

nistracion y nombrare por tutor á su marido, será necesaria la confirmacion del consejo de familia (1).

Vé las citas de Códigos hechas en el artículo anterior, y lo espuesto en el 164, del que este es una consecuencia forzosa: vé tambien el 168. La segunda parte del artículo desde "pero" difiere de los artículos 399 y 400 Franceses, segun los cuales, la madre binuba, y no mantenida en la tutela, no puede nombrar tutor á los hijos de anterior matrimonio: la mantenida puede nombrarlo; pero será necesaria la confirmacion del consejo de familia. El artículo 319 Napolitano es todavía mas severo, pues basta que el padre, al morir, haya dado un co-tutor á la madre para que esta no pueda ya nombrar tutor sino para la administracion de sus bienes personales.

Nuestro artículo 168, mas favorable á los sentimientos maternales, conserva á la que contrae segundas nupcias todos los derechos de la patria potestad, salva la administracion de los bienes, y de consiguiente el de nombrar tutor, que es uno de aquellos. Pero aquí se pone una prudente limitacion al ejercicio de este derecho. Un exceso de amor ó las sugerencias de su segundo marido, pueden haber influido para que le nombrara tutor; el consejo de familia decidirá de la utilidad y subsistencia del nombramiento; si este ha recaido en otro, no há lugar á tales sospechas, y por lo mismo no será necesaria la confirmacion.

ARTICULO 179

El padre, y en su caso la madre, pueden nombrar un tutor para todos sus hijos menores, ó encargar la tutela de cada uno de estos á persona diferente, aunque le sobreviva su consorte, siempre que no pueda entrar en el ejer-

Este artículo está conforme con nuestra legislacion; supuesto que por el primer artículo citado en la nota anterior se previene que todos los que ejercen la patria potestad tienen derecho para nombrar tutor en su testamento y por el artículo 392 capítulo 1º título 8º libro 1º se dispone que des-pues del padre, la madre es la que ejerce la patria potestad.—N. de los EE.

cicio de la patria potestad; pero cesando la incapacidad ó impedimento, cesará tambien el tutor testamentario (1).

Vé los casos del artículo 163. Cuando el cónyuge sobreviviente no puede entrar en el ejercicio de la patria potestad, se reputa para los efectos de esta como si no existiera; pero la ficcion no puede llevarse mas allá de lo que dura la incapacidad, y cesando la causa, deben cesar sus efectos.

ARTICULO 180.

Si el padre ó la madre nombraren mas de un tutor á un hijo suyo, con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros, en el caso de muerte, incapacidad, excusa ó separacion de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado por el orden de su designacion en el testamento, á no ser que el testador determine el lugar en que deban entrar á desempeñarla.

Siempre que se nombre mas de un tutor, se entenderán nombrados por su orden, y sustituyéndose unos á otros (2).

1. Si fueren varios los menores, podrá nombrarse un tutor comun, ó conferirse á persona diferente la tutela de cada uno de ellos.—En el primer caso si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fueren opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez: quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los menores que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposicion.—Arts. 534 y 535, tit. 9, cap. 5, lib. 1º cód. civ. vigente.

La comision dá por razon para haber dictado el artículo 535 citado en la presente nota, el que pudiendo muy bien estar los intereses de unos menores opuestos á los de otros, el tutor principal se encontraría embarazado en sus operaciones y perjudicaría acaso sin intencion á algunos y beneficiaría sin injusticia á otros.—N. de los EE.

2. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado; á quien sustituirán los demas por el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remocion.—Lo dispuesto en el artículo anterior no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.—Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administracion de la tutela, que no sean contrarias á las leyes; á no ser que el juez, oyendo al tutor y al curador, las estime dañosas á los menores; en cuyo caso podrán dispensarlas ó modificarlas.—Si por un nombramiento condicional de tutor ó por cualquiera otro motivo, faltaren temporalmente el tutor testamentario, el juez pro-

Vé lo espuesto en el artículo 173 á las palabras "Tampoco puede ejercerse, etc." El artículo 180 no hace mas que explicar y desenvolver el espíritu del 173. La tutela ha de ser siempre ejercida por uno solo; así lo exige el interes del menor: el padre ó madre podrán designar quien la haya de ejercer; si callaron sobre esto, la ley interpreta su voluntad: lo único que no podrán disponer el padre ó madre, será que la tutela haya de ser ejercida conjuntamente por mas de una persona.

CAPITULO III.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA.

