

discutir se estiende á toda la tramitacion desde que se promueve el expediente.

Pero el *art. 1218* la limita al derecho á percibir los alimentos y á su entidad, de modo que si sobre otra cosa es posible discutir, se permitirá sin duda. No es ese, sin embargo, el pensamiento de la *Ley*; ha querido esta, segun ya hemos manifestado anteriormente, impedir que se opongan obstáculos á la imperiosa necesidad de alimentarse, y por esa causa, si bien permite á los interesados que presenten documentos y den justificaciones, *regla 6.ª, art. 1208*, les deniega la discusion, ordenando que las reclamaciones sobre uno ú otro punto, se sustancien en juicio ordinario, sin perjuicio de continuar pagando los alimentos hasta la resolucion definitiva que en el juicio contencioso recaiga.

Ya en otras ocasiones hemos indicado que la frase *juicio ordinario*, de que usa la *Ley* cuando ordena la sustanciacion, transmitiéndola de un juicio especial á aquel, quiere significar juicio declarativo con arreglo á la cuantía litigiosa; porque si el punto alimenticio versase sobre interés menor de 3000 rs., no sería justo ni razonable que por haber comenzado por solicitud en concepto de acto de voluntaria jurisdiccion, tuviera que sustanciarse lenta y pausadamente á menos que los alimentos sean por tiempo ilimitado.

### TITULO III.

#### DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES, Y DEL DISCERNIMIENTO

#### DE ESTOS CARGOS.

#### Observaciones.

Asi como la declaracion de acto de voluntaria jurisdiccion, consistente en condenar al pago de alimentos provisionales, constituye una novedad en el derecho, no sucede asi con todo lo relativo á nombramiento de tutores y discernimiento de estos cargos, cuando no se promueve pendiente ya un juicio contencioso; porque asi los calificó la jurisprudencia romana, y como tales la reconocieron tambien las leyes españolas.

Indicamos estas ideas, á fin de hacer una distincion que evitará tal vez contestaciones y discordias en los tribunales; porque no será de estrañar que se crea por algunos, que siempre que haya que nombrar tutor ó curador de cualquiera de las clases mencionadas en el *título 3.º*, habrá que recurrir al juez de primera instancia para que ante él pasen las diligencias procedentes. Cuando penda pleito en el que tenga que hacerse nombramiento de curador al menor, se practicarán las diligencias oportunas en el juzgado ó tribunal en donde se sigan los autos.

Por lo demas, si la *Ley de enjuiciamiento* se hubiese limitado á la sola tramitacion que se propusiera establecer, ó bien sobre la eleccion, ó bien acerca del discernimiento á los tutores ó curadores nombrados, leves defectos pudieran notarse en verdad, mucho menores que los particulares dignos de elogio, que la misma *Ley* encierra; pero con sentimiento nos vemos obligados á manifestar, en primer lugar, que comprende el *título 3.º*, no pocas disposiciones derogatorias de otras de derecho civil, estralimitándose al hacerlo el Gobierno, de las facultades que las Cór-

tes le concedieron; y segundo, que deteniéndose en enumerar casos para sentar reglas especiales, no precave todo lo que fácilmente puede ocurrir; por lo que será necesario suplir el vacío que deja la *Ley* por razones de analogía.

Es sin embargo digno de elogio el interés con que la *Ley* procura asegurar los bienes de los menores ó de los reputados tales, confiando á los jueces una facultad arbitral con relación á las fianzas; facultad que nosotros hubiéramos hecho extensiva sin gran vacilación á toda clase de tutores; porque si bien es verdad que valen mucho la confianza que la *Ley* deposita en los padres, y la probabilidad de que estos elijan excelentes tutores para sus hijos, no es menos cierto que suele el tiempo cambiar las costumbres; que suelen las circunstancias variar los instintos y las condiciones de los hombres. Con más frecuencia que la que ha de suponerse acontecerá que, tutores elegidos por sus buenos antecedentes, por su intachable conducta, en el largo plazo de la duración de la tutela se dejen arrastrar por pasiones bastardas y defrauden sus intereses á los menores.

