

Tambien podia el tribunal haber citado el artículo 158 pero yo daria sobre este la misma respuesta que sobre el 383. Una disposicion general como la de nuestro artículo, habria ahorrado á los legisladores los 158 y 383, y á los tribunales pleitos y conflictos.

Como quiera, el artículo 384 Francés al conceder el usufructo, supone matrimonio: lo niega pues indirecta, pero necesariamente, á los padres naturales: le copian el 298 Napolitano, 204 de Vaud, 374 Holandes y el 224 Sardo; así como siguen al 158 Frances, el 172 Napolitano, y el 97 y 104 Holandeses, con disposiciones análogas; y al 383 Frances, el 223 Sardo, 310 Napolitano y el 361 Holandes.

El 254 de la Luisiana niega la patria potestad sobre los ilegítimos legalmente reconocidos, y el 644 Prusiano, título 2, parte 1 la niega sobre los naturales no legitimados.

El 374 Holandes viene á reconocerla, pues dice, como por escepcion, que el usufructo no tendrá lugar en favor del padre y madre de los hijos naturales legalmente reconocidos.

Sabido es que por Derecho Romano y Patrio no habia patria potestad sobre los hijos naturales, ley 2, título 17, Partida 4.

Sin embargo, por uno y otro Derecho podia el padre dar tutor al hijo natural en

ciertos casos, y con ciertas condiciones; leyes 4, título 29, libro 5 del Código, 7, título 3, libro 26 del Digesto, y 8, título 16, Partida 6.

Esta facultad tenia por causa y objeto la utilidad de los hijos naturales, no la de sus padres, como lo demuestran las palabras de la citada ley 7 del Código, *naturatibus liberis providentes, etc.*

La tendencia de nuestro artículo, á pesar de la grande innovacion que hace atendidas aquellas dos legislaciones, viene á ser la misma, pues quita á la patria potestad lo que tiene de útil para el padre, á saber el usufructo, y conserva todo lo demas que es de direccion y proteccion para el hijo natural.

Tiene ademas nuestro artículo la ventaja de fijar con claridad lo que en el Código Frances y demas que le siguen se ha presentado como dudoso, y únicamente por inducciones, mas ó menos fundadas, ha sido fallado en el sentido de nuestro artículo.

*No tendrán el usufructo:* para que la adopcion y reconocimiento no sean el producto de cálculos sordidos é interesados.

*Tampoco la administracion, etc.:* el padre natural ó adoptivo no puede ser de mejor condicion que el legítimo; y á este se impone la misma obligacion en el último párrafo del artículo 156.

## TITULO VIII.

### De la tutela.

#### CAPITULO I.

##### DISPOSICIONES GENERALES.

El derecho Romano reconoció tutores para los que no habian llegado á la edad de la pubertad, es decir para los varones huérfanos menores de 14 años, y para las hembras menores de 12: desde esta edad hasta la de 25 años cumplidos, en que principiaba la mayor edad, se les daban curadores, párrafo 3, título 13, y testo del título 23, libro 1, Instituciones.

Esta doctrina pasó á las leyes 1 y 13, título 16, Partida 6, y ha sido constantemente observada.

Pero los Fueros Juzgo y Real reconocieron únicamente la tutela, no curaduría, para las personas de menor edad, y esta duraba hasta los 20 años, leyes 13, título 1, y 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, y las 1 y 2, título 7, libro 3 del Fuero Real.

De los Códigos modernos solo el de la Luisiana, artículo 263, adopta la distincion Romana de tutores y curadores dentro de la menor edad; los demas únicamente admiten tutores como nuestros mencionados Fueros que son, y sobre todo el Juzgo, verdaderamente nacionales.

La distincion Romana y de Partidas á mas de no fundarse en razon alguna, ocasionaba confusion y dudas sobre si los puberos podian ó no ser obligados á recibir curador, sobre la validez ó nulidad de sus ac-

tos en uno ú otro caso, sobre ser necesaria en unos la restitucion por reputarse válidos, y en otros no, por reputarse nulos. "*Licet puberes sint, ad huc tamen ejus aetatis sunt ut sua negotia tueri non possint.*" dice el testo del título 23, libro 1, Instituciones; ¿por qué, pues, no se les habia de dar tutores, cuando segun el párrafo 1, título 13, se dan *ad tuendum eum, qui per aetatem se ipse defendere nequit?*"

El acortamiento de la menor edad por los citados Fueros y Códigos es otro motivo para recomendar su desvio del Derecho Romano; que tambien fué adoptado por los Germanos y otros pueblos de origen Germánico. Téngase presente lo dispuesto en los artículos 84, 85 y 382.