Vé lo espuesto sobre esta tutela al frente del capítulo 2. Los códigos Frances, Sardo, Napolitano y de la Luisiana, limitan esta tutela á la línea recta ascendiente. El Derecho Romano, en su último estado, y el Patrio, la deferian sin distincion de líneas y grados á los parientes mas cercanos *Authentica sicut hereditas*, título 30, libro 5 del Código y ley 9, título 16, Partida 6; nosotros habemos adoptado un término medio admitiendo á los ascendientes y hermanos: las afecciones entre estos últimos son por lo comun tan íntimas y dulces!! Nacen con la cuna y crecen con la cohabitacion, que rara vez tiene lugar en los ascendientes.

ARTICULO 181.

Tiene lugar la tutela legítima:

1º *Quando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado murió en vida del que le nombró.*

2º *En los casos previstos en los artículos 82, y 85 (1).*

402 Frances, que solo da entrada á la tutela legítima, cuando el padre ó madre no

veerá de tutor interino al menor, prefiriendo al pariente que deba ser llamado conforme al artículo 546.—Arts. 541 á 544, tit. 9, cap. 5, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

1. Hay lugar á la tutela legítima.—1º En los casos de suspension ó pérdida de la patria potestad ó de impedimento del que debe ejercerla.—2º Cuando no hay tutor testamentario. 3º Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.—Art. 545, cap. 6, tit. 9, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

han nombrado tutor, 365 Napolitano, 257 Sardo: el 282 de la Luisiana la da tambien entrada, cuando el tutor testamentario se ha escusado.

El párrafo 2, título 15, libro 1, Instituciones, está conforme con nuestro número 1; pero en vista de las leyes 11, título 2 y 6, título 4, libro 26 del Digesto, es preciso convenir en que, fuera de los casos de excusa ó remocion del tutor testamentario, tenia siempre lugar la tutela legítima.

La ley 9, título 16, Partida 6, dice absolutamente lo mismo que nuestro número 1, aunque Gregorio Lopez quiso estenderla al caso de morir el tutor despues de haber entrado en la tutela, pero sin haber llegado el huérfano á la pubertad.

Nuestro número 1 está claro, y aleja todas las cuestiones: fúndase en la voluntad presunta de los padres: si absolutamente no dan tutor, ó sabiendo que ha muerto el nombrado, no proveen de otro, dan á entender su confianza en los legítimos: en todos los demas casos dieron á entender lo contrario, y habrá por lo tanto de procederse al nombramiento de tutor dativo: el artículo 184 dispone lo mismo con igual claridad.

Número 2. Son los casos previstos en los párrafos segundos de los artículos 82 y 85. En el del artículo 82, ambos cónyuges carecen de la patria potestad, que es el fundamento de la tutela testamentaria: en el del 85 sucede lo mismo con el cónyuge sobreviviente, y se da por supuesto que el inocente murió sin nombrar tutor. No hay, pues, nombramiento de tutor testamentario; y segun el número 1 tiene lugar el del legítimo.

ARTICULO 182.

La tutela legítima corresponde únicamente á los abuelos y hermanos del menor por el orden siguiente:

1º *Al abuelo paterno.*

2º *Al abuelo materno.*

3º *A las abuelas paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas.*

4º *A los hermanos varones, siendo preferi-*

dos los que lo sean por ambos lados, y entre estos el de mayor edad.

Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van designadas (1).

402 Frances, menos claro que el nuestro, y sin dar lugar á los hermanos: el 403 habla de los bisabuelos; caso omitido en el nuestro, porque suele ser raro, y será rarísimo que tengan la sanidad de espíritu y cuerpo necesario para ejercer la tutela: vé las otras citas en el artículo anterior.

El Derecho Romano y Patrio, á pesar de la incapacidad de las mugeres para ser tutoras, preferían en la tutela legítima á la madre y abuela del huérfano, conservándoc-

1. La tutela legítima corresponde:—1º A los hermanos varones prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas.—2º Por falta ó incapacidad de los hermanos á los tíos, hermanos del padre ó de la madre.—Si hubiere varios hermanos de igual vínculo ó varios tíos de igual grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca mas apto para el cargo.—La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores. Arts. 546 á 548 cap. 6 tit. 9. libro 1º cód. civ. vig.

Respecto á la tutela legítima de los dementes, idiotas y sordo mudos, previene el código civil en sus artículos 549 á 553 del capítulo 7 tit. 9 lib. 1º lo siguiente.