No es menos acertada la intervención que se concede al Ministerio fiscal en la parte relativa á la calificación de las fianzas. No es esta una idea nueva para nosotros su conveniencia, la hemos sostenido en varias ocasiones de palabra y por escrito; y con especialidad en el tratado de la ORGANIZACIÓN, ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL MINISTERIO FISCAL.

#### SECCION PRIMERA.

##### DEL NOMBRAMIENTO DE TUTORES.

ART. 1219. *Acreditado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, se le discernirá el cargo por el Juez sin exigirle fianzas, si se le hubiere dispensado de ellas.*

ART. 1220. *No habiendo relevación de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse.*

Reconoce la *Ley de enjuiciamiento* que el primero, á quien con más justos títulos debe concederse la facultad de nombrar tutores, es al padre para sus hijos. Pero el *art. 1219*, que de ello se ocu-

pa, al usar la palabra *padre*, no le califica, y puede por tanto preguntarse si se refiere lo mismo al legítimo, que al natural ó al adoptante. Pero como debe suponerse que la *Ley de enjuiciamiento* se somete en esta parte á las disposiciones de las leyes civiles, se entenderá que hace referencia al padre, que según aquellas tiene facultad para nombrar tutor ó curador *según la edad* en que se halle.

*Acreditado el nombramiento de tutor.* ¿Y cómo se acredita? Dice el *art. 1219*, que se haya hecho por el padre en última disposición; de manera que tendrá que presentarse testimonio de la disposición testamentaria, sea solemne ó codicilar, ó practicada por comisario con poder especial, de la que resulte el nombramiento. ¿Y quién promueve el expediente sobre nombramiento de tutor ó de discernimiento, cuando ya le tuviere nombrado? Necesitamos recordar para contestar esa pregunta, lo que la *Ley de enjuiciamiento* ordena al tratar de las testamentarias en que ha sido nombrado heredero algún menor, y de lo que dispone al tratar de la apertura de los testamentos. Según el *art. 407*, há lugar al juicio necesario de testamentaria, cuando hubiere herederos menores, si el testador no dispuso lo contrario. Mas, como para que esto se sepa, es preciso tener conocimiento de la disposición testamentaria, se hace indispensable la presentación de testimonio del testamento elevado á escritura, si se otorgó de palabra, y si fuere cerrado, que se haya abierto con las formalidades necesarias. Pero el juez tiene otro deber que cumplir anterior á la escitación que puede hacerse con presencia del testamento, el de prevenir el abintestado, si no tiene noticia de que su causante falleció testado. Este, sin embargo, no es el caso de que tratamos; en él tiene que proveerse al menor de tutor, á virtud de lo dispuesto en el *art. 353*.

En el de que conste que hay testamento, acordará el juez que se prevenga la testamentaria, y una de las primeras providencias deberá ser la fijación de testimonio de aquel, sin necesidad de que ninguna de las partes lo pida; y como de ese documento ya resultará que el padre dejó nombrado tutor, claro es que el juez tiene que proveer el discernimiento del cargo. Si la disposición testamentaria contuviere la cláusula prohibitiva de la intervención judicial, como que el juez no puede obrar de oficio, y

debe por tanto sobreeser en las diligencias comenzadas, será indispensable que por parte de los testamentarios se solicite el discernimiento del cargo al tutor para que el juez le decrete y le practique.

*Se le discernirá el cargo por el juez.* Esta diligencia reducida principalmente á ratificar en cierto modo el nombramiento hecho por el padre, y á espresar las facultades legales que al tutor competen, pudiera dispensarse, si no fuera porque con ella se propone la *Ley* facilitar á los tutores un título que acredite su legitimidad personal, en todos los actos en que debe intervenir representando al menor.