#### ARTICULO 171.

*La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado ni sujeto á la patria potestad (1).*

I. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó solo la segunda, para gobernarse por sí mismos.—Tienen incapacidad natural y legal:—I. Los menores de edad no emancipados:—II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lucidos:—III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.—Tienen incapacidad legal:—I. Los pródigos declarados

Viene á ser la misma definicion de la ley 1, título 16, Partida 6: "Guarda que es dada al huérfano libre menor de 14 años, é á la huérfana menor de doce años," y la del párrafo 1, título 13, libro 1, Instituciones. "Appellantur tutores, quasi tutores, atque defensores" del verbo latino *tueor*, que significa defender.

La tutela, segun el párrafo 6, título 20, libro 1, Instituciones, *juri naturali conveniens est*; puede decirse que es de derecho de gentes considerado en abstracto, aunque en su forma y especie sea de derecho civil positivo. Toda sociedad está obligada á proveer de defensa al ser desgraciado que por su orfandad y tierna edad no puede él mismo defenderse. Esta obligacion ha sido reconocida siempre y por todos los pueblos: *ad curam publicam pertinet*, segun el emperador Severo, ley 2, párrafo 2, título 6, libro 26 del Digesto; el Código Prusiano la proclama al frente del título *de tutela*, 18, parte 2, añadiendo que el estado para delegar este poder y llenar esta obligacion nombra tutores y curadores; en el 131, "Los tutores son mandatarios del estado para administrar la persona y bienes de un menor": igual era el espíritu de la ley 20, título 23, Partida 3, "Maguer el Rey es tenuto de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo deve fazer á estos" (los huérfanos), y las leyes 5, título 3, 41, título 18 y 20, título 23 de la misma Partida, los pusieron bajo la inmediata y especial proteccion del Rey, "porque son mas desamparados que los otros."

Menor; de 20 años, artículo 142.

Entre los Romanos las mugeres estuvieron hasta cierta época en tutela perpétua; y algunos Códigos modernos les ponen siempre ciertas restricciones para obligarse.

Ni sujeto á la patria potestad "*Patrem habenti tutor non datur*," era máxima del Derecho Romano y Patrio, y nosotros la adop-

conforme á las leyes:—Los menores de edad legalmente emancipados, para los negocios judiciales.—Arts. 430 á 432, tít. 9, cap. 1, lib. 1<sup>o</sup>, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

tamos en todo su rigor sin reconocer con los Códigos modernos la tutela del padre y de la madre, que en realidad no es sino una parte de la patria potestad, mucho mas noble y elevada que la tutela.

#### ARTICULO 172

*La tutela se ejercerá por el tutor, bajo la vigilancia del protutor y del consejo de familia, en los casos y en la forma que determinan las leyes (1).*

1. La tutela se desempeña por el tutor, con intervencion del curador, en los términos establecidos por la ley.—Ningun incapaz puede tener á un mismo tiempo mas de un tutor y un curador.—Un tutor y un curador pueden desempeñar la tutela de varios incapaces.—Los cargos de tutor y curador se defieren:—I. En testamento:—II. Por la ley:—III. Por eleccion del mismo incapaz, confirmada por el juez:—IV. Por nombramiento exclusivo del juez.—Estos cargos se disciernen en la forma prevenida en el Código de procedimientos.—Arts. 433 á 435, 447 y 448, tít. 9, cap. 1, lib. 1<sup>o</sup>, cód. civ. vigente.

Véanse los capítulos 4<sup>o</sup>, 5<sup>o</sup> y 6<sup>o</sup> del Código de procedimientos civiles vigente que tratan de esta materia.

La comision al tratar este punto espone literalmente lo siguiente:

La legislacion actual establece dos guardadores para el menor, fundándose en una distincion muy poco ó nada importante, como es la edad del pupilo, y añadiendo otro elemento de defensa con el nombre de curador ad-litem. Los códigos modernos, ademas del tutor y curador, establecen un protutor y el consejo de familia. Ya se han expuesto las razones porque no se admitió el consejo: ahora se manifestarán las que han servido de base al sistema de la comision, para asegurar, hasta donde es posible, los intereses de los que deben vivir sujetos á tutela, sea cual fuere el motivo en que se funde la incapacidad.

