

Así como no pueden ser tutores un concursado, un pródigo, un sordo, un clérigo, etc., ¿por qué no ha de establecerse que tampoco pueda serlo de un joven rico un hombre pobre? Porque, se dice, acaso esta prohibición impidiera que el padre nombrase tutor de su hijo á la persona más idónea y capaz. Sobre que esto ocurriría en muy pocos casos, volvemos á nuestro antiguo argumento; ¿quién responde de la idoneidad y de la capacidad de nadie *a priori* para autorizarle á desempeñar una misión tan delicada? Y añadiremos como última consideración: ¿de dónde puede resultar más daños, de que se deje de nombrar tutor á un hombre apto para el caso, ó de que un tutor relevado de fianzas burle la confianza que depositó en él el padre del menor que lo haya nombrado?

Creemos que ese principio de que á nadie debe exceptuarse de la prestación de fianzas (salvo el caso de que el pupilo no tenga bienes de ninguna especie) no puede tener ninguna excepción. De seguro no faltarán autores que justifiquen una: la de que el tutor nombrado sea pariente del menor. Nosotros no la admitimos tampoco. Creemos que si se hiciera una estadística de tutores que han abusado de sus cargos, señalando en ella los que eran parientes del menor y los que eran personas extrañas á su familia resultaría por lo ménos tanto número de los unos como de los otros, si es que no era mayor que el de los primeros. Aun entre hermanos, y no hay que decir si esto sucederá entre tíos y sobrinos, el interés y el afán del lucro se sobreponen muchas veces á los afectos y á los vínculos de la sangre. Por eso, aunque el tutor testamentario sea un pariente y pariente próximo del menor, debe exigírsele la prestación de fianza tan rigurosamente como al que fuese extraño á la familia.

V.

El procedimiento que ha de seguirse para cumplir este art. 1833 es sencillo. Cualquier persona tiene derecho á solicitar del Juzgado que en vista de la designación hecha por el padre ó la madre de un menor en su testamento se discierna el cargo de tutor á la persona para desempeñarlo designada. El Juez, tan pronto como conozca esa designación, puede y debe también proceder de oficio á darle cumplimiento. Ya sabemos de qué Juez se trata, porque ya hemos visto cuál es el competente para ello.

La persona que formule esa solicitud debe presentar una copia fehaciente del testamento ó codicilo en que se haga la designación ó por lo ménos de la cabeza y pié del mismo y de la cláusula que contenga el indicado nombramiento.

Cuando nadie haga solicitud y el testamento en cuestión viniere por cualquier motivo al Juzgado, el Juez puede adoptar las medidas que crea oportunas en vista de lo que el testamento diga. Cuando éste haya sido presentado y la solicitud hecha por la persona á quien se nombra tutor, ese acto implica la aceptación de su parte del cargo para que se le nombró. Si la solicitud la produce otro cualquiera, entonces será preciso dar traslado al tutor y requerirle para que manifieste, dentro de un término breve, si acepta el cargo que se le confía.

Hecha constar de una ú otra manera la aceptación, deberá mandarse que preste fianza, la cual, como decía el art. 1220 de la Ley anterior, ha de ser proporcionada al caudal que haya de administrarse. Esto supone, en primer término, que ha de apreciarse la cuantía de ese caudal y que se ha establecido la proporcionalidad que debe existir entre el caudal y la fianza.

No nos satisface bajo este doble punto de vista, y por lo que á ambos extremos se refiere, lo que dice acerca de ellos la Ley actual. El asunto merecía tratarse con más circunspección, prolijidad y detenimiento. Recordarán nuestros lectores cuán cuidadosamente establece la Ley un sistema completo al ocuparse en la administración de los bienes de una testamentaria ó un abintestato ó en la de los bienes de un concursado. Aquí debería haber procedido de igual suerte, porque la fortuna de un menor no es digna de ménos consideración que el caudal afecto á las resultas de cualquiera de aquellos juicios universales. Es más; hay tanta analogía entre este y aquellos casos que debieran haberse aplicado aquí los procedimientos que allá se establecen, ó mejor aún, y como ya hemos indicado en otro lugar, debería haberse establecido en la Ley un procedimiento para administrar bienes de otro, aplicable á todas estas circunstancias.

