

Y esto es exacto; si la oposicion que se hace al nombramiento de tutor está desvirtuada de fundamento, si el tutor tiene capacidad para el desempeño de ese cargo y si las razones que se alegan para que pueda considerársele sospechoso no tienen valor, interesa al menor conservarlo. Pero puede ocurrir muy bien que de la oposicion y el debate surja la conviccion contraria; que se aduzcan hechos y consideracion en cuya virtud venga á probarse que el tutor es ó incapaz ó que hay motivo para sospechar que no gestionará leal y fielmente en pro del menor. Entónces éste debe oponerse tambien á que se le discierna el cargo y coadyuvar á las pretensiones del opositor.

Para poder hacerlo es preciso que en estos asuntos proceda con gran tino el Ministerio público. El art. 1839 dice de él que representará en el pleito suscitado entre el opositor y el tutor, al pupilo de éste. Lo que deberá hacer, por lo tanto, es acoger con reserva las pretensiones de uno y otro, aguardar á que cada uno aduzca sus pruebas, pedir él las que crea necesarias para el esclarecimiento de los hechos afirmados y luego en vista de lo alegado y probado emitir su opinion y sostener con desinterés y energía lo que verdaderamente convenga al menor. El Ministerio público contrae en estos pleitos una gran responsabilidad y es necesario que sus miembros den pruebas en ellos de la discrecion, el tino y la prudencia que la Ley les aconseja al encomendarles tan delicada mision.

II.

La Ley anterior al tratar este caso no se ocupaba más que en establecer cómo habia de seguirse ese pleito. Los comentaristas hallaron en ella grandes vacíos. Miétras ese pleito se sustancia, decian, ¿en poder de quién estará el menor? ¿Quién administrará sus bienes? ¿Quién lo representará en otros pleitos si los tiene, ya que el art. 1230 dice que el tutor solo podrá representarle en el pleito suscitado acerca de su nombramiento? Los escritores y la jurisprudencia han venido resolviendo estas dudas como ha parecido más equitativo ó más conforme á las necesidades y condiciones de cada caso. Pero se necesitaba algo más que una práctica incierta y en definitiva confiada al arbitrio de los Tribunales; se necesitaba una regla fija, de ineludible cumplimiento que acallara las opiniones discordes y estableciera el cánón á que han de sujetarse todos en semejante caso.

Eso es lo que han hecho los legisladores de 1881 en el segundo pá-

rrafo del art. 1839 respecto, por lo ménos, á dos de esas dudas. Miétras el pleito se sustancia quedará el menor á cargo del tutor nombrado, bajo su custodia y su autoridad. No hay que olvidar que el tutor legítimo ó dativo ha sido elegido por el Juez; que éste ántes de nombrarlo ha tenido en cuenta sus condiciones y que le ha nombrado porque lo juzgó capaz, porque estimó su nombramiento conforme á derecho y porque le inspiraba confianza para el desempeño de ese delicado cargo. Estas razones constituyen una presuncion *juris tantum* favorable al tutor designado y basta esa presuncion para confiarle el cuidado del pupilo. Aparte de esto si no se le encomendara á él, ¿á quién iba á encargársele? La Ley habia dicho que en este caso el Juez, cumpliendo con el deber de velar por las personas desvalidas, encomendara la guarda del menor á una cualquiera de su confianza y es innegable que nadie en semejantes circunstancias inspiraria tanta para esa comision al Juez como el tutor que él mismo nombró. La Ley no ha hecho más que adelantarse en esto á lo que seguramente hubiera sucedido.

Estamos de acuerdo con lo que dispone; pero para prevenirlo todo y no dejar nunca desarmados á los Tribunales ante circunstancias que pueden sobrevenir, nosotros habiamos dicho que no obstante eso, si de la oposicion resultaba algun motivo para que el Juez, dejando influir su ánimo por legítimas desconfianzas, encomendara á otra persona la guarda del menor, se le considerase desde luego facultado para ello. La oposicion, con efecto, puede muy bien revelar hechos desconocidos y, sobre todo, estimamos peligroso en materia tan árdua como la presente, en que hay que marchar á compás de las circunstancias, abandonarlo todo al rigor de un principio absoluto é inflexible, al que acaso no puedan plegarse como es debido todas todas las conveniencias é intereses que haya necesidad de consultar.