El tutor cuida de la persona y administra los bienes del incapacitado; le representa en todos los actos civiles con las excepciones que en su lugar se establecen, y atiende á su educacion, cuando es menor, y á su curacion, si está impedido. El tutor es por lo mismo la mas importante personalidad; debiendo en consecuencia presidir á su eleccion la cordura y el buen criterio.

Mas como el tutor es hombre, y está como tal sujeto á las debilidades y pasiones humanas, es preciso que haya otra persona que le vigile: este es el carácter del curador. Sin su audiencia casi nada puede hacer el tutor; y poco sin su intervencion directa, exigiéndose en muchos casos su expreso consentimiento. Si el tutor es la garantía del menor contra los extraños, el curador es tambien su primera garantía contra el tutor.

Se anuncia desde luego lo que especial y detenidamente se desenvuelve en los capítulos 5 y 6 sobre el *protutor y el consejo de familia*.

Estas dos innovaciones han pasado del Código Frances al Napolitano y Sardo: este último llama *protutor* al que los dos primeros llaman *tutor subrogado*; tambien le llama así el Código Holandes, artículo 422, aunque no admite el consejo de familia.

La seccion del Código civil adoptó estas innovaciones en su sesion del 6 de Diciembre de 1843 y las propuso á la Comision general que las aprobó en la sesion de 9 de Enero de 1844.

El protutor hace innecesario el nombramiento del curador especial que por Derecho Romano y Patrio se daba al menor siempre que sus intereses estaban en oposicion con los del tutor.

Pero sus atribuciones y obligaciones van mucho mas lejos, como se espresa en el artículo 188: es un vigilante y centinela del menor contra el tutor infiel ó negligente, y da el grito de alarma al consejo de familia para prevenir el daño en el momento mismo que amenaza.

El Consejo de familia ha pasado por pensamiento nuevo y original de los legisladores Franceses, mereciendo grandes elogios de los mas célebres Jurisconsultos y publicistas, entre otros del célebre Brougham,

Es la segunda el ministerio público, que debe ser oido en todos los negocios relativos á la tutela. Un funcionario público de alta categoría, independiente, extraño á la familia del menor, versado en la ciencia del derecho, será sin duda el custodio mas eficaz de los incapacitados.

La tercera garantía de estos y la que completa el sistema, es la autoridad judicial, que á las cualidades que concurren en el ministerio público, agrega la de mayor experiencia, mas respetabilidad y la obligacion de responder de sus actos.

Quando á pesar de estas garantías no se haya evitado el daño, tiene el menor dos medios para indemnizarse: la garantía pecuniaria del tutor y la restitucion in integrum.

Sobre estas bases está formado el título de tutela. En su respectivo lugar se harán nuevas explicaciones, que completarán estas indicaciones generales.—N. de los EE.

nuestro contemporáneo en el parlamento Ingles.

Sin embargo, aunque se me tache de maníático por nuestras antiguas leyes, puramente Españolas y sin la mezcla ó liga de Romanismo, yo creo entrever en ellas algunos rasgos informes, si se quiere, y groseros del consejo de familias.

La ley 3, título 3, libro 4 del Fuero Juzgo, da la tutela en primer lugar á la madre viuda, mientras permanezca tal; en segundo á los hermanos del huérfano, si fueren de edad perfecta, es decir, de veinte años; en tercero al tío, hermano del padre difunto, ó á su hijo: faltando estos dispone, que los parientes del huérfano elijan tutor, *tunc tutor ab aliis parentibus in presentia judicis eligatur*.

La ley 3, título 7, libro 3 del Fuero Real ordena que la madre viuda y tutora de sus hijos haga el inventario de los bienes de estos *ante los parientes mas propincuos del (padre) muerto* y si pasare á segundas bodas, *el alcalde con los parientes mas propincuos del muerto den á ellos (los huérfanos) é á sus bienes quien los tenga en guarda*.

Se vé, pues, que por los dos Códigos mencionados correspondia á los parientes el acto mas importante que el Frances atribuye al consejo de familia, á saber, el nombramiento de tutor; y correspondia tambien la intervencion en otro acto de no menor importancia, cual es la formacion de inventario.

