

la curatela *ad bona*, pero no seria sostenible que cada una de estas guardadurías se rigiera por principios distintos ó que hubiese entre ellas más diferencias que las que justifica su propia naturaleza.

SECCION QUINTA.

DEL DISCERNIMIENTO DE LOS CARGOS DE TUTOR Y CURADOR.

Esta seccion no trata solo del discernimiento de las guardadurías, entendiendo por tal, conforme lo han definido varios tratadistas el acto ó diligencia en que un Juez, confirmando en su cargo al guardador nombrado, le confiere las facultades y poder que necesita para dirigir al menor ó incapacitado, representarlo en juicio y cuidar de su persona y de sus bienes. No; esta parte de la Ley no se ocupa en eso exclusivamente. Contiene disposiciones que hubiera sido más oportuno colocar en la seccion sexta, donde se trata de las reglas comunes á todas las demas secciones y otras que estarian en su sitio figurando en alguna de las precedentes, porque en realidad se refieren á la designacion más que al discernimiento de los indicados cargos. En las secciones que anteceden hemos expuesto tambien varias reglas, que como se verá, debieran haberse traído aquí.

Art. 1861. Hecho el nombramiento de tutor ó curador para bienes ó ejemplar, si fuere conocido el caudal del menor ó incapacitado, dictará el Juez providencia, mandando que se oiga al tutor ó curador nombrado y al Promotor fiscal, acerca de si se ha de entender el desempeño del cargo frutos por alimentos, ó ha de señalarles para estos una cantidad determinada.

Si el caudal del menor ó incapacitado no fuere conocido, bastará para los efectos de este artículo, que el tutor ó curador nombrado presente un inventario simple del caudal del menor, formado con citacion del Promotor fiscal y asistencia de dos de los parientes más próximos de dicho menor, uno por cada línea, y si no los hubiere, de dos vecinos de arraigo designados por el Juez. (*Ley ant., artículos 1261 y 1268.*)

Concuera este artículo con los 1261 y 1268 de la Ley anterior que vamos á transcribir á continuacion. Dicen así:

“Art. 1261. Antes de hacer el Juez el discernimiento de todo cargo de tutor, curador para los bienes ó ejemplar, teniendo en consideracion

la entidad del caudal del menor ó incapacitado y las circunstancias de su persona y oyendo siempre al Promotor, determinará si se entiende el desempeño del cargo frutos por pension.

“Caso de no declararse que se entienda en dicha forma, señalará el mismo Juez lo que el menor deba consumir en sus alimentos y educacion y el tanto por ciento que haya de abonarse por la administracion.”

Defectos tiene, sin género alguno de duda, lo que la presente Ley dispone acerca del discernimiento de los cargos de tutor y curador; pero en lo que se refiere á los puntos tratados por el art. 1261 de la anterior, no puede negarse que ha introducido reformas convenientes y realizado notorios progresos.

Basta, para, convencerse de ello, leer y comparar ese artículo 1261 (ó su párrafo primero, por lo ménos) y el 1861 que estamos comentando.

Antes de constituir una tutela, una curaduría *ad bona* ó una curaduría ejemplar, lo primero que hay que hacer, nombrada ya la persona que ha de desempeñarla, con arreglo á lo que en las secciones anteriores hemos manifestado, es determinar qué fianza está obligada á consignar, qué cantidad habrá de señalarse para alimentos del pupilo y qué suma se debe fijar como derechos del guardador.

Pero antes de adoptar cualquiera determinacion de estas es preciso que se averigüe un dato importantísimo: en qué consiste el caudal del menor. El art. 1861 señala, pues, el verdadero camino que debe seguirse en estas actuaciones al establecer que ante todo se procure conocer qué bienes constituyen el caudal del menor.