De todas maneras hay que proceder aquí con calma y circunspección. Nada puede aconsejar apresuramientos en cuestiones tan delicadas. El Juez debe mandar apreciar y evaluar los bienes del menor ántes de entregarlos al tutor, exigiendo á éste la fianza ó aumentos de fianza que estime oportunos. La fianza debe ser bastante á responder de las

cantidades que hubiese de manejar el tutor en el tiempo en que ha de durar su encargo ó hasta la época en que deberá rendir cuentas. Quien ha de fijar la cantidad en que consista la fianza debe ser el Juez; pero esto ha de hacerlo bajo su más estrecha responsabilidad, y así debería en este punto consignarlo la Ley. Como hemos de volver más adelante sobre esta cuestion de la fianza, no hacemos aquí más que consignar algunas ideas generales.

Nunca debiera discernirse el cargo sin que el tutor prestara fianza; tal es nuestra opinion. Pero esta opinion no se acomoda á lo que tiene establecido la Ley. Ya sabemos que segun ella hay casos en que debe exigirse á los nombrados tutores la prévia prestacion de fianza y otros en que no puede exigirse esto. Pues bien: respecto de los primeros se ha introducido en la práctica una corruptela vituperable, que la Ley no autoriza y sobre la cual llamamos la atencion de letrados y juzgadores, porque debe ponerse término en nombre de los altos principios de justicia que vulnera y desconoce. Esa corruptela consiste en discernir *provisionalmente* el cargo de tutor á la persona designada para desempeñarle, aplazando el discernimiento definitivamente muchas veces durante largo tiempo y exigiéndole solo la prestacion de fianza ántes de este último discernimiento. En nuestra práctica hemos registrado algunos casos de esa especie y como desde luego se comprenderá, esto se hacia condescendiendo torpemente con las instancias del tutor que deseaba desempeñar su cargo y manejar el caudal del menor ántes de haber consignado la fianza que habia de garantizar su administracion. En la Ley no hay nada que autorice ó consienta semejante corruptela. Debe desaparecer por completo, y si alguna vez los Tribunales superiores hallaran que se habia apelado á este recurso, están obligados por lo ménos á imponer una correccion al Juez responsable de tamaño abuso. Solo así puede ser efectiva la obediencia á los preceptos legales, y solo así podrá conseguirse ir corrigiendo los defectos de la administracion de justicia.

Ademas de lo que hemos dicho y citado, puede verse sobre esta materia lo que se dice en la seccion de consultas del *Boletin* de la REVISTA GENERAL DE LEISLACION Y JURISPRUDENCIA, tomo XXXII, página 370; tomo XXXIII, pág. 497; tomo XXXVII, pág. 163; tomo XXXVIII, pág. 97; tomo XXXIX, pág. 49 y tomo XL, pág. 162.

Art. 1834. Tambien se mandará discernir el cargo de tu-

tor al nombrado por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia; pero la relevacion de fianza, en su caso, solo se entenderá respecto á los bienes en que consista la herencia ó legado. [*Ley ant., arts. 1221 y 1222.*]

El art. 1221 de la Ley anterior decia lo siguiente: "Si la madre, á falta de padre, hubiera nombrado tutor á su hijo se discernirá tambien el cargo al nombrado sin fianza si hubiese sido relevado de ella por la misma madre." Y á continuacion de este disponia el 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." O lo que es igual, ese artículo consagraba este principio: "Se discernirá el cargo de tutor al nombrado por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor ó dejádole manda, legado de importancia y se verificará ese discernimiento sin exigir á dicho tutor que preste fianza si la persona que lo nombró le hubiere relevado de semejante deber."

Reducido á esos términos la aplicacion de este precepto entraña serias dudas. Vamos á indicarlas.