*Sin exigirle fianzas si se le hubiere dispensado de ellas.* Todos los tutores, segun el *art. 1219*, estan obligados á dar fianzas proporcionadas al caudal que hayan de administrar, sobre lo cual puede verse el *Comentario al art. 1224*. Pero la *Ley de enjuiciamiento* faculta al padre para dispensar de ellas al tutor; asi es que para acordar el discernimiento, debe tenerse presente si el padre relevó ó no de fianzas. En el primer caso, si el juez no encuentra alguna tacha legal, dictará providencia, mandando desde luego discernir el cargo, haciéndoselo saber al tutor para que se presente sin necesidad de exigirle aceptación, supuesto que la tutela es un cargo obligatorio: en el segundo, acordará que se comuniquen los autos al promotor fiscal, para que emita dictámen respecto á la cantidad en que debe fijarse la fianza.

**ART. 1221.** *Si la madre, á falta de padre hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá tambien el cargo al nombrado sin fianza si hubiere sido relevado de ella por la misma madre.*

**ART. 1222.** *Lo prevenido en el artículo anterior se observará tambien respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia.*

**ART. 1223.** *En los casos de que hablan los dos artículos precedentes, puede el Juez exigir fianzas al tutor nombrado, aun cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.*

Ya hemos indicado que la *Ley de enjuiciamiento* descende alguna vez á tratar materias de derecho civil, y esto se vé pal-

pablemente en los artículos que preceden. Podrá disculparse esa invasion en campo ageno por la conveniencia de fijar presupuestos para determinar lo que los jueces deben hacer con los tutores, segun el origen de sus nombramientos.

Ya la *ley 6, tit. 16, Part. 6.<sup>a</sup>*, habia declarado, que cuando la madre nombrase en testamento ó codicilo tutor á su hijo, huérfano de padre, el juez tuviera que confirmar necesariamente el nombramiento toda vez que le instituyera heredero en todos sus bienes; pero que si tan solo le dejaba alguna parte por dicho título, necesitaba la confirmacion del juez, siendo este libre para hacerlo. Ciertamente que la segunda parte de la disposicion de la ley de Partida, no podia tener efecto gozando los hijos el concepto de herederos forzosos; pero como quiera que esto sea, el *art. 1221* reforma esencialmente la doctrina de la ley de Partida, supuesto que equipara al padre y á la madre, en razon de que faculta á esta para que nombre tutor al hijo, sin condiciones de ninguna especie, y la autoriza tambien para que releve al tutor de fianzas, é impone al juez la obligacion de discernirle el cargo en la misma forma que los *arts. 1219 y 1220* lo determinan con relacion al padre.

Entiéndese ademas que á la manera que el padre puede nombrar tutor al hijo natural, asi tambien la madre estará facultada para nombrarle, *ley 8.<sup>a</sup>, tit. 16, Part. 6.<sup>a</sup>*: pero como que esta dispone que necesite el tutor la confirmacion del juez del lugar para ejercer el cargo, é impone al padre la obligacion de instituirle heredero, podria preguntarse si al modificar el *artículo 1221* la jurisprudencia de las leyes de Partida relativas á las madres, habrá de entenderse: 1.<sup>o</sup>, que para que el juez tenga obligacion de discernir el cargo de tutor nombrado al hijo natural, necesita instituirle; y 2.<sup>o</sup>, si ese mismo deber pesará sobre la madre. Ya indicamos en el *Comentario al art. 1219*, que el uso de la palabra *padre* sin calificacion nos inclina á creer que hace referencia lo mismo al legitimo que al natural y al adoptivo; y como que en la madre concurre una circunstancia que favorece mucho mas su causa con relacion al nombramiento de tutores, tal como la de que sus hijos naturales son herederos forzosos á falta de legitimos, porque la madre siempre es conocida, parece lo mas racional que se la haya dispensado tambien

de la obligacion de instituir heredero al hijo á quien nombrare tutor.