El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y esta lo es de su marido.—Los hijos varones mayores de edad son tutores de su padre ó madre viudos.—Cuando haya dos ó mas hijos, será preferido el que viva en compañía del padre ó de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca mas apto.—El padre, y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela.—A falta de tutor testamentario, y de persona que con arreglo á los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados á ella el abuelo paterno; en falta de éste, el materno; en falta de estos, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tíos paternos; y en la de estos, los maternos. Respecto de los hermanos y de los tíos se observará lo dispuesto en los artículos 546 y 547.

En cuanto á la tutela legítima del pródigo, el espresado código civil en el artículo 554 del cap. 8º, título y libro citado, dispone:

El padre es de derecho tutor del hijo pródigo: á falta del padre, el tutor será nombrado por el juez, si aquel no ejerció el derecho que le concede el artículo 538.—N. de los EE.

se viudas, *Authentica, matris, etc.*, título 35, libro 5 del Código y ley 9, título 16, Partida 6.

La preferencia que se da en los números 1 y 3 á la línea paterna, es una consecuencia necesaria de la misma organización de la familia.

Número 3; viudas: si la repetición de matrimonio perjudicó siempre á la madre, debe con igual ó mayor razón perjudicar á las abuelas; y el consejo de familia no tendrá respecto de estas la facultad del artículo 168: el artículo 405 Frances solo admite á los ascendientes varones.

Número 4. Varones: vé el número 1 del artículo 202 y lo espuesto al 173. Las hermanas, aun estando solteras, no tienen la misma presunción de ternura hacia el huérfano que las abuelas; si no lo están, su condición es todavía mas desfavorable.

Por ambos lados. El doble vínculo induce mayor presunción de cariño, y si favorece para la doble porción en las herencias sin testamento, artículo 760, debe tambien tenerse en cuenta para lo oneroso como la tutela que tiene alguna analogía con aquellas, segun he indicado en el artículo 177 á las palabras "*En testamento*".

Se reemplazarán: sea que el del orden anterior se escuse legítimamente de admitir la tutela, ó muera, ó sea removido despues de su admisión: vé el número 2 del artículo siguiente. No podrá, pues, suscitarse entre nosotros la cuestion que agita Rogron en el artículo 402 Frances, y que deja indecisa comparando dicho artículo con el 405.

CAPITULO IV.

DE LA TUTELA DATIVA.

ARTICULO 183.

El tutor dativo se nombrará por el consejo de familia (1).

1. El tutor dativo será nombrado por el juez, si el menor no ha cumplido catorce años. Si es mayor de edad el mismo nombrará el tutor y el juez confirmará el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario.—Para reprobare los ulteriores nombramientos que haga el menor, se oirá ademas á un defensor que el mismo menor elegirá.—Arts. 555 y 556, cap. 9, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

ARTICULO 184.

La tutela dativa tiene lugar:

1º Cuando por cualquiera causa cesa el tutor testamentario despues de la muerte del que le nombró.

2º En los casos en que debiendo tener lugar la tutela legítima falten todas las personas llamadas á ejercerla (1).

El 405 Frances comprende estos dos artículos, dando entrada á la tutela dativa cuando no queda tutor testamentario ni ascendientes varones, y cuando aquel es escusado ó removido. Pero acabo de indicar refiriéndome á Rogron, que los artículos Franceses 402 y 405 han dado lugar á dudas, removidas por nuestro artículo anterior. Siguen al Frances el 326 Napolitano, 260 Sardo y 288 de la Luisiana.

Por derecho Romano tenia lugar la tutela dativa, *si cui nullus omnino tutor fuerat*, y cuando la tutela testamentaria estaba impedida, pero se esperaba por haber sido nombrado el tutor bajo condicion, ó desde día cierto, ó espiraba aquella por muerte, escusa ó remocion del tutor; párrafos 1 y 2, título 20, libro 1, Instituciones, y ley 12, título 2, libro 26 del Digesto: Vinio explica, aunque no muy satisfactoriamente, el por qué de estas diferencias. La ley 12, título 16, Partida 6, dice simplemente que, no habiendo el padre nombrado tutor, y no queriendo serlo ningun pariente cercano; lo dé el juez y señala quiénes deben pedírsele: pero tanto ella como todas las de aquel título y siguientes callan sobre los casos de escusa y remocion del tutor testamentario; Gregorio López en la glosa 4 de dicha ley

1. La tutela dativa tiene lugar:—I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona á quien conforme á la ley corresponda la tutela legítima:—II. Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningun pariente de los designados en el artículo 546.—Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.—El tutor dativo para asuntos judiciales tendrá el honorario que señale el arancel á los procuradores.—Art 557 á 559, cap. 9, tit. 9, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Tom. I.