Ante todo hay que recordar que para que una persona dé tutor á un menor que no es su hijo, se necesita que éste sea huérfano de padre y madre, que el nombramiento esté hecho en condiciones legales y que el menor de que se trata no tenga tutor nombrado por sus padres ó por alguno de ellos. En caso de que tenga tutor nombrado por sus padres ó por alguno de ellos, éste ha de ejercer el cargo con exclusion de otro cualquiera que haya podido nombrarle un pariente ó un extraño. Esto es lo justo y lo arreglado á derecho, y aunque no suponemos que en ningun caso se sostengan pretensiones en contrario, nos parecia oportuno que la Ley actual hubiese consignado ese principio al trascribir y reformar los que tienen los artículos 1221 y 1222 de la antigua.

Decia aquella y dice ésta que se discernirá el cargo de tutor al nombrado por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor ó dejádole manda ó legado de importancia. Aquí tambien ha debido enmendarse algo. La institucion de heredero no tiene en nuestro derecho la importancia que en el de Roma. No debia bastar solo con hacerla á favor de un menor para que cualquier pariente ó extraño adquirieran el derecho de darle tutor testamentario. Puede cualquiera que deje bie-

nes insignificantes y de escasa ó ninguna estima nombrar á otro heredero y darle tutor con el intento de favorecer á quien haya de desempeñar este cargo. El art. 1834 tal como está redactado en esa parte se presta á inmoralidades y agios que deben evitarse.

Convendría por esto haber establecido que para adquirir el derecho de dar á un menor tutor testamentario sea preciso haberle instituido heredero ó legatario; pero siempre con la condicion de que la herencia ó legado sean de importancia. Y en la práctica debe entenderse que es de importancia una herencia ó legado, cuando con el producto de los bienes que la constituyan baste para satisfacer las necesidades ordinarias de la vida de una persona, de la calidad y circunstancias del menor, en la época en que se le nombra heredero ó legatario y dentro de la localidad donde habita.

Puede servir de base al hacer esta apreciacion lo que la Ley dispone sobre pobreza. Si la herencia ó el legado no permiten al menor litigar como rico, entónces no son de importancia y no deben atribuir al que lo instituyó heredero ó legatario el derecho de nombrarle tutor.

Tambien creemos que debe exigirse para discernir este cargo que el tutor designado se comprometa á desempeñar este cargo sin devengar jamas por ninguna especie de derechos cantidad que sea mayor á la mitad del producto de la herencia ó legado que dejó al menor la persona que á él le nombró heredero. De lo contrario seria fácil, concertándose dos personas, realizar en perjuicio del menor un negocio bastante lucrativo. La Ley no puede consentirlo y de ahí la necesidad de introducir en el artículo que estamos examinando todas esas enmiendas. Sin ellas semejante negocio será empresa de fácil realizacion.

Por último, con arreglo á la Ley de 1855 en este caso, cuando un pariente ó extraño nombraba heredero ó legatario á un menor y le daba tutor, podia relevarle de prestar fianza. El sentido comun y la equidad aconsejaban poner limitaciones á este último derecho. Era posible y alguna vez ocurrió que, relevado de fianzas un tutor de esa especie, no la prestara por la prestara por los bienes propios del huérfano aun siendo considerables.

Semejante interpretacion del art. 1222 parece inaceptable; pero no hay cosa que sea difícil conseguir de la venalidad ó del abandono, cuando les ampara el silencio ó la deficiencia de las leyes. Por esto los legisladores de 1881 han aclarado este problema y puesto, como de ordi-

nario se dice, los puntos sobr las ies, estableciendo que con efecto la persona, extraño ó pariente que instituya al menor heredero ó legatario, puede nombrarle tutor y relevarle de la obligacion de prestar fianza; pero esta relevacion solo se entenderá en ese caso respecto de los bienes en que consista la herencia ó legado que le deje. Son tan claras y justificadas las razones que han servido de base á esta reforma que no creemos necesario extendernos más en explicarlas y damos aquí punto al comentario del artículo 1834.