Sin embargo, como que el padre natural puede existir sin reconocer al hijo, deberá entenderse que falta aquel para el efecto de que la madre nombre tutor, siempre que no le haya reconocido. La ley 8.<sup>a</sup>, tit. 16, Part. 6.<sup>a</sup>, autorizó tambien á cualquier extraño para nombrar tutor á un huérfano á quien instituye heredero, pero debia ser confirmado por el juez. El art. 1222 reproduce esa disposicion de la ley de Partida, haciéndola extensiva al caso de que solamente le dejara una manda ó legado; pero no hace mérito ni de la relevacion, ni de la confirmacion del cargo hecho por juez.

El primero de esos extremos puede explicarse por lo dispuesto en el art. 1223; porque refiriéndose á los nombramientos hechos por la madre ó por un extraño, deja al juez en la libertad de exigir fianzas al tutor nombrado, aun cuando hubiese sido relevado de darlas, si á su juicio no ofreciere el nombrado las garantías suficientes para estimar asegurado el caudal. Esa libertad, aunque condicional, en que se deja al juez, prueba que la persona extraña puede tambien eximir de fianzas al tutor que nombre; porque á no ser así, el juez tendria necesariamente que exigir las y no hubiera lugar á la relevacion que presupone el art. 1223 para que el juez ejercite aquella facultad que se le concede en los casos que el mismo determina.

No es de nuestro propósito calificar la Ley sino explicarla, y por lo mismo nos abstendremos de averiguar si el hecho de dejar una manda ó legado á un menor, aunque de importancia, puede considerarse como causa suficiente para autorizar el nombramiento de tutor. Tampoco haremos sino indicar que las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento, de que venimos ocupándonos, en nada reforman las del derecho civil que tratan de las cualidades personales de los tutores, y que constituyen verdaderos impedimentos que obstan para el ejercicio de la tutela.

ART. 1224. *El importe de las fianzas se determinará con audiencia del Promotor.*

*La misma audiencia deberá prestarse para la apreciacion y aprobacion de las que se dieren.*

ART. 1225. *En los casos en que el menor tuviere con anterio-*

*idad nombrado curador para pleitos, se oirá á este sobre la importancia y aprobacion de las fianzas en lugar del Promotor.*

Hemos tratado hasta aqui de los actos referentes al nombramiento de tutores en los casos en que no tienen obligacion de prestar fianzas, y hemos dicho con sujecion á la Ley de enjuiciamiento, que cuando esto acontezca tiene el juez el deber de discernir el cargo al tutor, y éste el de jurar que cumplirá fiel y exactamente su cometido, cuidando del huérfano y de sus bienes, y llevando la cuenta y razon que corresponda. De modo que el espediente que con este motivo se instruya se reduce á acordar el juez el discernimiento del cargo, á la aceptacion por parte del tutor, y á estender la diligencia que acredite que se le discernió por el juez en persona, con la autorizacion correspondiente.

Pero ya el art. 1224, establece algunas disposiciones relativas al caso de que sea necesaria la exaccion de fianzas, que ha de preceder al discernimiento del cargo del tutor, aun en el de que se haya hecho el nombramiento por persona autorizada; disposiciones que, no obstante su colocacion en la Ley, deben hacerse extensivas á los casos de tutela testamentaria ó dativa. En efecto, ya sea que el padre no hubiese relevado de fianzas; ya que la madre ó el extraño hubiesen hecho lo mismo, ó que el juez en estos dos últimos casos, no obstante la relevacion, creyese que los nombrados debian darlas; ya que tenga el juez que designar al pariente á quien corresponda por la Ley; ya que deba elegir persona, á falta de parientes, en todo caso, luego que reconozca la necesidad de afianzar, mandará que se comuniquen los autos al promotor, para que emita su dictámen con relacion al importe de aquella.