Habrán casos en que éste sea conocido, y otros en que no lo sea. En los primeros debe procederse en seguida á practicar lo que dispone el párrafo primero del artículo 1861. En los segundos debe en primer término llevarse á cabo aquella investigacion, para lo cual bastará que el tutor ó curador presente un inventario simple del caudal del menor, formado con citacion del Ministerio público y con asistencia de dos de los parientes más próximos de dicho menor, uno por cada línea, y si no los hubiere, de dos vecinos de arraigo designados por el Juez.

Conocido el caudal ó averiguado de esta manera en qué consiste, el Juez dictará una providencia mandando que se oiga al tutor ó curador

nombrado y al Ministerio público acerca de si se ha de entender el desempeño del cargo frutos por alimentos ó si se ha de señalar para éstos una cantidad determinada.

Se entiende desempeñada una tutela y curatela frutos por pension, cuando á virtud de esta declaracion el guardador hace suyos todos los frutos del caudal y queda obligado á costear la alimentacion del pupilo y á atender á las necesidades, reparaciones y gastos que ocasinen los bienes.

La cuestion es puramente económica. Los datos que hay que fijar para resolverla son: qué necesidades tiene el menor, qué cuesta la satisfaccion de esas necesidades en el lugar y en la época en donde esto ocurra, qué premio de administracion ha de darse al guardador y qué renta producen sus bienes al menor.

Fijados estos datos, ó la renta es insuficiente para costear los gastos indicados, ó excede á la cantidad que ellos exigen, ó basta para satisfacerla sin que sobre nada de la misma. En este caso procede declarar que se entienda el desempeño del cargo frutos por pension. Cuando la renta es mayor de lo que la pension debe ser, debe señalarse en qué haya de consistir ésta, ó lo que es igual, qué cantidad habrá de entregarse al guardador para que con ella atienda y satisfaga todas las necesidades de la guardaduría. Cuando la renta sea menor de lo que se necesite, habrá que apelar á otros procedimientos de que no es preciso hablemos en este lugar.

En estas consideraciones deben inspirarse el Ministerio público y el guardador al exponer su dictámen sobre ese punto. El Juez tambien debe tenerlo en cuenta y no habria sido excesivo que la Ley concretase lo que hemos dicho en una regla de general aplicacion, donde se estableciese cómo y de qué suerte ha de entenderse el desempeño de una guardaduría frutos por pension, y cómo y cuándo debe hacerse señalamiento de la cantidad en que haya de consistir ésta.

La resolucion de este problema es definitiva cuando el caudal fuese conocido; pero cuando no lo sea es provisional. En este último caso debe rectificarse tan pronto como se le conozca bien, para establecer ya una situacion duradera en este órden importantísimo de las relaciones entre un pupilo y su guardador. Tambien de esto creemos que deberia haber dicho la Ley, porque hay cosas que no pueden dejarse encomendadas á la práctica de los Tribunales, ni al prudente arbitrio de los

Jueces, ni siquiera al celo del Ministerio público y á la buena fe de los guardadores.

Art. 1862. En vista de lo que expongan dicho curador y el Promotor, dictará el Juez el auto que corresponda, fijando la cantidad en que ha de consistir la pension alimenticia, si opta por este medio, y determinando ademas en este caso el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó curador por el desempeño de su cargo. (*Ley anterior, artículos 1261 y 1263.*)

El párrafo primero del artículo 1861 dice que cuando sea conocido el caudal (conocido exactamente ó de una manera aproximada con arreglo á lo que establece el párrafo segundo), dictará el Juez providencia mandando que se oiga al tutor ó curador nombrado y al Ministerio público, acerca de si se ha de entender el desempeño del cargo frutos por alimentos ó si se ha de señalar para éstos una cantidad determinada. El guardador y el representante del Ministerio público, evacuarán ese traslado dentro del plazo que el Juez señale que podrá ampliarse, consintiéndole éste y siendo justo extenderlo.

El Juez, en visto de lo que ellos manifiesten, dictará el auto que corresponda, añade el artículo que estamos comentando.