Art. 1835. No obstante lo dispuesto en los dos artículos anteriores, cuando sobrevengan razones muy fundadas, que el Juez apreciará atendidas las circunstancias especiales que en su caso ocurran, podrá exigir la prestacion de fianza aun al tutor ó curador nombrado por el padre ó la madre, ó por otra persona que haya dejado al menor manda ó legado de importancia. (*Ley ant., art. 1223.*)

Este artículo es un paso hácia nuestra teoría, dado ya por la Ley anterior; pero más acentuado en ésta. Los legisladores de 1855 establecieron que el tutor testamentario estuviese relevado de afianzar cuando el padre, la madre ó el extraño ó pariente que le hubiese nombrado dentro de las condiciones del art. 1222, hubiesen declarado expresamente su voluntad de relevarle. Sin embargo de esto, el art. 1223 estableció que cuando el tutor fuera nombrado por la madre ó por el pariente ó extraño que hubiese instituido heredero ó legatario al menor, aunque se le haya relevado de prestar fianza, puede el Juez exigirla si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.

En cuanto al tutor nombrado por el padre los legisladores de 1855 no se atrevieron á considerarlo de la misma manera que á los otros. Ya hemos demostrado la falta de razon y de justicia de ese proceder, tratando extensamente este punto con ocasion de lo que establece el art. 1833. Los de 1881 han comprendido el fundamento de las críticas que suscitó el art. 1223 y han considerado al tutor nombrado por el padre de la misma manera que al que nombra la madre ó al que designa el pariente ó extraño que instituye heredero ó legatario al menor. Han mejorado, ademas la redaccion de este precepto encomendando lo que haya de hacerse por completo al arbitrio del Juez. Por olvido sin duda han omitido hablar del tutor nombrado por el extraño ó pariente que insti-

tuya heredero al menor; pero éste olvido ya lo subsanará la jurisprudencia, porque es evidente que se quiso incluir también ese caso en el art. 1835 y que no aparece allí sólo por la ligereza con que está hecha la Ley que no ha permitido, según se desprende de este y otros casos, que no ha permitido sin duda á sus autores revisarla y corregirla con el detenimiento que reclama una obra de esta índole.

Tal como está redactado el artículo 1835 ofrece á los Jueces medios bastantes para impedir toda inmoralidad y prevenir todo abuso. Si á pesar de este artículo, por culpa ó negligencia de los tribunales siguen repitiéndose los hechos escandalosos que han inspirado ese precepto, será ocasión de dar un paso más y de disponer que los Jueces solo releven de la prestación de fianzas á los tutores testamentarios relevados por quienes los designaron, cuando, dentro de esas condiciones, estimen, bajo su responsabilidad, que no hay peligro en que dejen de prestar la fianza correspondiente. Y después de esto ya nada faltará para llegar al punto que hemos señalado como término de toda esa teoría, al precepto que imponga en todos los casos sin excepción, el deber del tutor de prestar fianza prohibiendo en absoluto que se releve de él por ningún motivo.

Art. 1836. 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 e y. (*Ley ant., art. 1226.*)

Art. 1837. Prévia la aceptación del designado y la prestación de fianza en su caso, se le discernirá el cargo. (*Ley anterior, art. 1227.*)

Ya hemos dicho que la tutela, por su origen, es de tres clases: testamentaria, legítima, y dativa. La Ley en los artículos anteriores, desde 1833 al 1836 habla de la tutela testamentaria; en estos dos que vamos á comentar ahora, de la legítima y después en el 1838 de la dativa.

Tutela legítima,—ya lo hemos dicho también,—es la que se otorga por ministerio de la Ley, designando para ejercerla á las personas que ésta señala en defecto de tutor testamentario. En este caso corresponde la tutela primeramente al abuelo paterno y en su defecto al materno; por falta de este á la abuela paterna y si tampoco viviere á