En grave conflicto se colocará no pocas veces á los promotores, porque siéndoles desconocido el caudal mortuorio, carecen de los datos necesarios para fijar la cantidad en que debe darse la fianza; y mucho mas cuando la Ley no fija una suma proporcionada al caudal. Consultarán con este objeto las disposiciones de las leyes de Partida, y pedirán si lo estiman necesario antecedentes del caudal inventariado, cuando exista ya al solicitar el discernimiento. En otro caso, deberán calcular teniendo presente

lo que la opinion pública refiera con relacion al caudal del difunto, y siempre propondrán para la fianza una cantidad mayor que lo que se calcule de capital, reservando la ampliacion de aquella segun lo que por datos posteriores llegue á averiguarse.

Quando el mayor tuviere ya curador para pleitos, se le comunicarán los autos en lugar del promotor fiscal; porque, como ya tiene conocimiento de antecedentes, y es además un representante directo del menor, podrá esclarecer la materia con mejores datos y representar con mas interés al huérfano.

Propuesto el importe de la fianza señalará el juez la cantidad en que ha de darse, y se hará saber esa providencia al tutor para que proponga los medios de realizarla; para lo cual, presentará los títulos de pertenencia de los bienes que afecte á la responsabilidad, para los efectos del art. 1265; y hecho así se comunicarán las diligencias al promotor ó al curador para pleitos en su caso, para que espongan lo que estimen conveniente acerca de la cantidad y suficiencia de aquellas, y el juez en presencia de lo espuesto decidirá, aprobándolas ó desaprobándolas; y cuando lo primero acontezca, mandará otorgar la escritura correspondiente, y que efectuado, se discierna el cargo al tutor. En el caso de desaprobacion se hará saber al tutor para que presente nuevas fianzas, y dadas, se volverá á comunicar el expediente al promotor ó curador para pleitos.

ART. 1226. No habiendo tutor nombrado por el padre, la madre, ú otra persona que haya instituido heredero al menor, ó dejándole manda de importancia, designará el Juez para este cargo al pariente á quien corresponda con arreglo á la ley.

ART. 1227. Prévias la aceptacion del designado y la prestacion de las fianzas en la forma que queda prevenida, se le discernirá el cargo.

Quando el padre, la madre ú otra persona autorizada no nombrasen tutor, procederá el juez á designar el pariente que deba encargarse de la tutela, atemperándose á lo que las leyes tienen dispuesto sobre preferencias en el ejercicio de su cargo; y como que en este caso tienen que darse siempre fianzas, decretará el juez en primer lugar que se haga saber el nombramiento al pariente elegido para su aceptacion, y consignada esta

en los autos, y propuestas las fianzas, se comunicará el expediente al promotor para los efectos indicados en el anterior Comentario.

Obsérvase, pues, que la *Ley de enjuiciamiento* no ha introducido novedad alguna en esta parte, dando una prueba de su mision á las bases aprobadas por las Cortes; porque motivo tenemos para creer que se pensara establecer un sistema, en algunas provincias observado, mas beneficioso acaso que el consignado en las leyes comunes. Nosotros por lo menos creemos que seria mas útil la designacion de tutor ó tutores legitimos hecho en consejo de parientes, porque es de presumir que estos eligieran la persona mas apta para la administracion de los bienes, y que tendrá el mas esquisito cuidado de la persona del pupilo.

Quando mas arriba hemos dicho que se debe hacer saber el nombramiento al tutor para su aceptacion, no hemos considerado que tenga esto por objeto exigir al nombrado que manifieste si se conforma ó no, y admite el cargo, porque la tutela legitima es obligatoria, sino que como puede alegar escusas legitimas, se les requiere para que manifieste si quiere valerse de ellas.

ART. 1228. No habiendo pariente á quien designar, se hará constar esto debidamente, y el Juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo, previo lo que queda establecido en el artículo anterior.

ART. 1229. En todos los casos en que el Juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente mas inmediato, ó cualquiera otro de los que le sigan en orden no reuniese las cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirla á otra persona que merezca su confianza.