¿Quiere esto decir que el Juez daberá ajustar su resolucion al consejo del guardador y del Fiscal? Nosotros no interpretamos de esa manera las palabras de la Ley. El Juez, en nuestro sentir, debe tomar en cuenta las indicaciones que aquellos le hagan, corroborarlas ó discutir las y rechazarlas en los motivos y considerandos del auto de dicte y en la parte dispositiva de éste resolver con libertad completa y entera independencia lo que entienda que es preferible para el menor y que favorece de una manera más notoria sus intereses; que el desempeño del cargo se entienda frutos por pension ó que haya de señalarse para los alimentos y demas gastos una cantidad determinada.

Quando disponga lo primero nada más tiene que añadir. Pero quando ordene lo segundo es preciso que fije la cantidad en que ha de consistir la pension y que determine el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó curador para el desempeño de su cargo.

Para fijar la cantidad en que haya de consistir la pension es necesario tener en cuenta, como hemos dicho ántes de ahora, las necesidades del menor, de su alimentacion, de su vestido, de sus estudios, de sus

dolencias, de sus distracciones, dadas la posición social que ocupa ó el rango de su familia, el lugar en que habitará y la época en que esto sucede.

Con tales datos, con el de las condiciones económicas de la localidad y del momento donde los hechos se verifican, se forma una especie de cálculo, avance ó presupuesto que dará con bastante exactitud la cifra apetecida.

En cuanto á la determinación del tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó al curador por el desempeño de su cargo, creemos lamentable que la Ley lo haya dejado enteramente al arbitrio del Juez, pues no se nos negará que esto puede prestarse á abusos de consideración.

Era preferible que el legislador hubiere señalado un tipo ó un máximo y un mínimo entre los cuales podría oscilar la cifra que se escogiera. Nosotros deseamos que esto se haga y se reforme en ese sentido el art. 1862, aunque no prescindamos de lo que hemos dicho tantas veces, sobre todo lo que se refiere á la administración de los caudales de un tercero.

Debian haberse unificado y organizado sobre una base científica todas las reglas que la Ley contiene y que son relativas á esa administración. Los que administran bienes de un concurso, de una testamentaria, de un abintestato, de un ausente, de un menor, ¿no desempeñan funciones análogas? Pues deben ser considerados, en lo que sus cargos tienen de común, de una manera semejante y tratados de la propia suerte.

La Ley ha debido fijar en ese punto, después de atento y maduro exámen de esta delicada cuestión, qué derechos ha de devengar el que administra bienes de otro, y una vez señalada la cifra aplicar rigurosamente ese precepto á todos los que se ocupan en administraciones de esa especie, cualquiera que sea el título con que lo hagan. La cifra en cuestión debía ser invariable, dentro de la base relativa de los tantos por ciento.

A falta de esa regla, los Jueces, para determinar la cifra de que tratamos tendrán presente la importancia y cuantía del caudal, los bienes que lo forman y la mayor ó menor dificultad de administrarlos.

La práctica antigua admitía que se asignase á los guardadores el 10 por 100 de la renta en concepto de administración, de acuerdo con lo

establecido en las Leyes 3.^a del título 3.^o del libro 4.^o del Fuero Juzgo y 2.^a del título VII del libro del Fuero Real. Ese tanto por ciento nos parece excesivo. Creemos que el se señale no debe exceder del cuatro, ó á lo más del cinco, y nosotros fijaríamos del 3 al 5 los términos de la escala que pudieran recorrer los Jueces al señalarlo para apreciar debidamente el premio que merece un guardador por el mayor ó menor trabajo que emplea en administrar los bienes de un pupilo y por el mayor ó menor perjuicio que, dadas sus condiciones, le cause tene que consagrarse á esta tarea.

Por último, si en las disposiciones testamentarias de aquellos que hayan instituido heredero al menor y le hubieran nombrado guardador se indicara algo sobre este tanto por ciento ó sobre la cifra á que ha ascender la pensión, convendrá tenerlo en cuenta para los efectos del art. 1864 que más adelante examinaremos, aunque adelantando ya que á nuestro juicio la cuestión debería quedar siempre íntegramente sometida al Juez, el cual, después de ver todos los datos que se le ofrezcan, y de traer á los autos los que estime oportunos, si cree que necesita de algún otro, resolverá seguramente lo más acertado.