la materna. Faltando todos ha de nombrarse un pariente próximo. ¿Cuál? En este punto tiene ancho campo el arbitrio del Juez, quien podrá escoger entre los más próximos parientes del menor, el que le parezca más digno, usando del derecho que le confiere la ley de Enjuiciamiento civil en su art. 1838. Puede ocurrir que un menor tenga varios parientes cercanos del mismo grado é idóneos para desempeñar las funciones de la tutela. La ley 11 del tit. 16 de la Partida 6ª, previene que entónces, si uno de ellos se ofrece á ejercer el cargo, y los demás del mismo grado é idoneidad, no se oponen, debe discernirsele. Si ninguno se ofreciere ó se ofreciesen todos, el Juez designará al que sea más apto. También podrá designarlo en virtud del poder que le confieren las disposiciones de este título si creyera que el que se ofreció no es digno de desempeñarlo ó hay otro más capaz que lo puede ejercer con mayor provecho para el pupilo.

La designación del tutor legítimo puede hacerse de oficio, á instancia de la persona á quien corresponda desempeñar ese cargo ó por solicitud de cualquiera otra, pues ya se sabe que en estas cuestiones de tutela y curaduría la Ley ha admitido en beneficio de los menores la acción pública, y todos los ciudadanos, tengan ó no interés directo en el asunto y estén ó no unidos por vínculos de amistad ó parentesco al menor ó su familia, pueden reclamar de los tribunales en pró de los menores, para que se les apliquen las leyes ventajosas á los mismos ó para que no sufran violencia, extorsión, ni menoscabo en su persona, en sus derechos ó en su hacienda.

Cuando falta tutor testamentario y hay parientes de los cuales alguno debe ser designado para desempeñar ese cargo como tutor legítimo, una vez incoado el expediente, el Juez podrá mandar que se practiquen en él las diligencias que estime procedentes para adquirir todos los datos que necesite acerca del carácter, condiciones, estado, costumbres, moralidad, etc., de los parientes llamados á ejercer aquel oficio. Esta facultad es una consecuencia del poder que á los jueces otorga la Ley y de la necesidad de que el tutor nombrado sea apto para este cargo, y ofrezca con sus cualidades garantías sólidas de que no perjudicará en modo alguno al menor. No es inútil recomendar á los jueces que en estas diligencias procedan con la reserva y cautela que el caso demanda, supuesto lo delicado y espinoso de las investigaciones que se les autoriza á practicar.

Los preceptos que acerca de la tutela legítima contiene la Ley vigente son análogos á los de la anterior. Hecha la designacion de tutor se le notificará al designado para que acepte, salvo en el caso de que se designara al pariente que lo hubiere solicitado, porque entónces su demanda implica al aceptacion y sería inútil ó redundante exigirle otra. Una vez aceptado el cargo, ó nombrado el tutor, cuando no sea necesaria la aceptacion, deberá prestar fianza. Ningun tutor legítimo está exento de ese deber. El que no preste la fianza no podrá desempeñar ese cargo. Antes, prestada la fianza, se les exigía con arreglo á una Ley de Partida que jurasen proceder bien y fielmente, cumpliendo todas las obligaciones anejas á la guardaduría. Hoy basta con la simple aceptacion, y ha desaparecido esa fórmula propia de otros tiempos y de otras ideas, como se la ha borrado de casi todos los procedimientos en que se empleaba. Despues, por lo tanto, que el tutor legítimo haya prestado la fianza con que deba asegurar el cumplimiento de los deberes que contrae, se le discernirá el cargo.

Dicho esto, pasemos á estudiar la tutela dativa.

Art. 1838. A falta de pariente á quien designar, ó no reuniendo el que hubiere las cualidades que exigen las leyes, lo cual se hará constar en el expediente, el Juez nombrará para el desempeño del cargo á la persona que merezca su confianza. (*Ley ant., artículos 1228 y 1229.*)

Tutela dativa es la que otorga el Juez. Este puede dar tutor á los huérfanos menores:

1° Que no tengan ó á quienes no se les haya dado tutor testamentario.

2° Que no tengan parientes.

3° Que aun teniéndolos, los que hubiese no sean dignos á juicio de los Tribunales de ser nombrados para el desempeño de ese cargo.

4° Que el tutor testamentario ó el legítimo en el caso de que se trate, renuncien y deba admitírseles la renuncia ó no acepten el cargo para que fueron designados.