Sobre la administracion del caudal del menor hay tambien mucho que advertir. Ocurrirá á menudo que este pleito se tramite á la vez que un juicio de testamentaria ó de ab-intestato al que estén sujetos los bienes del menor. En ese caso el administrador del ab-intestato ó testamentaria debe administrar su hacienda, dando al tutor designado lo que se estimase necesario para su mantenimiento y educacion. Cuando esto no suceda ó cuando el juicio universal termine ántes que el pleito sobre nombramiento de tutor se haya resuelto, puede confiarse al tutor mismo la administracion del caudal del menor. La Ley dice que,

de hacerse éstos se haga con las garantías que parecieran suficientes al Juez. Nosotros habríamos añadido: "bajo la responsabilidad de éste." Esas garantías no pueden ser otras que las que se exigen al administrador de una testamentaria, de un ab-intestato ó de un concurso y en general á todo aquel que administra caudales de otro.

Si la Ley hubiera tratado en algun lugar este punto tan extensamente como nosotros hemos indicado ya varias veces; si hubiera establecido reglas generales para esa administracion, ahora bastaba con que se hubiese referido á ellas. Ya que los legisladores de 1881 no han acometido esa reforma, la esperamos de los del porvenir y confiamos que, cuando se lleve á cabo, serán atendidas estas indicaciones.

El último de todos los vacíos hallados y señalados por los comentaristas en el art. 1230 al aplicarlo al acaso de que un tercero se opusiese al nombramiento de tutor, es el que se refiere al caso probable de que mientras ese pleito se sustancia se promuevan otras al menor.

¿Quién, decían, lo representará en ellos? Porque el art. 1230 afirma que empeñada contienda sobre nombramiento de tutor, le representará en ella éste; pero teniendo el carácter de curador para dicho pleito determinadamente, y no para los demas que se le puedan promover. Y contestaban á aquella pregunta los Sres. Manresa y Reus. "Este caso debe considerarse comprendido en el art. 1253. (El cual dice: "No se nombrará curador para pleitos á los menores de doce y catorce años, ni se permitirán los nombres á los mayores de dichas dos edades respectivamente, sino cuando sus tutores y curadores no puedan con arreglo á derecho representarlos)." Como el tutor no puede con arreglo á derecho representar al menor en dichos pleitos, el Juez habrá de nombrarle un curador especial para ello.

Análoga resolución puede darse á ese caso ahora en vista de lo que dispone la Ley actual, porque el art. 1853 dice que cuando los padres, tutores ó curadores de un menor no emancipado, no puedan representarlo en juicio con arreglo á las leyes, se procederá á nombrarle un curador para pleitos. El tutor cuyo nombramiento es objeto de controversia no puede representar al menor hasta que se haya fallado el litigio y se le discierna el cargo. Mientras tanto que esto sucede, si hay quien le suscita algun pleito será preciso nombrarle para que lo represente en él un curador *ad litem* conforme á lo establecido en la seccion cuarta de este mismo título, artículos del 1852 al 1861.

III.

Venimos hablando en todo este largo comentario de la oposicion que puede suscitarse á un nombramiento de tutor y nada hemos dicho sobre el fondo de esa oposicion misma. Ya sabemos que esto no es materia de las leyes de procedimiento; pero hay que recordar lo que las de nuestro derecho civil disponen á ese propósito porque tiene aquí una aplicacion inmediata.

La oposicion á un nombramiento de tutor puede hacerla un tercero ó el mismo tutor designado, oponiéndose á aceptar el cargo. Si la hace un tercero se fundará, ó en que el tutor designado es incapaz ó en que hay motivo para sospechar de él que no cumpliera su encargo leal y fielmente. Si la hace el mismo tutor designado, se fundará en alguno de los motivos que sirven de excusa para no aceptar ninguna guardaduría. Conviene, pues, recordar aquí:

1° Los motivos que producen incapacidad para el desempeño de esos cargos.

2° Las causas por las que procede la remocion de un guardador como sospechoso.

3° Las excusas que pueden alegarse y que son de estimar para eximir á uno cualquiera del desempeño de esos cargos.

Las causas de incapacidad son las siguientes:

1ª La imposibilidad material. En cuya virtud no pueden ser tutores ni curadores:

a) Los dementes.

b) Los sordos, mudos, ciegos, desmemoriados, etc.

c) Los decrepitos ó enfermos crónicos, cuya dolencia les impida cuidar de sí ó de un extraño con el celo debido.