No creemos, en último término, ocioso ni fuera de propósito recordar aquí á los Jueces lo que les advierte la Ley 20 del título XVI de la Partida sexta; la cual, después de haber hablado de los gastos que es preciso hacer para el sostenimiento, alimentación, etc., de los pupilos, añade: "catando todavia, que de la renta é de los esquilmos de los bienes del huérfano fagan estas despensas, é que todo lo alle finque en salvo si se pudiese fazer."

Conservar al menor sus bienes: hé ahí el interés supremo de la guardaduría. A él deben atender, ántes que á otro ninguno, los Jueces, y con arreglo á él deben fijar la pensión y los gastos que hayan de hacerse. Lo primero y lo más importante es conservar al menor lo que posee para que cuando disponga de sí tenga medios seguros y positivos de vivir. Si esto no fuese hacedero (y para que lo sea convendrá que Jueces y guardadores introduzcan en los gastos del pupilo todas las economías y reducciones posibles), si esto no fuese hacedero, el Juez y el guardador deben procurar que, por lo ménos, lo que el menor tiene le baste para costear una carrera, el establecimiento de una industria ó el aprendizaje de un oficio, capaz de darle en el porvenir medios de subsistencia.

Ante todo, pues, conservarle el caudal y mantenerlo y educarlo con la renta. Solo en el caso de que su alimentacion ó sus estudios lo exijan imperiosamente podrá disponerse del capital. Esto ha de hacerse con las formalidades que el lector conoce, despues de formarse un expediente en que quedé plenamente justificada la necesidad y la utilidad de la resolucion que se propone.

Art. 1863. El auto á que se refiere el artículo anterior, se ejecutará sin perjuicio del recurso de apelacion, que será admitido en un solo efecto.

El auto que declara si el desempeño de la guardaduría ha de entenderse frutos par alimentos ó que señala la pension que ha de sacarse para los gastos del huérfano y el premio de administracion del guardador es segun este artículo inmediatamente ejecutivo. Su índole lo requiere.

Hay necesidad de discernir cuando ántes el cargo. Es indispensable saber cómo ha de ejercer desde el primer día, siquiera la regla á que en un principio se sujete ese ejercicio sea provisional. No se corre ademas peligro alguno con esto, ni se aventura nada, porque si hay injusticia en la designacion judicial el Tribunal superior la corregirá en breve plazo.

Esta disposicion es nueva. El acto á que se refiere en la Ley anterior era apelable en ambos efectos.

Art. 1864. Lo dispuesto en los artículos anteriores, solo será aplicable al caso en que, el que haya nombrado heredero al menor no hubiere dispuesto otra cosa.

La Ley 19 del título XVI de la Partida sexta, que trate del modo como deben criarse los huérfanos, establece que se crien en aquel lugar y con aquellas personas que mandó su padre ó su abuelo, en testamento. Esa ley, á lo sumo, es una confirmacion de las que reconocen al padre ó al abuelo la facultad de nombrar tutor á su hijo ó á su nieto. Nosotros, á lo ménos, no creemos que deba atribuírsele un sentido más amplio y lato.

Los antiguos comentaristas de nuestro derecho civil pensaban de otra manera y veian en ella un fundamento bastante sólido para reconocer al padre derecho de determinar las condiciones en que habia de ejercitarse la tutela ó curatela del hijo. Sostenian que en su virtud será

preciso estar á lo que el padre determine sobre si el desempeño de esos cargos ha de entenderse frutos por alimentos ó mediante pension determinada y señalada, y que el padre tiene, por último, derecho á señalarla y á fijar la retribucion del tutor, así como ordenar todo lo que crea conveniente respecto á lo que despues de su muerte debe hacerse con sus hijos.