Estas reglas se deducen de lo dispuesto en la Ley actual y en la anterior sobre tutela dativa. Creemos, sin embargo, que aquella consignaba con más claridad y fijeza tales principios que la última. Decía el artículo 1228: "No habiendo pariente á quien designar... el Juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo." Esto mismo dice el artículo 1838 aunque con diferentes palabras: "A falta de pariente á

quien designar... el Juez nombrará para el desempeño del cargo á la persona que merezca su confianza." En ese punto ambas leyes dicen lo mismo y se expresan de un modo análogo.

Pero añadía el artículo 1229 de la de 1855: "En todos los casos en que el Juez hubiese de designar tutor, puede, si el pariente más 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." Esto es mucho más explícito y terminante que lo ordenado por el art. 1838 de la Ley de 1881, donde leemos solo que "no reuniendo el pariente que hubiese las cualidades exigidas por las leyes, el Juez nombrará, etc." A pesar de todo, nosotros creemos que los Jueces ejercerán por la Ley de 1881 las facultades que les otorgaba la de 1855 y que en la práctica no habrá, dentro de este caso, diferencia alguna entre lo que se hacía ántes y lo que ha de hacerse ahora.

Las cualidades á que se refieren los artículos 1229 y 1838 son, como dicen los Sres. Manresa y Reus, "las de mayor edad, aptitud, probidad y demas que las leyes exigen para poder ser tutor; esto es, las que causan *impedimento* y no las que sirven de *excusa*." Acerca de estas cualidades ocurre preguntar ¿cómo se justifica su falta? ¿Cómo se hará constar? Se justificará la falta de cada una del modo más conforme á su naturaleza, trayendo á los autos la partida de bautismo del pariente en cuestion, su hoja histórico-penal, el certificado de los facultativos que le atribuyan cualquier defecto físico incompatible con el ejercicio de la tutela ó bien abriendo para evidenciar el extremo que haya de probarse una informacion de testigos á la cual podrán ir los que el Juez ordene y los interesados pidan. El resultado de estas diligencias de prueba se hará constar debidamente en los autos. Y se hará constar tambien en el expediente si, á consecuencia de las mismas, ha habido que prescindir de la persona llamada á ser tutor legítimo, de la propia suerte que la falta de parientes, cuando esto resultase de las actuaciones.

En una palabra, lo que la Ley quiere, al tratar de la designacion de tutor dativo, es que en el expediente donde éste se nombra aparezca de una manera clara, evidenciado y justificado el motivo por el cual se nombra y lo que hay que hacer constar de una manera solemne, son los hechos de que se desprenden ó en que se fundan las razones que hubo para nombrarle.

Por lo demas, en cuanto á la designacion del tutor dativo la Ley no ha puesto limitaciones al Juez. Este podrá nombrar, segun las mismas palabras del texto legal, á la persona que merezca su confianza. Claro es que si hay amigos antiguos, íntimos y constantes del menor ó de su familia, personas enlazadas á ella por vínculos de estrecho afecto ó por comunidad de interes éstos podrán preferirse. Pero el Juez es árbitro de hacerlo y de obrar como le parezca más oportuno. Hecha por él la designacion, procede que se interrogue al nombrado para saber si acepta. En caso afirmativo, deberá prestar la fianza que el Juez señale, á ménos de que el menor no poseyese bienes de fortuna, y prestada la fianza se le discernirá el cargo.

En este punto nos ha parecido oportuno recordar las reglas vigentes sobre la tutela de los niños expósitos. Las establece el decreto de las Córtes de 27 de Diciembre de 1821. Segun los preceptos de esta disposicion legislativa, se consideran como absolutamente desamparados aquellos niños que habiendo sido abandonados por sus padres ó quedado huérfanos de padre y madre, no hubieran sido recogidos por algun pariente ó persona extraña, con propósito de cuidar de su crianza.

