho nombramiento luego que tenga noticia de la incapacidad del que lo necesitare; pero debiendo preceder la justificación cumplida de esta circunstancia (art. 1244.) Se vé, pues, que el Juez puede proceder, tanto de oficio, como á instancia de parte interesada ó del Promotor fiscal: por cualquier medio que tenga noticia de la incapacidad, podrá hacer el nombramiento, previa la justificación de aquella en la forma que luego diremos. Sin embargo, los Jueces deben obrar con mucha prudencia en estos casos, absteniéndose de proceder de oficio sin un motivo racional que reclame su intervención. El artículo que comentamos dice terminantemente que el Juez del domicilio hará el nombramiento de curador ejemplar del que lo necesitare; luego no debe hacerlo cuando no lo necesite el incapacitado por estar bien asistido de su familia, ó por otras causas que el Juez apreciará con su prudencia.

Nada dice la nueva ley acerca de las personas á quienes debe nombrarse curador ejemplar; dá por supuesto que ha de ser á los incapacitados para gobernarse por sí mismos, ó para administrar sus bienes, que lo necesiten. Debe estarse, por tanto, á lo que el derecho civil y penal dispone sobre este punto; y como no está bien definido por nuestras leyes, creemos conveniente examinar con alguna detención lo que éstas y la jurisprudencia tienen establecido.

"Curatores, dice la ley 13, tít. 16, Part. 6.^o, son llamados en latin aquellos que dan por guardadores á los mayores de 14 años, ó menores de 25 años, seyendo en su acuerdo. E aun á los que fuessen mayores, seyendo locos ó desmemoriados." Y con referencia á estas palabras, dice Gregorio López en su glosa 1.^a á la misma ley: "AEquiparat furiosum et mente captum, prout semper fit in istis legibus Partitarum." Comprenden dichas denominaciones á todos los que padecen de enajenación mental, en cualquiera de sus tres grados de imbecilidad, demencia y furor. La primera es una debilidad extrema del entendimiento causada por la falta ú olvido de las ideas; la segunda es la enajenación de las facultades intelectuales, con pérdida de la razón y del juicio; y el furor es la demencia en su mas alto grado, con agitaciones en el que la sufre, peligrosas para él y para las demás.

Peo aunque la ley citada solo habla de estas clases de personas, tan desgraciadas como desvalidas, en otras leyes se dá por supuesto que tambien están sujetos á curaduría los sordos, los mudos y los pródigos (1), los cuales están equiparados á los menores y á los dementes. Respecto á los sordos y mudos, debe entenderse de aquellos que carecen de perfecto entendimiento, pues si tienen la inteligencia suficiente para gobernarse por sí mismos, no debe dárseles curador, como opina Gregorio López (2), y es la opinion comun. Así es que en la práctica, y segun la jurisprudencia establecida, solamente se dá curador á los sordo-mudos de nacimiento, sobre todo cuando no saben leer ni escribir. El Juez en estos casos debe apreciar las circunstancias que concurren en la persona del que se crea incapacitado, para resolver si necesita ó no curador, y lo mismo respecto de los pródigos.

Están tambien hoy sujetos á curaduría los condenados á la pena de *interdiccion civil*. Segun el art. 41 del Código penal, "la interdiccion civil priva al penado, mientras la está sufriendo, del derecho de patria potestad, de la autoridad marital, de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos;" exceptuándose los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos, como sucede en el del artículo 374 del mismo Código. Si, pues, el penado á la interdiccion civil está privado de la administración de sus bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vi-