La práctica de los Tribunales se conformó durante mucho tiempo á esta interpretacion. La Ley antigua nada dijo acerca de ella, ni de lo que habia de hacerse en el caso de que el padre, por testamento, ordenara algo en contra de las reglas generales establecidas acerca del discernimiento del cargo de tutor y curador.

Los Sres. Manresa y Reus en su comentario á los artículos 1261, 1262 y 1263 sostienen que el Juez deberá aprobar ó afirmar lo que disponga el padre en testamento, sobre el modo de ejercer la tutela ó curatela de sus hijos, siempre que de ello no resulte considerable perjuicio para los menores. Lo mismo creian que debiera hacerse cuando tales prevenciones y medidas emanaban de una persona extraña, que instituyó herederos á los menores ó les dejó legado de importancia, bastante para sufragar todos los gastos que hubiese dispuesto.

En la práctica, los Jueces se han ajustado generalmente á esta manera de interpretar esos preceptos. Ahora deberán observar lo que prescribe el art. 1864.

Dice éste que lo ordenado en los artículos anteriores solo será aplicable al caso en que el que haya nombrado heredero al menor no hubiese dispuesto otra cosa. Los artículos anteriores, á que el 1864 se refiere, son el 1861, el 1862, y el 1863. Por lo tanto, de acuerdo con lo que aquel dice, deberán observarse en esta materia en lo sucesivo las reglas siguientes:

1.º Si el padre, la madre ó el extraño que nombró heredero á un menor ó le dejó legado de importancia ordenan que el desempeño del cargo de tutor ó curador que ellos mismos nombraron se entienda frutos por alimentos, se practicará así, sin ninguna diligencia ni actuacion prévia.

2.º Si esas mismas personas ordenasen que el desempeño de dichos cargos se haga señalando para los mismos una cantidad determinada, se practicará desde luego así, sin necesidad de oír á nadie y bastando

con la referencia hecha á la cláusula de la disposicion testamentaria que lo determina.

3^a. El padre, la madre ó el extraño que nombre heredero á un menor ó le dejen legado de importancia, pueden determinar la cantidad en que ha de consistir la pension alimenticia, si optan por este medio, y el tanto por ciento que haya de abonarse al tutor ó curador por el desempeño de su cargo. En tales casos se estará y pasará por lo que hubiesen resuelto y determinado.

No hay para que decir que no estamos conformes con estas reglas, que son las que naturalmente se desprenden del art. 1864, ni mucho ménos con lo que ese artículo dispone. Y lamentamos sinceramente que al redactarlo no se haya tenido en cuenta siquiera lo que ántes se practicaba y lo que los comentaristas advertian, para poner á sus disposiciones, tan absolutas y tan terminantes, alguna limitacion que impidiera los abusos y fraudes que en daño de los menores pueden cometerse á la sombra de ese precepto verdaderamente imprevisor. Nuevo dato para apreciar la escasa reflexion y el ningun detenimiento con que se ha llevado á cabo la reforma de 1881.

Nosotros creemos que si el padre, la madre ó el extraño que instituye al menor heredero ó le deja un legado de importancia, ordenan en su testamento que el desempeño del cargo de tutor ó curador por ellos nombrado se entienda frutos por alimentos, ó si prefiriendo el sistema de la pension alimenticia señalan ésta y el tanto por ciento que en ese caso haya de abonarse al tutor ó curador, deben estas indicaciones estimarse como un dato muy autorizado para resolver esos diferentes y delicadísimos problemas.

Porque es natural pensar que cuando el padre la madre ó el extraño que dió tan buena prueba de su cariño al menor, han descendido á esos pormenores y se han ocupado tan detalladamente en resolverlos habrán procurado hacer lo más útil y disponer lo más acertado para el pupilo, teniendo ante todo en cuenta la necesidad de conservar el caudal que posea, de educarlo y de mejorar su situacion. Esas indicaciones tienen por lo tanto un valor grande, extraordinario; pero no un valor decisivo. Atribuírsele seria peligroso, y en este punto debemos evitar todo lo que ofrezca peligros ó parezca ofrserlos.