12 da por supuesto que tiene entrada el tutor dativo.

El número 1 de nuestro artículo 184 con el número del 181 cierra la puerta á toda cuestion y duda: el nombramiento de tutor por el padre ó madre es un tácito y desfavorable testimonio contra los llamados á la tutela legítima; debe por lo tanto darse lugar á la dativa: cuando el nombrado murió en vida del que le nombró, viene realmente á ser lo mismo que si no hubiera sido nombrado.

Número 2. Esta disposicion es de absoluta necesidad, porque ha de proveerse de tutor á quien, ni lo tiene testamentario, ni puede tenerlo legítimo.

CAPITULO V.

DEL PRO-TUTOR (1).

Véase lo espuesto sobre esta innovacion en el artículo 172.

ARTICULO 185.

En todos los casos de tutela el consejo de familia nombrará un pro-tutor, siempre que no haya sido nombrado por el padre ó por la madre.

420 Frances que tambien designa sus funciones en general, y no hace la escepcion que el nuestro por no creer necesario espresarla: 342 Napolitano, 278 Sardo: el 300 de la Luisiana y el 422 de Holanda atribuyen su nombramiento al Juez: el 223 de Vaud no admite esta innovacion; y cuando los intereses del menor estén en oposicion con los del tutor, dispone que se nombre por el Juez un curador especial, ó *ad hoc*, cuyas obligaciones serán en aquel negocio las mismas que las de un tutor; esto es conforme al párrafo

1. El presente capítulo no está en práctica entre nosotros, por estar prevenido por los artículos 433 y 434 del código civil vigente que la tutela se desempeña por el tutor con intervencion del curador; y que ningun incapaz puede tener á un mismo tiempo mas de un tutor y un curador, sin prevenir ni establecer el relacionado código el pro-tutor de que trata el citado capítulo.—N. de los EE.

25.

3, título 19, Instituciones, y así se ha practicado constantemente entre nosotros por ser de absoluta necesidad.

En todos los casos. Sea cualquiera la especie de tutela; y los padres no podrán dispensar ó prohibir este nombramiento, aunque se les permite que ellos mismos lo hagan: la tutela en cuanto á su objeto, tiene mucho de derecho público, que no se altera por la voluntad de los particulares, artículo 11.

ARTICULO 186.

En el caso de tutela dativa, el consejo de familia nombrará el pro-tutor en la misma sesión en que nombre el tutor.

422 Frances que dice: "Inmediatamente despues del nombramiento del tutor;" 344 Napolitano, 281 Sardo, 424 Holandes.

El nombramiento de protutor, aunque en la misma sesión, debe hacerse despues de el del tutor para que este, si es miembro del consejo de familia, pueda abstenerse de votarlo; á mas de que está en el orden natural de las ideas nombrar primero al principal que á su segundo ó vigilante.

En la misma línea: sin embargo, podrá ser nombrado un hermano entero, ó carnal, porque abraza las dos líneas.

ARTICULO 187.

El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar á ejercer sus cargos, sin hacer que antes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de protutor.

El tutor que no llena este formalidad, será responsable de los daños que vengán al menor, y además será separado de la tutela.

En el caso de que el tutor sea pariente del menor, no podrá ser nombrado el protutor de la misma línea.

Los dos primeros párrafos son el 421 Frances, y el tercero el 423 Frances que exceptúa el caso de hermanos carnales; 343 y 345 Napolitanos, 280 y 283 Sardos, 423 Holandes.

Para el reconocimiento de su cargo: porque son tutores de pleno derecho, y no nece-

sitan la confirmación del consejo de familia, que al contrario habrá de reconocerlos por tales, si no tienen impedimento de ley.

Será separado. El artículo 421 Frances, dice: "Podrá si ha habido dolo;" el nuestro supone tambien dolo ó malicia en el tutor, y bajo esta suposición es imperativo, porque nada bueno puede esperarse del que comienza con tan malos auspicios. Otra cosa sería en el caso de simple error ó negligencia; y de todos modos, el conflicto entre el tutor y el consejo, habrá de ser dirimido por el juez.

En la misma línea. Tomándose el tutor y pro-tutor en una misma línea, podría temerse la preponderancia ó conclusión en ella. Si en el consejo no hubiera sino de la línea en que ha sido escogido el tutor, sería preciso nombrar protutor á un extraño.

ARTICULO 188.