Estos rasgos, aunque toscos é imperfectos, encierran y descubren un gran pensamiento, que al mismo tiempo de ser beneficioso al menor, guarda armonía con las afecciones de la naturaleza, y hasta con los cálculos del interés personal.

El huérfano gana, porque en vez de hallarse entregado exclusivamente á un tutor, que con el tiempo (ya que no abuse de su encargo, puede adolecer de negligencia), está rodeado de un consejo de sus mas próximos parientes que vigilan al tutor, y cuyo concurso será necesario en los actos mas im-

portantes de la tutela: de modo que se prevendrán los perjuicios del huérfano, cuando en el sistema actual, solo le queda el triste y tardío recurso de pedir su separación, llegado el tiempo de la mayoría.

La sencilla razón dicta que mirarán más por la persona y bienes del menor los que le tocan más de cerca por los vínculos de la sangre; y á lo piadoso y moral de esta presunción se agrega respecto de los bienes el interés que deben tener por su conservación y fomento los que generalmente han de tener mayores esperanzas de heredarlos.

Es moral este pensamiento, porque lo es cuanto sigue el orden de los afectos ó sentimientos de la naturaleza y procura su desarrollo: es además político y social, porque conserva y aviva el espíritu de familia, alejando en lo posible y razonable la intervención judicial.

Como quiera, no podemos ocultarnos que vamos á hacer un grande ensayo ¿cuáles serán sus resultados?

Puede casi asegurarse que serán desde luego felices en las provincias de Fueros, cuya legislación ha creado y conserva más vivo el espíritu de familia: en las otras provincias serán más lentos y tardíos pero al fin se creará ese mismo espíritu, porque las buenas leyes acaban siempre por crear buenas costumbres.

Ni fué desconocida en Derecho Romano la conveniencia y utilidad de contar con los parientes del menor en ocasiones dadas. Con ellos se contaba para que la viuda menor de 25 años pudiese repetir matrimonio, ley 18, título 4, libro 5 del Código, para variar el lugar ó persona señalada por el padre para la educación del pupilo *presentibus cateris propinquis liberorum*, ley 1, párrafo 1, título 2, libro 27 del Digesto. *Evocandi sunt ad Prætores tutores pupilli ut defendant: si autem non habet tutores, requirendi cognati vel adfines, et si qui alii forte sunt, l quos verosimili est defensionem pupilli, pupillæ, non omissuros, ve propter necessitudinem, vel propter caritatem, vel qua alia ratione*, ley 5, párrafo 1, título 4, libro 42 del Digesto.

## ARTICULO 173.

*La tutela es un cargo personal de que nadie puede escusarse, á no asistirle alguna causa legítima, y que tampoco puede ejercerse conjuntamente por más de una persona (1).*

417, 419 y 427 Franceses: todos los Códigos se hallan conformes en el tenor de este artículo, incluso el Romano y Patrio, salvo que por este los tutores legítimos eran libres en admitir, ó no, la tutela sin necesidad de justa excusa, ley 2, título 16, Partida 6.

Aunque la tutela tiene por objeto la utilidad del huérfano, era y es *munus publicum*, carga ó cargo público, porque la ley lo hace forzoso é indeclinable á menos de justa excusa: *munus proprie est, quod necessarie obimus*, ley 214 de *verborum significatione*: y siendo cargo público, están escludida de ella las mugeres, número 1 del artículo 202. Es también personal, y por lo tanto se acaba con la muerte del tutor, artículo 254.

*Tampoco puede ejercerse, etc.*: vé el artículo 180. *Apparet igitur prætoricure fuisse ne tutela per plures administraretur: quippe et si pater non destinaverit quis gerere debeat, altamen id agit, ut per unum administraretur; sane enim facilius unus tutor et actionis exercet et ex cipit: ne per multos tutela spargatur*, ley 3, párrafo 6, título 7, libro 26 del Digesto: sin embargo, en los párrafos 8 y 9, permite á los tutores (si lo quieren) dividir entre sí la administración de la tutela ó administrar juntos. La razón de esto último era que, aun los que no administraban, quedaban subsidiariamente responsables de las consecuencias del único que administraba; pero en este Código no tienen responsabilidad alguna, y por lo tanto

1. Los cargos de tutor y curador no pueden ser desempeñados por una misma persona.—Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en la línea recta ó dentro del cuarto en la colateral.—La tutela es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse sino por causa legítima.—Arts. 436 á 438 tít. 9, cap. 1, lib. 1º, código civ. vigente.—N. de los EE.

to nunca podrá ejercerse la tutela conjuntamente por dos ó más personas: la ley 11, título 16, Partida 6, venia á disponer lo que la Romana y el párrafo 1, título 24, libro 1, Instituciones.