No deben esas indicaciones ser la última palabra que puede pronun-

ciarse en este asunto. La prudencia aconseja que la última palabra pueda pronunciarla el Juez.

Ya hemos expuesto en otro lugar algunas de las razones que nos aconsejan pensar de esta manera. Hemos dicho que el caudal del menor, desde el instante en que lo recibe por muerte de su padre ó de su madre ó del extraño que se lo lega, es suyo y que ya no hay deber alguno de sujetarlo á las prescripciones ordenadas para ese momento y los sucesivos por aquel de quien procede.

Este, hemos añadido, no tiene, pues, derecho de escasear ó menoscabar las garantías á que ha de fiarse la conservacion del caudal del menor. La sociedad debe velar por los menores con ó contra la voluntad de sus padres y de los que los hayan favorecido ó intentado favorecerles.

En este razonamiento tan sencillo, tan claro y de una evidencia tan notoria nos fundábamos para pedir que nunca se discierna el cargo de tutor ó curador *ad boná* ó ejemplar, sin que el que haya de desempeñarlo preste fianzas, y en este razonamiento nos apoyamos para probar de la absurda doctrina que envuelve el art. 1864.

Cumpléndolo á la letra nada tan fácil como que un padre desherede á su hijo, le prive de gran parte de lo suyo en beneficio de un tercero á quien nombre tutor de su hijo, relevándole de prestar fianza y mandando que se le discierna el cargo frutos por pension, ó señalándole una pension crecida para alimentos y un tanto por ciento exagerado y ruinoso por sus derechos como administrador.

Se nos dirá que es difícil que esto suceda. Cierto, la naturaleza humana no es tan mala ó tan depravada que esos casos lleguen á generalizarse; pero ¿pueden ocurrir? Sí. Pues esto nos basta. Todos los dias oimos hablar de disensiones en el hogar doméstico y de padres que traspasan los límites de su autoridad en daño de los hijos á quienes educan, y cuando en el corazon de la familia brota esa mala planta que hacen nacer las segundas nupcias, aquellos ejemplos se repiten con harta frecuencia.

El rey D. Alfonso mandaba en su inmortal Código que la madre á quien se hubiera nombrado tutora de sus hijos, dejara de serlo tan pronto como volviera á contraer matrimonio. "Mas luego que casare, decia, deuen sacar al huérfano de su poder; porque dixeron los sábios que la mujer suele amar tanto al nuevo marido, que no tan solamente

le daría los bienes de sus hijos; más aun que consintiera en la muerte dellos por fazer placer á su marido." (Ley 19, tít. XVI, Partida sexta.) Este mandato ya no está en vigor; nosotros lo que habríamos hecho en vez de derogarlo era aplicarlo al marido lo mismo que á la mujer.

Lo único que habia en él de injusto es la excepcion hecha en contra de la mujer. Bajo este punto de vista no debe admitirse diferencia alguna de sexos, pues las pasiones de la propia manera extravían los sentimientos de una mujer que los de un hombre.

Supongamos que una madre, casada en segundas nupcias muere dejando un hijo menor de las primeras y que al morir nombra tutor de éste hijo á su padrastro, le releva de prestar fianzas y le favorece en la forma de constituir la tutela, señalando una pension alimenticia exagerada, ó asignándole unos derechos que excedan del diez ó del quince por ciento, ó bien en el caso de que las rentas sean cuantiosas, mandando que se entienda desempeñado el cargo frutos por pension. Los bienes del menor no pueden estar más en peligro. Y sin embargo, no hay manera de evitarlo, porque está allí el art. 1864, ante el cual todos debemos bajar la cabeza. Las cosas pasarán como la madre dispuso ó como el padrastro le sugirió que ordenara.