Trátase en el precedente artículo del nombramiento de tutores en defecto de los testamentarios y legitimos, ya por causa de no tener parientes el huérfano, dentro de los grados que dan derecho á heredar, ya tambien cuando teniéndolos, ninguno de ellos reúne las condiciones necesarias para desempeñar la tutela. En esos casos toca al juez designar la persona que haya de desempeñar el cargo, mandando que se le haga saber para su aceptacion y prestacion de la fianza correspondiente, procediendo en todo lo demas por el orden que queda espuesto en los Comenta-

rios que preceden, terminando por discernirle el cargo cuando se hayan llenado todos los requisitos.

ART. 1230. *Si sobre el nombramiento se empeñare cuestión, se sustanciará en vía ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el Juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinada-mente.*

Previendo la Ley, que pueden promoverse cuestiones referentes al nombramiento de tutor, establece las formas de sustanciarlas remitiendo a las partes a la tramitación en la vía ordinaria. Esto se comprende bien, porque tratándose de un gravamen para quien no quiere desempeñar el cargo de la tutela, ó de un derecho, cuando al que le correspondía ejercerla lo reclama, natural era que la Ley dispusiere que pasase á las formas de tramitación contenciosa; porque en efecto ese es el carácter del asunto desde luego que se promueve la cuestión.

Pero lo que no parece doctrina tan corriente es la segunda parte del art. 1230, que sienta como regla general que el tutor nombrado represente al menor en el pleito que se siga, cuando el juez le hubiese elegido. Parécenos que la Ley ha tenido presente un solo caso especial, y que para él ha dictado esa regla: porque cómo es posible que si la cuestión versase sobre resistencia hecha por el tutor á su nombramiento, hubiera de representar al menor en el juicio provocado por el mismo? Por otra parte, únicamente se promoverán cuestiones sobre nombramiento cuando los tutores hayan sido designados por los jueces? Nosotros opinamos que lo que la Ley de enjuiciamiento quiere decir en el art. 1230, es; que cuando se promueva cuestión en la que no se hallen en contraposición los intereses del tutor y los del menor, se respete la elección hasta que recaiga la resolución definitiva, y que por este motivo gestione este en nombre del huérfano. Si acontece lo contrario se le proveerá de curador para pleitos.

## SECCION SEGUNDA.

## DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

ART. 1231. *Si el padre hubiere nombrado curador para sus hijos, se le discernirá el cargo en la forma que por él se haya prevenido.*

ART. 1232. *Si el padre no hubiere relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernirsele el cargo sin que las haya previamente prestado.*

ART. 1233. *Si la madre hubiere nombrado curador á sus hijos, se le discernirá tambien el cargo exigiéndole fianzas, si no ha sido relevado de ellas, y sin exigírselas en el caso de haber esta relevación.*

ART. 1234. *Lo dispuesto en el artículo anterior se observará tambien en el caso de que alguna persona que hubiere instituido heredero al menor, ó dejádole manda de importancia, le haya nombrado curador.*

ART. 1235. *Puede, sin embargo, el juez exigir fianzas al curador nombrado, en los casos de que hablan los dos artículos precedentes, aun cuando haya relevación de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal del menor.*

La rúbrica de la Sección segunda corresponde á la verdadera doctrina legal, segun la que la tutela y la curatela se distinguen, en que aquella hace referencia primeramente al menor, y en segundo lugar á los bienes; y en esta por el contrario, se atiende en primer término al caudal, y en segundo á la persona; pero respecto á las condiciones de los tutores y los curadores, y á las personas que pueden nombrarlos, pocas son las diferencias que reconoce la jurisprudencia; así es que por la misma causa se observa que los artículos preinsertos son la reproducción casi literal de los seis primeros del título 3.º, Parte 2.ª

Remitiendo, pues, á nuestros lectores á los Comentarios correspondientes, nos consideramos dispensados de dar esplicaciones que serian una nueva edicion de lo espuesto.