2ª La imposibilidad moral.—En cuya virtud no pueden ser tutores ni curadores:

a) Los menores.

b) Los pródigos declarados judicialmente.

c) Los condenados como autores, cómplices ó encubridores de los delitos de violacion, estupro, raptó ó corrupcion de los menores.

d) Los que ántes hubieran sido removidos de las guardadurías que desempeñaron como sospechosos.

e) Los condenados á la pena de interdiccion civil.

3^a El empleo ó profesion.—Por razon de empleo son considerados incapaces para el desempeño de la guardaduría:

a) Los militares en activo servicio.

b) Los sacerdotes.

4^a La desconfianza fundada de que no desempeñen bien sus cargos.—Por esta causa se consigna en las leyes la incapacidad de los siguientes:

a) Los deudores del pupilo.

b) Los que despues de haber de haberse hecho cargo de la tutela, tratarán de litigar con él.

Las causas por las que procede la remocion de un guardador (tutor ó curador) sospechoso son las siguientes:

1^a Cuando hay motivo para suponer que malgaste los bienes del menor ó que le enseñe malas costumbres.

2^a Cuando haya cometido esas faltas en el desempeño de otra tutela ó curatela.

3^a Cuando despues de aceptado y discernido el cargo se averigüe que era incapaz para desempeñarlo por algun motivo que ocultó.

4^a Si vendió ó empeñó bienes del menor, constituyó en ellos derechos reales ó transigió en algun pleito que al mismo interesase sin la correspondiente autorizacion.

5^a Si se ocultó al saber su nombramiento.

6^a Si ha privado al huérfano de una herencia sin motivo justificado.

7^a Si dejó indefensos los derechos ó intereses del menor.

Estas causas, que son, como hemos dicho, de remocion del guardador sospechoso pueden bastar tambien para que no se discierna el cargo al nombrado, siempre que haya motivo racional para presumir que el guardador haya incurrido en alguna de ellas, ó que desempeñando alguna guardaduría anterior haya cometido tal otra ó que se pruebe que estaba aperciéndose para cometerla. Por eso las hemos debido recordar aquí.

En último término, las causas justificadas de excusa, en que podrá fundarse por parte de un tutor nombrado la no aceptacion de ese cargo, son las siguientes:

1^a Tener cinco hijos legítimos varones.

2^a Estar ausente de la patria por razon de cargo público.—Si la ausencia es por otra causa ¿qué motivo hay para que no sirva de excusa?

3^a Desempeñar funciones en la administracion de justicia, como Juez ó Magistrado.

4^a Estar dentro de los cuatro primeros años de matrimonio.

5^a Vivir consagrado á la enseñanza oficial.—Y en nuestro concepto debe tambien estimarse ese oficio como motivo de excusa, cuando el que trata de excusarse vive consagrado á la enseñanza libre ó privada.

6^a Desempeñar cargos municipales.—¿Y por qué no se extiende esa excepcion á los provinciales y á los del Estado? La misma razon hay para tenerla en cuenta respecto de los unos que para aplicarla á los otros.

7^a Haber sido enemigo de los padres del menor, sin que haya mediado con ellos reconciliacion que ponga término á la enemistad.

8^a Tener tres tuteles.

9^a Ser pobre ó vivir de su trabajo personal.

10. Padecer una enfermedad crónica.

11. Haber cumplido sesenta años.

12. No saber leer ni escribir.

13. Ser mujer.—Nosotros añadimos esta circunstancia, fundándonos en que despues de promulgada la ley de Matrimonio civil, ha desaparecido la prohibicion en cuya virtud las mujeres se consideraban incapacitadas para desempeñar el cargo de tutoras. Y como ahora puedan serlo, parecen colocadas en la misma situacion de los hombres. La debilidad de su sexo, las especiales condiciones en que pueden hallarse y otras circunstancias que no necesitamos seguramente expresar para que el lector las tenga en cuenta, aconsejan diferenciarlas algo, y la diversidad más razonable que puede establecerse es esa; que las mujeres puedan excusarse de aceptar una guardaduría sin causa alguna.

IV.

Hecho un nombramiento de tutor por el Juez, el nombrado se niega á aceptarlo ó pide al Tribunal que le releve de ese compromiso, fundándose en alguno de los motivos de excusa que acabamos de enumerar ó en otro análogo á cualquiera de ellos, ó en consideraciones que él estime fundadas y razonables para proceder de esa manera. ¿Qué debe hacerse entónces?