Este caso es verosímil, aunque lo hayamos imaginado nosotros; pero en nuestra práctica hay uno harto elocuente que prueba la certeza de nuestros temores y la realidad de nuestros hechos. El padre, al morir, no confió á la madrastra la tutela de la hija habida en el primer matrimonio; pero por sugerencias de su mujer se la confió al padre de ésta, de la madrastra, relevándole de prestar fianza y mandando que se entendiera el desempeño del cargo frutos por pensión. El caudal era pingüe y la renta cuantiosa. De ella apenas se invirtió una pequeña parte en la educacion y alimentacion de la niña. Y cuando esta contrajo matrimonio halló que apenas tenia bienes de fortuna. Todos estaban comprometidos en azarosas especulaciones mercantiles é industriales. ¿Cómo pudo suceder esto? No es este lugar oportuno de explicarlo. Basta con decir que aún dura, desde hace mucho tiempo y sin producir fruto de ninguna especie, el litigio entablado para obligar á aquel guardador á que devuelva el caudal de la menor.

Por otra parte, un padre puede equivocarse al apreciar la aptitud de sus hijos, y al calcular él lo que es necesario para costearles educacion.

Esto dependerá de la carrera que haya de dárseles, y la carrera á que se les destine ha de escogerse en vista de sus condiciones intelectuales, morales y físicas, las que no se revelan en los primeros y más tiernos años de la existencia, sino andando el tiempo, cuando la razon está próxima á su madurez, y cuando se empiezan á conocer las vicisitudes de la vida.

Seria desacertado no contar con estos cambios y empeñarse en determinarlos y proveerlos todo de antemano. Por esa consideracion tambien el deseo del padre no debe ponerse en lo que á esas cuestiones toca, por cima de la voluntad, sino que ha de dejarse á ésta una esfera independiente donde obrar.

Cuando ménos nosotros deseáramos que el artículo 1864 contuviera la limitacion sancionada por la práctica, de que sigan en esos puntos las indicaciones de los padres, siempre que de ellas no se tema que pueda resultar perjuicio para los menores, por lo cual convendria oír; siempre al Ministerio público, al guardador y á los parientes más próximos del menor por parte de su padre y de su madre. Esta restriccion seria tambien aplicable al caso de que las condiciones en que hubiera de ejercerse la tutela y la curatela fuesen establecidas por un extraño con derecho para hacerlo. Pero entónces, ademas, hay que tener presentes otras consideraciones que no carecen de importancia y que los Sres. Manresa y Reus advirtieron con una oportunidad que nosotros habríamos deseado ver imitada por los legisladores de 1881.

Lo que dispone el extraño que nombra heredero al menor ó le hace un legado de importancia solo debe aplicarse á la herencia que le ha dejado ó á las cosas que le legó. El principio de derecho establecido en el art. 1834 debe aplicarse á este caso y nos parece de tan evidente justicia aplicarlo, que los Tribunales harian mal á nuestro juicio en prescindir de él y de sus lógicas deducciones, á pesar de no mencionarlo el art. 1864 por evidente descuido de sus redactores.

De suerte que si un menor, que recibe el legado de un extraño, quien le nombra tutor y prescribe que éste desempeñe el cargo frutos por pensión, adquiere nuevos bienes, éstos, aunque hayan de ser administrados por aquel tutor, no estarán sujetos á las mismas condiciones de los que el extraño les legó, y deberá, respecto de ellos procederse con arreglo á lo que determinan los artículos 1861, 1862, y 1863 y no el 1864.

En nuestro comentario al art. 1834, exponemos más extensa y detenidamente los fundamentos de esa doctrina que los legisladores de 1881 debieron haber recordado aquí, estableciendo una limitación al principio del art. 1864, y ordenando que lo que disponga á tenor de éste el extraño de que hablamos, solo pueda entenderse aplicable á los bienes que él deja al menor.