Y aunque el huérfano tenga bienes en países lejanos, todos correrán á cargo y bajo la responsabilidad del único tutor que ejerza, para lo que será libre en nombrar administradores ó apoderados: por este medio habrá más unidad, rapidez y sencillez en la administración, y el huérfano gana en habérselas con uno solo.

En esto nos separamos del artículo 417 Frances, que confía á un protutor independiente la administración especial de los bienes que tenga el huérfano en las colonias ó al revés.

Por Derecho Romano se permitía lo mismo con el nombre de tutor, no solo cuando los bienes del huérfano estaban sitos en provincias distintas y lejanas, como Africa, Siria, sino á más de cien millas, *ultra centesimum lapidem*, del lugar en que se ejercía la tutela, leyes 12 y siguientes, título 2, libro 26, y 10, párrafo 4, y 21, párrafo 2, título 1, libro 27 del Digesto.

## ARTICULO 174.

*El alcalde del domicilio del huérfano proveerá al cuidado de su persona y bienes hasta que acuerde lo conveniente el consejo de familia en su primera reunion (1).*

Puede pasar algún tiempo hasta la reunion del consejo de familia, y el huérfano y su patrimonio no deben quedar entretanto desamparados: una vez reunido el consejo, á él tocará proveer en caso de necesidad; vé los artículos 209 y 216.

## ARTICULO 175

*Si al deferirse la tutela se encuentra el menor fuera de su domicilio, el alcalde del pueblo en que se hallare hará inventariar y depo-*

1. El juez de primera instancia del domicilio del incapaz, y si no lo hubiere, el juez menor, proveerá provisionalmente al cuidado de la persona y bienes hasta que se nombre el tutor.—Art. 441, tít. 9, cap. 1, lib. 1º código civ. vigente.—N. de los EE.

*sitar los bienes muebles que el menor tenga en su poder, y oficiará al alcalde del domicilio, remitiéndole un testimonio de estas diligencias.*

*La misma obligacion tiene siempre que la tutela quede vacante por cualquier causa, y que el consejo de familia y el protutor no puedan atender á la defensa de los intereses del huérfano.*

*En todo caso, el alcalde responderá de los daños que vengan al menor por su falta y abandono (1).*

El espíritu y objeto de este artículo son los mismos que los del anterior, á saber: que el huérfano no quede ni momentaneamente en desamparo.

El segundo párrafo habla ya con el alcalde del domicilio: el caso debe ser raro, pero merece ser previsto en beneficio del huérfano.

El tercero habla con uno y otro alcalde; la responsabilidad es una consecuencia de la obligacion que se les impone en los dos artículos y de otro modo serian ilusorios.

## ARTICULO 176.

*Los parientes del menor están obligados á poner en noticia del alcalde el caso de orfandad, ó la vacante de la tutela; y si fueren negligentes quedarán sujetos á lo dispuesto en el número 9 del artículo 202 (1).*

1. Si al deferirse la tutela, se encuentra el incapaz fuera de su domicilio, el juez de primera instancia, y en su falta el juez menor del pueblo en que se hallare, hará inventariar y depositar los bienes muebles que el incapaz tenga en su poder, y lo avisará inmediatamente al juez del domicilio, remitiéndole un testimonio de estas diligencias.—Esta misma obligacion tiene en el caso de quedar vacante la tutela por cualquier causa.—De las resoluciones que se dictaren conforme á los artículos 441, 442 y 443, no se admitirá apelacion más que en el efecto devolutivo.—El Ministerio público será oído siempre que el juez deba interponer su autoridad en los negocios relativos á tutela, sean de la clase que fueren; en los de los menores emancipados y en los juicios de interdiccion.—El juez que no cumpla con las prescripciones de este Código, relativas á tutela, además de las penas en que incurra conforme á las leyes, será responsable de los perjuicios que sufran los incapaces.—Arts. 442 á 446, tít. 9, cap. 1, lib. 1º código civ. vigente.—N. de los EE.

1. Cuando los herederos sean menores ó incapaces, ó se hallen ausentes, el ejecutor testamen-