En honor de la verdad la Ley anterior no habia previsto la posibilidad

dad de que ese caso aconteciera. Si bien es cierto que el art. 1230 habla de pueda empeñarse cuestion acerca del nombramiento de tutor, sin especificar en qué términos puede esa cuestion plantearse, lo que da motivo para creer que así se refiere al caso de que un tercero se oponga al nombramiento, como al de que el nombrado no acepte, del contexto de todo ese mismo artículo (1230) se desprende que los legisladores de 1855 no quisieron hablar de este aspecto que podia revestir esa cuestion, puesto que no dieron reglas adecuadas para tratarlo. La Ley de 1881 ha llenado un verdadero y notable vacío. Pero no lo ha llenado á nuestro juicio completamente bien, y de ahí que encontremos algo reparable y algo digno de modificacion en el art. 1840.

Cuando eso suceda, cuando el tutor designado se oponga al nombramiento ó manifieste que no está dispuesto á aceptar el cargo, debe producirse esa manifestacion por escrito ante el Juzgado en un término breve, á contar desde la fecha en que se le notificó haber sido nombrado para desempeñarlo. A nuestro juicio ese término no deberia exceder de tres dias. De su escrito habia de darse traslado al curador para pleitos que tuviera el menor si lo hubiese, segun los comentaristas de la Ley antigua.

La actual prescinde de ese curador y manda que se oiga al Promotor fiscal siempre que aquello suceda. Si el Promotor no se opone, en el dictámen que ha de dar evacuando el traslado que se le confiere, á que el tutor no ejerza ese cargo; si tiene por buenas las excusas que éste alega y las razones que da para eludir el cumplimiento de esa obligacion y lo manifiesta así, entónces el Juez debe nombrar otro tutor.

Lo mismo hemos dicho que debe hacerse cuando la oposicion nazca de un tercero y el tutor se allane. Si á estos dos pareceres conformes se une el del Promotor, nada más hay que hacer. Deberá aceptarse la renuncia por el tutor hecha y designarse la persona que ha de reemplazarle en el desempeño de ese cargo.

Pero puede ocurrir que el Ministerio público no se conforme con la renuncia del tutor. Esto sucederá en el menor número de casos. El Ministerio público debe ser favorable á la aceptacion de las renunciaciones casi siempre, á no ser que de ello resultaran graves perjuicios para el menor. Y debe ser favorable á su aceptacion porque el hecho de que el tutor nombrado renuncie, basta por sí solo para demostrar que no le anima en pró del huérfano ese interes cariñoso y ese celo, hijo del afecto,

to, tan necesario para el desempeño de aquel cargo. Cuando suceda que el tutor nombrado renuncie y que haya otros parientes ó personas dotadas de condiciones *ad hoc*, puede muy bien el Ministerio público conformarse con la renuncia del primero á quien se designó, contra el cual hay ya la sospecha que nace de haberle visto resistirse á tomar bajo su amparo el huérfano cuya guarda se le habia confiado.

Lo mismo el Ministerio público que el Juzgado en todo esto que se refiere al nombramiento de tutores y curadores deben proceder con extraordinaria cautela y singular esmero, examinando detenidamente las circunstancias de cada caso, pesando y comparando sus ventajas y sus inconvenientes, y decidiéndose al cabo por aquello que les parezca más satisfactorio y oportuno para los intereses del menor. La amplitud y elasticidad de los preceptos legales establecidos en el título que estamos examinando les permitirá indudablemente obrar así.

Si el Promotor fiscal no se conformase se discutirá y resolverá la oposicion por los trámites de los incidentes—dice el segundo párrafo del art. 1840—pero entre tanto, ¿quién cuidará de la persona y de los bienes del menor? ¿Quién le representará en este litigio? ¿Quién, si le suscitan otros, lo defenderá en ellos? Vamos á dar respuesta á cada una de estas cuestiones.

Respecto á la primera dice ese mismo artículo 1840, que mientras se tramita el incidente á que nos referimos, quede á cargo del tutor electo la custodia del menor y la administracion de su caudal. Esto último ha de hacerse bajo las garantías que el Juez estime suficientes; pero aunque así sucede nos parece algo violento, y en último término ocasionado á causar perjuicios á todos que tenga carácter ejecutivo por el momento la designacion del Juez, se imponga al tutor, que puede con legítimo fundamento haberse excusado de aceptarla, la carga de la guardaduría y se haga vivir al huérfano bajo la autoridad de quien expresamente revela no profesarle afecto, ni sentir deseo de cuidar de sus necesidades y ampararle.