1. Ley 60 al fin, tít. 18, Part. 3.^a, y la ley 5.^a, tít. 11, Part. 5.^a

2. Glosa 10 á la ley 60 ántes citada.

vos, es necesario se le provea de curador, al cual podrá conferirse también la tutela ó curaduría de los hijos del mismo, puesto que también se le priva de la patria potestad. Por último, está admitido en la práctica nombrar curador para los bienes del ausente, cuyo paradero se ignora, que están abandonados. Aunque no hay ley terminantemente sobre ello, dicha práctica está fundada en el principio de que la autoridad debe procurar la conservación de los bienes de aquellas personas que no pueden cuidarlos por sí, y se deduce también de algunas disposiciones legales. La ley 4.^a, tít. 29, Part. 2.^a manda que se guarden los bienes de los cautivos, mientras estén ausentes, por sus parientes más próximos, que inspiren confianza; y á falta de éstos, por hombres buenos elegidos por el Juez. La 12, tít. 2.^o, Part. 3.^o establece que habiendo de presentarse demanda contra el cautivo ó ausente (ignala la condición de ambos), dé el Juez á los bienes un guardador ó curador, ó varios, si fuesen muchos los bienes, y que este guardador defienda al ausente como demandado ó demandante; por lo que tal guardador se llama también *defensor del ausente*. Y Gregorio López, en la glosa 2.^a á la ley 14, tít. 14, Part. 3.^o, que determina la prueba de la muerte de un ausente, preguntando qué deberá hacerse cuando esto no puede probarse, pero se ignora si vive el que está ausente por mucho tiempo, contesta: «*De consuetudine est, quod dantur ejus bona propinquieribus cum fide jussoribus . . . et debent tales propinquieres recipere, ut curatores bonorum*» Lo que acabamos de esponer ha de entenderse sin perjuicio de lo que para el caso de muerte presunta del ausente dispone la ley 14 últimamente citada.

De conformidad con la doctrina espuesta, los arts. 278 y 289 del proyecto de Código civil dicen: «Se dá curador al mayor de edad, incapaz de administrar sus bienes por sí mismo. Son incapaces de administrar sus bienes por sí mismo. Son incapaces de administrar sus bienes: el loco ó demente, el sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, el pródigo y el que está sufriendo la interdicción civil.» Y en los arts. 310 y 312 se dice que cuando una persona desaparece del lugar de su domicilio sin dejar apoderado, y se ignora su paradero, el Juez podrá nombrar persona que la represente en caso de urgencia, y dictará las providencias oportunas para asegurar sus derechos é intereses.

Resumiendo lo espuesto resulta, que debe nombrarse curador ejemplar á los mayores de edad, que son incapaces de administrar sus bienes por sí mismos, y que se hallan en este caso:

- 1.^o Los locos ó desmemoriados, ó sea los imbéciles, dementes y furiosos.
- 2.^o Los sordo-mudos, que no saben leer ni escribir, ó que, aun sabiendo, carecen de inteligencia bastante para administrar sus bienes.
- 3.^o Los pródigos, declarados tales.
- 4.^o Los condenados á la pena de interdicción civil.
- Y 5.^o Los ausentes, cuyo paradero se ignora, que no tienen apoderado y están sus bienes en absoluto abandono.

Debemos, no obstante, advertir, que el curador de los locos y sordo-mudos, no solo debe cuidar de los bienes, sino también, y aun con preferencia, de la persona, procurándola los medios necesarios para su curación; no así respecto de los restantes, pues debe limitarse á cuidar de los bienes.

Al nombramiento de curador ejemplar debe preceder *justificación cumplida* de la incapacidad del que lo necesite. Así lo dispone el art. 1244, dando á entender que no debe procederse en estos casos por presunciones; sino que es indispensable sea *cumplida* ó plena la justificación de la incapacidad. Muchos casos se han visto de personas que, estando en el pleno goce de su razón, han sido denunciadas como dementes por los que, llevados de pasiones mezquinas, tenían interés en arrebatárles la administración de sus bienes ó privarles de su libertad natural. A corregir estos abusos se dirige la disposi-

ción de que tratamos: los Jueces, por tanto, deben ser tan rígidos en su observancia, como lo exige la gravedad del asunto.

Pero, aunque la Ley ordena que sea plena la justificación de la incapacidad, nada dispone acerca del procedimiento que haya de emplearse. Nuestros lectores comprenderán la conveniencia de fijar dicho procedimiento, y mas cuando no puede ser enteramente igual en todos los casos. Lo haremos con sujeción á las disposiciones generales de la presente Ley de Enjuiciamiento, y á lo que, de acuerdo con la misma, tiene admitido la práctica moderna.

Para el nombramiento de curador á *imbéciles, dementes ó furiosos, y á sordo-mudos*, el Juez, á instancia de parte, y también de oficio cuando sea el caso notorio, recibirá información de testigos de probidad é imparciales en crédito de la incapacidad, y mandará que el supuesto incapaz sea reconocido por dos facultativos idóneos. El Juez podrá también verle é interrogarle, asistiendo á dicho reconocimiento ó como crea mas prudente, á fin de adquirir el convencimiento de que es cierta tal desgracia. Estas justificaciones se practicarán con citación y audiencia del Promotor fiscal en todo caso, y con la del pariente más próximo de aquel, cuando no sea este mismo pariente quien haya instado el procedimiento. Si estos no se oponen, y aun cuando se opongan, si resulta cumplidamente justificada la incapacidad, el Juez, declarándolo así en providencia fundada, hará el nombramiento de curador ejemplar; con sujeción á lo que disponen los arts. 1245 y siguientes.