Los individuos de ambos sexos que se crien en las casas de maternidad, aun aquellos cuya crianza ó educacion fuese costeada por personas particulares, estarán bajo la tutela y curaduría de las Juntas municipales de beneficencia, con arreglo á las leyes. Si estos individuos de la casa de maternidad adquiriesen por herencia ó por cualquier otro título legítimo algunos bienes raíces ó capitales, las indicadas juntas cuidarán de que con sus productos se acuda á los gastos de la crianza y educacion del pupilo ó menor, supliendo de los fondos de beneficencia lo que faltase y reservando para el interesado lo que sobrare.

Estos niños podrán ser prohijados en la forma y del modo que advertimos en el lugar correspondiente y podrá dárselos tutor. En ese caso se procederá con arreglo á lo dispuesto en este título y seccion, sin introducir novedad ni enmienda de ninguna especie en la manera de aplicar sus preceptos. El Juez verá si la persona nombrada para el desempeño de la tutela reúne las condiciones exigidas por la Ley y si le inspira la confianza necesaria. Caso de que el expósito posea bienes de fortuna, obligará al tutor á que preste fianza, y una vez prestada le discernirá el cargo con sujecion á lo que se practica respecto de todos los

casos de la misma especie, puesto que entre éste y esos no existe diferencia alguna, ni ha establecido la Ley la más pequeña disparidad.

Art. 1839. Si se hiciere oposicion al nombramiento, se discutirá y resolverá por los trámites de los incidentes entre el que la promueva y el tutor nombrado, representando los intereses del menor el Promotor fiscal.

Durante la sustanciacion del juicio quedará á cargo del tutor electo la custodia del menor y la administracion de su caudal, bajo las garantías que parecieren suficientes al Juez. (*Ley ant., art. 1230.*)

Art. 1840. Oponiéndose el tutor elegido á aceptar el cargo, se oirá al Promotor fiscal, y si éste está conforme, nombrará el Juez nuevo tutor.

Si el Promotor fiscal no se conformare, se discutirá y resolverá la oposicion por los trámites de los incidentes, observándose lo prevenido en el párrafo segundo del artículo anterior. (*Ley ant., art. 1230.*)

Estos dos artículos contienen una de las reformas más importantes de la Ley sobre la materia que venimos estudiando. El 1230 de la anterior decia: "Si sobre el nombramiento (de tutor) se empeñare cuestion, 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 determinadamente."

Ante todo, ya vemos que ese artículo no distingue ni analiza separadamente los diversos casos en que puede empeñarse cuestion sobre el nombramiento de tutor. La Ley actual sí lo hace, y en vez de resolver unos y otros con la misma fórmula, expone en artículos distintos lo que debe hacerse cuando la cuestion que surja sobre el nombramiento de tutor nazca de que alguien se oponga á ese nombramiento ó cuando nazca el tutor designado no quiera aceptar el cargo que se le confia. La situacion es completamente distinta segun acontezca lo primero ó lo segundo y no solo distinta por sus diferencias externas y formales, sino por la distinta situacion que revelan y las opuestas conveniencias que en su seno se agitan. Medítese, ademas, sobre lo que exige el interes del menor sobre lo que significa en relacion con este interes, de ordinario, cada uno de esos casos, y comprenderá que los legisladores de 1881, han procedido con acierto, tratándolos separadamente.

Nosotros seguimos á la Ley y vamos á examinarlos tambien uno despues de otro.

I.

Nombrado un tutor por el Juez, si se oponia alguna persona á que se le discerniera el cargo y el tutor no se allanaba á esta pretension, quedaba con arreglo á lo que indica el artículo 1230 empeñada la cuestion y empezaba á sustanciarse un pleito ordinario. Ahora, si el Juez designa un tutor en concepto de legítimo ó dativo, y alguna persona se opone alegando razones de fundamento á que se discierna el cargo tambien lo primero que se hará es dar al tutor nombrado traslado de la oposicion que se acaba de formular á su nombramiento. Ese traslado deberá ser por término breve. Si evacuándolo, el tutor se allana á lo que pide el opositor, no puede haber ya cuestion entre ellos, pero si rechaza sus pretensiones ya está empeñado el litigio y debe seguirse tramitando con arreglo á lo que esta Ley determina sobre los incidentes, que son, como tantas veces hemos dicho, el procedimiento tipo actual.