Para cuando este caso ocurriera los comentaristas de la Ley de 1855 opinaron que debiera el Juez encargar provisionalmente á otro pariente ó persona de su confianza el cuidado del menor. En cuanto á los bienes, si hay testamentaria ó ab-intestato, el que los administre dentro de ese juicio universal, puede continuar manejándolos aun despues de terminado y hasta que haya tutor, siempre que hubiese cumplido bien los

deberes de aquel cargo. A falta de este administrador, ó si no inspira-se al Juez suficiente confianza, la misma persona bajo cupa custodia está el menor ú otra de su eleccion, podria encargarse de administrar el caudal del huérfano.

El incidente sobre aceptacion del cargo de tutor por el que fué designado y quiere renunciarlo, se seguirá entre éste y el Ministerio público.

El Ministerio público representa al pupilo en esos autos. Las costas y gastos que origine la sustanciacion de este incidente, en ningun caso deben gravar á los intereses y caudal del menor. Seria injusto, torpe é inhumano arruinarlo por consecuencia de tales litigios. Este es un principio bien establecido en la Ley actual y que merece todo nuestro aplauso, porque ha venido á poner término á manejos escandalosos y fraudulentos que eran posibles con la Ley antigua.

Por ultimo, si durante la sustancion de ese incidente, suscitaran al menor algun otro litigio, opinamos que debe nombrársele un curador para pleitos de acuerdo con lo que dispone el artículo 1853 á que ántes nos hemos referido.

SECCION SEGUNDA.

DEL NOMBRAMIENTO DE CURADORES PARA LOS BIENES.

No creemos necesario extendernos mucho en recordar los principios generales de derecho civil relativos á la materia de curadores. Al huérfano mayor de catorce años si es varon, y de doce si es hembra, y menor de edad no se le nombra tutor, sino curador. Este curador puede ser testamentario, como el tutor, ó designado por el menor mismo. Las causas de incapacidad que hemos mencionado respecto á los tutores, son aplicables á los curadores; tambien lo son los motivos de excusa que pueden invocar aquellos, y los que autorizan á calificarlos como sospechosos, y á removerlos en este supuesto del cargo que desempeñan. Hay, por último, tres clases de curadores: los curadores para los bienes, los ejemplares y los curadores para pleitos.

En esta seccion vamos solo á ocuparnos en los primeros que vienen á sustituir á los tutores, con ménos facultades que éstos, cuando el huérfano menor ha llegado á la edad que acabamos de fijar al principio de este párrafo.

Art. 1841. Acreditado el nombramiento de curador hecho

en disposicion testamentaria por el padre ó la madre del menor, ó por otra persona extraña que lo hubiere nombrado heredero ó dejado manda de importancia, acordará el Juez el discernimiento del cargo.

En la misma providencia decretará la prestacion ó relevacion de la fianza, segun los casos, en la forma prevenida para los tutores en los artículos 1833, 1834 y 1835. (*Ley ant., arts. 1231, 1232, 1233 y 1234.*)

Los artículos 1231, 1232, 1233 y 1234 de la Ley anterior, que concuerdan con este, disponian lo siguiente:

“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 hubiese relevado de fianzas á la persona nombrada, no podrá discernírsele el cargo sin que las haya préviamente prestado.

“Art. 1233. Si la madre hubiese 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 relevacion.

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

De una manera más breve y compendiosa ha venido á decir todo esto el art. 1841, encerrando en dos párrafos la doctrina establecida en esos cuatro artículos y las modificaciones que necesariamente produce lo determinado en el 1833, 1834 y 1835 de la anterior seccion. Este artículo 1841, por otra parte, establece lo que debe hacerse con los curadores testamentarios, dejando para más adelante lo que hay que tener en cuenta respecto á los dativos, que son los que nombra el menor, como veremos en lugar más oportuno.

Resumiendo, pues, diremos: Que el padre, la madre ó un extraño que instituya heredero á cualquier menor ó le deje manda de importancia, pueden nombrarle curador en su testamento, y que pueden al nombrarlo eximirle de prestar fianza, si bien la relevacion de fianza, hecha por el extraño, solo se entenderá respecto á los bienes en que consista la herencia ó legado.

No obstante esto, cuando sobrevengan razones muy fundadas, que el Juez apreciará, atendidas las circunstancias especiales que en el caso