Podrá suceder que se empeñe cuestión sobre la existencia de la incapacidad, y consiguiente nombramiento de curador ejemplar. Lo natural y lo conforme á los buenos principios sería que en tal caso se sustanciara la oposición en juicio ordinario, como se previene en los arts. 1230, 1236 y 1260 respecto del nombramiento de tutores y de curadores para bienes y pleitos. No alcanzamos la razón que habrá tenido la ley para no establecer lo mismo acerca del nombramiento de curadores ejemplares, cuando, en nuestro concepto, había más necesidad de ello en este que en aquellos casos. Por otra parte, según el art. 1209, la regla 7.^a del 1208, que previene se haga contencioso el expediente siempre que se promueva oposición, no es aplicable á los actos de jurisdicción voluntaria, de que se hace mención especial en la ley, en cuyo caso se halla el de que tratamos. Por estas razones no puede hacerse contencioso el expediente sobre nombramiento de curador ejemplar á los locos y desmemoriados.

Pero la misma Ley autoriza otro medio, que hasta cierto punto podrá suplir al de la vía ordinaria. En el caso supuesto, el Juez deberá dar audiencia al que se oponga con personalidad bastante, y admitir las justificaciones que ofreciere, conforme á lo que disponen las reglas 3.^a, 4.^a y 6.^a del citado art. 1208; y deberá darla al mismo supuesto incapaz, cuando sea este el opositor, ó la reclame, como sucede con frecuencia, pues estando legalmente en el goce de sus derechos civiles, mientras no recaer la declaración de su incapacidad, no hay razón para dejar de oírle y admitir las justificaciones que ofrezca. El Juez apreciará lo espuesto por las partes y por el Promotor fiscal, y las pruebas que hubieren suministrado, y si estima plenamente justificada la incapacidad, accederá al nombramiento de curador; desestimándolo en otro caso. El que se crea agraviado podrá apelar de la providencia, é interponer en su caso el recurso de casación, debiendo admitirse la apelación en uno ó en ambos efectos, según sea el opositor, ó al que promovió el expediente, quien la interponga; todo con sujeción á lo que prescriben las reglas 10 y siguientes de dicho art. 208.

Respecto de los *ausentes*, la justificación se limitará á la ausencia é ignorado el paradero, y al abandono de los bienes, observándose el procedimiento espuesto anteriormente para el caso de incapacidad por demencia.

Para el nombramiento de curador del condenado á la interdicción civil, basta un testimonio de la sentencia ejecutoria en que se le haya impuesto pena.

Y en cuanto á los *pródigos*, según la opinión común en la práctica antigua, debía hacerse en juicio contradictorio la declaración de prodigalidad ó interdicción de sus bienes, siendo consecuencia de ello el nombramiento de curador ejemplar. La razón de este procedimiento es muy atendible. El *pródigo*, fuera de la pasión dominante que le impele á malversar sus bienes, es hombre de razón cumplida; no es como el demente, que carece de ella. La incapacidad de éste es natural y notoria; la de aquel solo existe por virtud de la declaración judicial. Así es que mientras no se intente ó recaiga esta declaración son válidos los actos de la vida civil del *pródigo* al paso que no pueden sostenerse los celebrados por el que se halla en estado de demencia. Debe por tanto, ser oído y vencido en juicio el *pródigo* para ser privado de su estado civil, de la libertad natural de disponer de lo suyo, pues acaso lo que se cree prodigalidad sea efecto de una desgracia ó de otras causas poderosas, á cuyo impulso no pueda ó no deba resistir.

Siguiendo esta doctrina, y consultando el interés y tranquilidad de las familias, el proyecto del Código civil en su art. 300 establece que «la demanda de interdicción por causa de prodigalidad no podrá intentarse sino por el cónyuge y heredero forzoso; y en el caso de hallarse estos en la menor edad ó en estado de incapacidad por el ministerio fiscal de acuerdo con el consejo de familia. El juicio se seguirá con el *pródigo*, y cuando este no se presente, el tribunal le nombrará defensor.» [Escelente doctrina, que quisieramos ver adoptada en la práctica.]