ART. 1236. *Si el menor se opusiere al nombramiento de curador hecho por la madre, ó por la persona que le haya instituido*

heredero, ó dejádole manda de importancia, y el Juez lo creyere fundado, podrá negar el discernimiento del cargo al nombrado.

Caso de empeñarse cuestion sobre cualquiera de los particulares indicados en los artículos precedentes, se sustanciará en juicio ordinario, representando en él al menor: primero, el tutor si lo hubiere tenido; segundo, el que haya sido su curador para pleitos, y tercero, á falta de los dos anteriores, el Promotor Fiscal del Juzgado.

Tratándose de nombramientos de curadores determina la Ley, art. 1238, que los hagan los menores por sí mismos; y por consiguiente para ser lógica tenia que reconocer en el menor la facultad de oponerse al nombramiento hecho por una tercera persona. Mas respetando en parte las consecuencias de la jurisprudencia relativa á la patria potestad aplicadas á la curatela, y queriendo la Ley dar ademas al padre cierta consideracion especial, permite la oposicion al nombramiento hecho por la madre ó por tercera persona que instituyese heredero al menor, ó le dejase manda de importancia, y con el silencio prohibe que el menor se oponga á la eleccion hecha por el padre.

Dos sistemas podrian desarrollarse para sustanciar la oposicion del menor; el de elevar á contencioso el asunto y sustanciarle desde luego como tal, ó decidir de plano respecto á la oposicion negando el discernimiento, ó acordándole con reserva para el juicio ordinario caso de insistencia.

El último sistema es, sin duda, mas beneficioso; porque la resolucion del juez puede aquietar los ánimos y evitar un pleito, causa por la que sin duda aceptó ese medio de sustanciacion la Ley de enjuiciamiento. (Parte 2.<sup>a</sup>, art. 1236)

Pero el segundo párrafo de ese artículo encierra disposiciones generales, cuya estension es difícil determinar, y mas especialmente la de si comprenden el caso de que trata el pár. 1.<sup>o</sup> En efecto, admitido el sistema de articulacion de las partes de la Ley de enjuiciamiento, se refiere el párrafo citado á los particulares indicados en los artículos precedentes, y como el pár. 1.<sup>o</sup> no es ninguno de los artículos precedentes, parece que no debe comprenderse en aquel. Sin embargo, vista la analogia del párrafo 2.<sup>o</sup> referido con el art. 1230, y teniendo presente que en aquel se ha propuesto la Ley declarar que los autos de volunta-

ria jurisdiccion dejen de serlo, desde el momento que se empeñe alguna cuestion sobre lo que sea objeto del acto, no tenemos dificultad en asegurar, que asi lo dispuesto en el art. 1236, i pár. 1.<sup>o</sup> como lo ordenado en los anteriores se comprende en la disposicion del pár. 2.<sup>o</sup>, el cual debiera en realidad formar un artículo separado. Prescribe, pues, que promovida cuestion entre partes se sustanciará en juicio ordinario, y como que se trata de un menor en estado de curatela, su representacion varia segun los antecedentes. Si hubiese estado en tutela, le representará el tutor: si no le hubiese tenido, ó no existiese, tendrá la representacion en el juicio el curador para pleitos, si ya le tenia nombrado, y á falta de ambos defenderá sus derechos el promotor fiscal.

ART. 1237. No habiendo curador nombrado por el padre, madre ó persona que haya instituido heredero al menor ó dejádole manda de importancia, corresponderá al mismo menor su nombramiento.

Dos principios establece el precedente art. 1.<sup>o</sup> que los curadores testamentarios son preferidos á los de eleccion del menor, porque la curatela nunca es legitima ni dativa; y segundo, que la eleccion corresponde al menor; y como ya en los artículos anteriores se ha dicho quiénes y bajo qué condiciones pueden nombrarse curadores, bastará decir en este lugar, que solo á falta de estos procede el nombramiento que ha de hacer el menor, en los casos en que las leyes se lo permiten, y en las que no, el juez en representacion de aquel.