Las razones de sólido y verdadero fundamento que puede alegar un opositor para que no se discierna á alguien el cargo de tutor, serán las relativas á su capacidad, al mejor derecho suyo ó de un tercero ó á motivos que obliguen á desconfiar de la gestion del tutor nombrado haciéndolo sospechoso. Alegada una razon de esas que tienen valor innegable, si el tutor de que se trata reconoce su fundamento, y en su virtud se allana á lo pretendido por el opositor, podria considerarse el asunto terminado; pero lo mismo en este caso que el de que la oposicion fuera infundada ó trataran de justificarla con motivos que notoriamente no basten á ello, aunque el tutor se allane ¿deberá el Juez poner término á la cuestion conforme á los deseos del opositor? Nosotros creemos que no, fundándonos en el espíritu del art. 1840 y creemos que lo que el Juez debe hacer es dar traslado de lo que solicita el opositor y de lo que sobre su solicitud dice el tutor nombrado al Promotor fiscal. Si éste se conforma á que el tutor abandone su cargo, entónces dará el Juez todo por concluido. Si el Promotor se opone, habrá que proceder como ordena el párrafo 2º del art. 1840.

Volvamos al caso de que el Juez nombra un tutor; cualquier tercero se opone y el designado no cree oportuno allanarse. En ese caso, ya hemos dicho que la cuestion ha de sustanciarse como un incidente.

¿Quién litigará en ese incidente? Segun ambas leyes, el menor, el tutor y el opositor. A esos efectivamente interesa la cuestion, y ellos deben ventilarla. Pero ¿cómo litigarán? Aquí se nos ofrece una de las diferencias más radicales entre la antigua y la nueva Ley. Segun aquella en ese litigio, los intereses del tutor y del menor debian considerarse identificados. Partiendo de semejante supuesto disponia que el pleito se sustanciara entre el opositor y el menor, representando á éste el tutor nombrado, de cuya impugnacion se trataba.

Ese supuesto era inexacto. Ya lo hicieron notar lo Sres. Manresa y Reus en su notable y luminoso comentario al artículo 1230. En la mayor parte de los casos el interes del menor será distinto del que tiene el tutor. Este se allanará á la oposicion si no le conviene desempeñar aquel cargo y la rechazará si le conviene y espera triunfar. De cada cien veces una tendrá el tutor ante todo en cuenta el interes de su pupilo. Hay que legislar para la regla general y no para la excepcion. Hay que tener en cuenta la realidad de las cosas y no lo que las cosas debian ser. Además, entablado ese litigio, ¿defiende dentro de él el tutor su derecho á desempeñar este cargo ó el derecho del menor á tener ese tutor y no otro? La cuestion es por lo méuos dudosa y debemos inclinarnos á lo primero, porque de seguir ese criterio resultan para el menor más ventajas.

En efecto, con arreglo al artículo 1230, el menor y el opositor seguian el pleito que se sustanciaba á costa de ambos. El tutor representaba al menor y dirigia el pleito á expensas de su pupilo como á él le convenia. Comprometido principalmente su interes en el litigio no hay que decir si lo tendria ántes en cuenta que el del pupilo mismo. Añádese á esto que hay algo de repugnante y de contrario á la equidad en el espectáculo ofrecido por ese tutor que defiende sus derechos y su conveniencia á expensas del pupilo y se comprenderá hasta qué punto es acertada y plausible la reforma hecha por los legisladores de 1881.

Esta consiste en que el opositor y el tutor discutan la cuestion. Al tutor importa defenderse y sostener si debe continuar ó no en el desempeño de ese cargo. Debe hacerlo por sí mismo y á sus expensas, contestando al opositor y litigando con él. ¿Y el menor? No es posible negar que tiene interes en el litigio; pero este interes no será siempre, hemos dicho, ni quizá en la mayoría de los casos, el mismo del tutor.