Pero la nueva Ley de Enjuiciamiento, no obstante haber reformado en algunos puntos el derecho civil, como veremos en el siguiente comentario, nada ha estatuido expresamente para el caso de que tratamos. Y como el caso se presta á dudas, y no hay uniformidad en la práctica creemos conveniente determinar el procedimiento que haya de seguirse para la declaración de prodigalidad, y consiguiente nombramiento de curador ejemplar.

Hay quien opina y sostiene que en el día, para hacer dicho nombramiento, basta que se suministre en acto de jurisdicción voluntaria, y sumariamente por tanto, una justificación cumplida de la prodigalidad, como por regla general lo establece el art. 1244, que estamos comentando, para todos los casos de incapacidad, sin hacer distinción alguna. No nos parece acertada esta opinión, que sería, sin embargo, aceptable si pudiera convertirse en contencioso el expediente luego que se opusiera el supuesto *pródigo*, ú otra persona interesada; pero no puede darse lugar por este medio á la vía ordinaria, en razón á que como ya hemos dicho, el art. 1209 prohíbe aplicar á estos actos la regla del 1208.

Es verdad que el citado art. 1244 no hace distinción de casos; pero dá por supuesta la existencia de la incapacidad, y en tal concepto previene que al nombramiento de curador preceda justificación cumplida de aquella, sin determinar la forma ni clase de esta justificación. No trata de la declaración de incapacidad; sino del nombramiento de curador, supuesta aquella. Ahora bien; ¿puede reputarse incapaz al *pródigo ipso facto*, como lo son los dementes y los menores; ó es necesario que preceda la declaración judicial de la prodigalidad, para que se le tenga por incapaz? Esta es la cuestión, y en este terreno debemos examinarla.

Nuestras leyes, siempre que hablan del *pródigo* en relación con su estado civil, suponen la interdicción judicial ó declaración previa de prodigalidad. La ley 13, tít. 1.º, Partida 6.ª, cuya rúbrica es «Quien puede hacer testamento, ó quien non,» al determinar las personas que no pueden hacerlo, dice: «nin el desgastador de lo suyo, á quien *oviesse defendido* (prohibido) el Juez que non enajenase sus bienes; pero si antes de tal de-

fendimiento oviesse fecho testamento, valdria.» Y nótese en esta misma ley, que al hablar de los impúberos, y de los que padecen de enajenación mental, la prohibición es absoluta. En igual sentido se expresa la 9 del propio título y Partida: declara simple y absolutamente que no pueden ser testigos en los testamentos los menores de 14 años, los mudos, los sordos, ni los locos mientras estuvieren en locura; y al hablar de los *pródigos* dice: «Nin aquellos, á quien es defendido que non usen de sus bienes, porque son desgastadores dellos en mala manera.» La ley 5.ª, tít. 11, Part. 5.ª, declara nulas las obligaciones que los *pródigos* otorgaren sin consentimiento de su guardador, *despues que los "fuesse defendido del Juez del lugar, que non usassen de sus bienes;"* pero no las que hubiesen celebrado antes de esta prohibición, al paso que la ley anterior establece la nulidad de las obligaciones y contratos de los locos ó desmemoriados, por el solo hecho de serlo, y sin necesidad de declaración previa de su incapacidad.

La diferencia que, como hemos visto, establecen nuestras leyes entre el loco y el *pródigo*, es racional y filosófica. El loco, como carece de razón, por el mero hecho de serlo queda incapacitado; su semblante, sus palabras y acciones revelan ordinariamente el lamentable estado de su juicio, y nadie, que proceda de buena fé, tratará con él seriamente. El *pródigo* no se encuentra en iguales circunstancias: su razón es cumplida, y su porte en sociedad es de ordinario como el de cualquiera otro hombre de su clase. Por estas y otras consideraciones, la ley no ha podido menos de decretar por sí la incapacidad del demente, que por esto puede llamarse legal, y produce su efecto *ipso facto*; la del *pródigo* es judicial, y no puede surtir su efecto, sino despues que el Juez la haya decretado. Hecha esta declaración judicial, el *pródigo* se equipara en derecho al loco y al menor; pero mientras no existe la interdicción, el *pródigo* es hombre *sui juris*, y está en el goce de sus derechos civiles.