El pro-tutor está obligado:

1º *A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor.*

2º *A vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del Consejo de familia cuanto crea que pueda ser dañoso al huérfano en su educación y en sus intereses.*

3º *A promover la reunión del Consejo de familia para el nombramiento de otro tutor, siempre que la tutela quede vacante ó abandonada.*

4º *A ejercer las demás obligaciones que especialmente le señala la ley.*

El artículo 420 Frances impone al protutor la obligación de obrar por los intereses del menor cuando estén en oposición con los del tutor y el 424, la obligación especial de nuestro número 3. Le siguen los artículos extranjeros citados en el nuestro 186, y además el 346 Napolitano, 431 Holandes, 303 de la Luisiana y 278 Sardo.

En oposición con los del tutor: pero en este caso el pro-tutor, aunque sea miembro del Consejo de familia, no tendrá en él voto deliberativo, y el juez le hará reemplazar por otra persona capaz de hacer parte (artículo 282 Sardo).

La reunión del consejo: porque él no reemplaza al tutor; las obligaciones y repre-

sentación de uno y otro son absolutamente incompatibles: pero es interés del huérfano que la tutela no quede abandonada.

Número 4: como en los casos del artículo 242 y 258:

ARTICULO 189.

El pro-tutor que no llene las obligaciones prescritas en el artículo anterior, es responsable de los daños y perjuicios que por ello resultaren al menor.

Toda la culpa ó negligencia lleva la responsabilidad civil de daños y perjuicios, artículo 1900.

CAPITULO VI.

DEL CONSEJO DE FAMILIA (1).

Vé lo espuesto sobre esta innovación en el artículo 172.

ARTICULO 190

Se procederá á la formación del Consejo de familia siempre que haya que nombrar tutor ó pro-tutor, y en los demás casos en que la ley requiere reunión.

Vé los artículos 183 al 187 inclusive, y lo en ellos espuesto.

Tutor: como en los de tutela dativa, según los artículos 183 y 184.

O pro-tutor: y como este ha de ser nombrado en todos los casos de tutela según el artículo 185, se sigue que en todos ellos se ha de proceder á la formación del Consejo de familia.

La ley requiere su reunión: como en el caso del artículo 168.

ARTICULO 191.

Compondrán el consejo de familia el alcalde del domicilio del huérfano, y los cuatro parientes mas allegados de este; dos de la línea paterna y dos de la materna, que estén vecindados en el mismo pueblo ó en otro que no diste mas de seis leguas.

1. A fojas 139 de este tomo está una nota en la que hemos espuesto las razones que la comisión tuvo para no adoptar el consejo de familia: de donde resulta que el presente capítulo no está en práctica entre nosotros. Véase la espresada nota.—N. de los EE.

Entre los parientes se comprenderán los maridos de las hermanas del menor, mientras estas vivan.

407 Frances que habla de parientes, ó afines, *allies*, aunque en igualdad de grado da la preferencia á los primeros: exige el número de seis, y señala la distancia de dos miriámetros: nuestro artículo reduce á cuatro el número de seis, y alarga un tanto la distancia por estar el país menos poblado; en cuanto á los afines, vé el final del artículo 328 Napolitano, 262 Sardo: los 290, 221 y 300 de la Luisiana, y el 388 Holandes varían algo: el de la Luisiana exige por lo menos cinco parientes ó amigos residentes en la parroquia del juez: el Holandes reduce tambien á cuatro el número de parientes ó afines.

El alcalde: ó el que haga sus veces, y así ha de entenderse esta palabra en todo el capítulo.

Cuatro parientes: He dado la razón de haber reducido á cuatro los seis del artículo Frances; el Código Holandes adoptó lo mismo que el nuestro, sin poder alegar la misma razón; tambien el artículo 263 Sardo; y nuestras leyes patrias solo exigían en casos parecidos uno ó dos parientes de cada línea.

El consejo con los cuatro parientes y el alcalde se compondrá de cinco, número impar, con lo que se evitarán los empates en la votación.

Dos de la línea paterna, etc. Así se evitará la influencia, ó preponderancia de una de ellas; y las dos tienen la misma presunción de interés y cariño por el huérfano.

Mas de seis leguas. Una distancia mayor acarrearía grandes molestias á los parientes y retardos en la reunión del consejo, con perjuicio del mismo huérfano, pues le interesa que el consejo pueda reunirse fácilmente y vigilar de cerca al tutor.

Los maridos de las hermanas, etc. La afinidad es siempre vínculo mas débil que el del parentesco de sangre: por esto el artículo se limita á los cuñados, y mientras vivan sus mugeres hermanas del huérfano. Síguese de este párrafo y del artículo 192 que