Nosotros preferiríamos que desapareciese el art. 1864 y se derogase el principio que ha traído á la Ley; pero en el caso de conservarlo, creemos indispensable ponerle esas dos limitaciones, y si los Tribunales con su jurisprudencia alcanzan á mitigar el rigor de los preceptos de la Ley, nunca como en este caso deben inclinarse á interpretar esos dos artículos de la propia manera que si las contuviesen ya, porque la equidad de una parte, los principios en que la Ley se funda, de otra, y las prescripciones contenidas en otros artículos como el 1834, lo recomiendan así á la experiencia y sabiduría de los jueces.

Art. 1865. No estando relevado el tutor ó curador nombrado de la obligación de dar fianza, se le requerirá para que presente la que el Juez estime necesaria para garantizar el importe de los bienes muebles, y la renta ó producto de los inmuebles que constituyan el caudal del menor ó incapacitado. [*Ley ant., arts. 1264, 1266 y 1267.*]

I.

No estando el guardador relevado de fianzas, ó aunque lo esté, apreciando el Juez que se encuentra en el caso de obrar como dispone el art. 1835, lo primero que ha de hacer inmediatamente después que se cumpla lo que el 1864 ordena, es prestarla. Es decir, que ántes de discernirse el cargo á un tutor, á un curador *ad bona* ó á un curador ejemplar será preciso:

1º Hacer constar en qué consiste y á cuánto asciende el caudal del menor según lo determinado en el art. 1861 de esta Ley.

2º Establecer las condiciones en que habrá de ejercerse la guardaduría con arreglo á lo que disponen los artículos 1862, 1863 y 1864.

3º Hacer constar si ha sido relevado ó no del deber de prestar fianzas.

4º En el caso de que lo hubiese sido, ver si, por razones muy fundadas, que han de apreciarse atendiendo á las circunstancias especiales de cada caso, es conveniente á pesar de la relevación, exigírselas.

Para llevar á cabo este trámite, la Ley anterior mandaba que, hecha constar la indicada relevación, el Juez la aprobase ó la desaprobara. La Ley actual nada dice de esto, y lo lamentamos sinceramente, porque dado nuestro punto de vista es ese un trámite necesario. De todas suertes en este punto del procedimiento será donde el Juez podrá ejercitar la facultad que le otorga el indicado art. 1835, y como la Ley no lo prohíbe en la práctica pueden conservarse las actuaciones á que nos venimos refiriendo que traen á la memoria del Juez la posibilidad de aplicar esa facultad y las múltiples razones que la recomiendan á su previsión.

5º Si el guardador no está relevado de prestar fianzas ó si, aun existiendo esa relevación, el Juez se la exige por los motivos que hemos indicado, se le requerirá para que la preste.

¿Cómo ha de hacerse este requerimiento? ¿Cómo ha de regularse la cuantía de la fianza? En este caso se ocupan la segunda parte del artículo 1865 que estamos comentando y los 1266 y 1267 de la antigua Ley con que ese concuerda. Vamos á examinar la doctrina que establecen cómo han de practicarse sus preceptos, qué reparos suscitan á la crítica reflexiva y razonadora en que procuramos inspirarnos y de qué reformas ó innovaciones es susceptible esa parte de la Ley.

El requerimiento de que se trata lo mandará hacer el Juez en vista de los antecedentes que pueda consultar, por medio de providencia en la que deberá ordenarse al guardador:

1º Que preste fianza;

2º Que la preste dentro de cierto término, que prudencialmente fijará el Juez y se marcará en el requerimiento;

3º Que la fianza ascienda á una cantidad determinada, que también habrá que fijar en el requerimiento de que venimos hablando, y

4º Que se haga constar en él la reserva de que se fija en esa cantidad la fianza del guardador, sin perjuicio de aumentarla si fuese necesario luego que se conozca exactamente la entidad del caudal del menor, ó cuando éste aumentare.

Para hacer este requerimiento, como hemos visto, hay que fijar la cantidad á que ha de ascender la fianza que el guardador presente. Esa cantidad deberá determinarse considerando á cuánto asciende y en qué consiste el caudal del menor y aplicando á los datos que resulten lo de-