Esto supuesto, ¿en qué forma deberá hacerse la declaración judicial de prodigalidad? ¿Podrá decretarse en acto de jurisdicción voluntaria? De ningún modo, en nuestro concepto. Ya hemos dicho que los artículos que comentamos, dando por supuesta la incapacidad, tratan solamente del nombramiento de curador ejemplar: luego sus disposiciones no son, ni pueden ser aplicables á la declaración de incapacidad. No se establecen tampoco para ella trámites especiales: es necesario por tanto seguir la regla general del artículo 221, y dar al juicio la tramitación ordinaria, lo mismo que se hacia en el procedimiento antiguo. Pues qué, ¿importa menos al hombre la privación de su estado civil, que la de una finca, ó el pago de unos cuantos maravedises? Y luego que en juicio ordinario se obtenga por ejecutoria la declaración de prodigalidad, y se prive al *pródigo* de la administración de sus bienes, se tendrá la justificación cumplida de la incapacidad, que exige el artículo 1244 para decretar el nombramiento de curador ejemplar.

Aun haremos una reflexión, y es la última, á los que sostienen la opinión que combatimos. ¿Nombrarían curador ejemplar al que haya cometido un delito por el que merezca la pena de interdicción civil, solo en vista de la justificación del hecho, por mas cumplida que sea, sin esperar al resultado de la causa criminal? Creemos que no incurrirán en tal absurdo; y á él debía conducirles el principio que sostienen, pues si en el caso de prodigalidad basta, según ellos, la justificación cumplida del hecho, dada en acto de jurisdicción voluntaria, lo mismo debía ser en el otro caso.

Repetiremos; por último, que la equivocación nace de dar una interpretación violenta á las palabras de la ley. El art. 1244 exige la justificación cumplida de la incapacidad; no del hecho que la produzca consecuentemente y como por vía de pena. El loco es incapaz *ipso facto* por la naturaleza y por la ley, y por esto basta justificar la demencia para que se le provea de curador; pero la incapacidad no existe legalmente en el *pródigo*, ni en el que merece la pena de interdicción civil, sino desde que por sentencia

ejecutoria, dictará en el juicio correspondiente se impone á éste dicha pena y se priva á aquel de la administración de sus bienes.

En apoyo de nuestra opinión viene también la Ley hipotecaria, que empezará á regir en 1.º de Enero de 1863. Esta Ley, al determinar los actos y títulos sujetos á inscripción en el registro de la propiedad, ordena en el número 4.º del art. 2.º que se inscriban "las ejecutorias en que se declare la incapacidad legal para administrar, ó la presunción de muerte de personas ausentes, se imponga la pena de interdicción ó cualquiera otra por la que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto á la libre administración de sus bienes." Supone, pues, dicha ley, que la incapacidad legal para administrar, que es la que en su caso tienen los pródigos, no la natural propia de los locos, ha de declararse por ejecutoria, y por ejecutoria se entiende la que es dictada en juicio contradictorio. Luego que esta haya recaído, se harán la inscripción en el registro y el nombramiento de curador, sirviendo la misma ejecutoria de justificación cumplida de la incapacidad.

El que haya propuesto la demanda para que se declare la incapacidad del pródigo y se le prive de la administración de sus bienes, puede pedir al mismo tiempo que se haga en el registro de la propiedad la anotación preventiva, á fin de asegurar los efectos de la sentencia que pueda recaer en el juicio; y aun también puede decretarse de oficio, cuando no hubiere interesados que la reclamen, siempre que el Juez, á su prudente arbitrio lo estime conveniente, como previenen los arts. 42, núm. 5.º y 43, párrafo último de la citada Ley hipotecaria. De este modo se evitará que el supuesto pródigo ó incapaz siga malversando sus bienes durante el juicio. Y si ejecutoriamente fuere desestimada la demanda de incapacidad, se cancelará la anotación preventiva, teniendo presente también para todo ello lo que disponen los arts. 45, 73 y núm. 4.º del 74 del Reglamento para la ejecución de dicha Ley.

Concluirémos este comentario indicando, que en el momento en que cese la incapacidad, debe cesar también el curador ejemplar en su cargo. El expediente, que á este fin se instruya, deberá seguir los mismos trámites que el que se formó para el nombramiento de curador. Así, luego que el loco recobre su razón, justificado esto cumplidamente en acto de jurisdicción voluntaria, bien á instancia del mismo, ó del Promotor fiscal, ó de cualquiera otra persona con personalidad para ello, se le devolverá la administración de sus bienes, dando por terminado el cargo del curador. Abona este procedimiento la regla 9.ª del artículo 1208. Si la incapacidad se decretó en juicio contradictorio, no podrá levantarse la interdicción sino en otro juicio igual. Y la curadoría del condenado á la pena de interdicción civil cesará luego que espere el tiempo de la condena. No se confunda esto con la remoción del curador por sospechoso, de la que hablaremos en el comentario del art. 1276.