ART. 1238. El nombramiento de curadores deberán hacerlo los menores ante el Juez por comparecencia que suscribirán.

ATR. 1239. Si la persona nombrada no reune las condiciones necesarias para el desempeño del cargo, podrá el Juez negarle el discernimiento y exigir del menor que nombre otro en su lugar.

Determina el primero de estos artículos la forma de efectuar el menor la eleccion de curador, estableciendo que ha de comparecer ante el juez y suscribir el nombramiento que haga; pero como, en nuestro concepto, nunca los jueces pueden actuar sin la intervencion del escribano, deberá practicarse aquel esten-

diendo diligencia, en la que se espresase el nombre de la persona elegida, y suscribiéndola el juez, autorizada por el escribano que intervenga en el espediente.

Pero la eleccion del menor no obliga al juez á prestar su asentimiento y á discernir el cargo al elegido; porque el huérfano no está facultado para dispensarle de las condiciones que la *Ley* exige. En ese caso tampoco el juez puede por sí nombrar, porque el defecto en la eleccion del menor no puede dar al otro lo que no tiene. Así, pues, negado el discernimiento se hará saber al menor la desaprobacion del elegido, para que nombre otro curador en lugar del desechado. A pesar de que la *Ley* no lo dice espresamente, esa misma práctica deberá observarse, cuando el curador nombrado alegue legitima escusa, y le sea admitida.

Entiéndense condiciones necesarias aquellos requisitos que la *Ley* exige; ó mas bien puede decirse que el juez debe negar el discernimiento cuando concurra en el nombrado alguno de los impedimentos, tales como la incapacidad física para trabajar en provecho del huérfano; la prodigalidad declarada judicialmente; la menor edad de 25 años; el ser mujer, salvo la madre y la abuela; el ser de malas costumbres; el ser deudor del huérfano, ó el hallarse desempeñando destino del Estado que obligue á la rendicion de cuentas, ó en el servicio militar, *leyes 4.ª y 14, tit. 16, Part. 6.ª* Fundamos la opinion consignada en que las leyes relativas á escusas no se hallan derogadas ni tácita ni espresamente por la de enjuiciamiento.

ART. 2240. *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.*

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

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

Ocupáanse los artículos precedentes de sentar reglas sobre la tramitacion que deben observarse para determinar el importe de la fianza y la aprobacion de la prestada, y como aquellas sean las mismas esplicadas en el *Comentario á los arts. 1224*

y siguientes, puede consultarse lo que en aquel espusimos para determinar lo que proceda.

### SECCION TERCERA.

#### DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES EJEMPLARES.

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

ART. 1244. *A este nombramiento deberá preceder justificacion cumplida de la incapacidad.*

ART. 1245. *Este nombramiento deberá recaer por su orden en las personas que á continuacion se espresan, si tuviere la aptitud necesaria para desempeñarlo; padre, hijos, mujer, madre, abuelos y hermanos del incapacitado.*

ART. 1246. *Si hubiere varios hijos ó hermanos, serán preferidos los varones á las hembras, y el mayor al menor.*

*Concurriendo abuelos paternos y maternos serán tambien 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.*

ART. 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.*

Los dos arts. 1243 y 1244, son los que en la realidad pertenecen á una ley de enjuiciamiento, si es que puede conservar este nombre tratándose de la jurisdiccion voluntaria, cuyos trámites en la realidad no constituyen un juicio. Efectivamente, los dos artículos citados determinan la condicion preliminar que antecede al nombramiento de curador ejemplar, y la competencia del juez que ha de nombrar. Pero los otros tres anteriormente transcritos hacen relacion á las condiciones de elegibilidad en las personas, y al orden de preferencia que debe guardarse; y como que aquellas y este constituyen un derecho, su determinacion corresponde al derecho civil. Tan exacto es esto, que si pudiera considerarse que la espresion de la capacidad para ser ele-