ARTICULO 1245. Este nombramiento deberá recaer por su orden en las personas que á continuación se expresan, si tuvieren la aptitud necesaria para desempeñarlo: padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado.

ARTICULO 1246. Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras y el mayor á la menor. Concurriendo abuelos paternos y maternos serán también preferidos los varones á las hembras, y en el caso de ser del mismo sexo, los que lo sean por parte del padre á los que lo fueren por la de la madre.

ARTICULO 1247.

No habiendo ninguna de las personas indicadas en el artículo precedente, ó no siendo aptos para la curatela, el Juez podrá nombrar á la que estimare mas á propósito para desempeñarla, prefiriendo, si reunieren la necesaria capacidad, las que sean parientes, ó amigos íntimos del incapacitado ó de sus padres.

"Reformas importantes hizo (la Comisión que redactó la Ley de Enjuiciamiento civil), respecto á las personas llamadas á desempeñar la curadoría, entrando en el terreno del derecho civil por la necesidad urgente que habia de arreglar una materia escasamente definida en nuestro antiguo derecho escrito. Ninguna disposición se encuentra en él, que permitiera conferir la curadoría á la mujer y á la hermana del incapacitado: antes por el contrario ambas estaban escludidas de este cargo, que como público y viril, por regla general rechazaba á las mujeres, sin mas escepciones que las expresamente en él establecidas. Tampoco ordenaban nuestras leyes la curadoría legítima, sino solo la dativa, y como consecuencia de esto, ni señalaban hasta qué grado habian de ser llamados los parientes, ni fijaban el orden gradual con que debian desempeñarla. La práctica, supliendo á la ley, ó mas bien corrigiéndola, confiaba la curadoría á la mujer del incapacitado, pues que por su cariño, por su interés, y por el bien de toda la familia era frecuentemente la mas á propósito para su desempeño. La Comisión aceptó esta práctica, ó introdujo de nuevo que pudieran también ser curadoras las hermanas, esperando mas de su ternura, que de parientes menos próximos, interesados quizá en que no recobre su razón el que, cuerdo, puede privarles de la herencia, que muriendo en la enajenación puede tal vez pertenecerles. Esta es la causa por que la Comisión no llamó á la curadoría de los incapacitados á los que estaban fuera del segundo grado de parentesco: el Juez podrá nombrarlos en defecto de los designados por la ley; pero esto supone un exámen especial de las circunstancias que los adornan. La investigación del Juez es en este caso una garantía de que serán consultados los verdaderos intereses del que se halla en la triste condicion de necesitar quien le dirija. En el mismo caso están los amigos del incapacitado ó de sus padres."

Hemos creído conveniente transcribir estas autorizadas palabras de un ilustrado individuo (1) de la misma Comisión de Códigos á que se refieren, porque ellas demuestran la reforma que los precedentes artículos han hecho en nuestro antiguo derecho civil, y la justa razón de esta reforma. Por lo demás, el contesto de dichos artículos es claro, y no necesitan de nuestro comentario para su recta aplicación, teniendo presente que la aptitud de los curadores ejemplares se rige por las mismas reglas que la de los tutores y curadores para los bienes.

Solo haremos notar que no hacen mención de que puedan nombrarse curadores testamentarios á los incapacitados. La ley 13, título 16, Partida 6.ª, hablando de los curadores en general, así de los menores como de los incapacitados, dice: "Otrosí decimos, que el curador non deve ser dexado en el testamento; pero si fuere y puesto, é el Juez entendiere que es á pro del mozo, dévelo confirmar." La jurisprudencia de acuerdo con esta ley, tenia establecido que el Juez confirmara el nombramiento de curador para un incapacitado, hecho por su padre en testamento ó por la madre ú otra persona que le instituyera su heredero. No creemos pueda ni deba considerarse modificada esta jurisprudencia por la nueva Ley, cuyo objeto, en los artículos de que tratamos, ha sido solo el reglamentar la curadoría legítima de dichas personas, no definida en nuestro antiguo derecho. Estando, como están equiparados los incapacitados á los menores, el Juez debe, en nuestro concepto, y como lo aconsejan la razón y la conveniencia, discernir el cargo al curador ejemplar nombrado en testamento, si entiende que es útil al incapacitado, sujetándose en tal caso á las reglas que establecen los arts. 1231 á 1235.

1. Sr. Gomez de la Serna, Exposición de Motivos de la ley de Enjuiciamiento civil pág. 223.