

CAPITULO VII.

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA SER TUTORES, PRO-TUTORES, Y VOCALES DEL CONSEJO DE FAMILIA, Y DE SU SEPARACION.

El artículo 442 Frances, 322 de la Luisiana, 302 Sardo y 365 Napolitano hablan solo de la tutela y del consejo de familia; pero es indudable que en aquella comprenden al pro-tutor, y así se hace espresamente en el 325 de la Luisiana.

ARTICULO 202.

No pueden obtener estos cargos:

1° Las mugeres, á escepcion de las abuelas del menor, que sean viudas.

2° Los menores de edad.

3° Las mayores de edad que se encuentren bajo curaduría.

4° Los que hayan sido removidos de otra tutela anterior por sospechosos.

5° Los que por sentencia hayan sido condenados en alguna pena que lleve consigo la privacion ó inhabilitacion de este cargo.

6° Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida.

7° Los que, al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor sobre el estado civil ó considerable porcion de sus bienes.

8° Los deudores del menor en cantidad considerable.

9° Los parientes comprendidos en el artículo 176.

10° Los jueces ordinarios de tribunal no colegiado cuando el menor ó sus bienes están en el territorio á que alcance su jurisdiccion (1).

1. No pueden ser tutores, aunque estén anuentes en recibir el cargo:—I. Las mugeres, excepto en los casos de los artículos 549 y 552:—Los menores de edad:—III. Los mayores de edad que se encuentren bajo tutela:—IV. Los que hayan sido removidos de otra tutela en los casos 1°, 2° y 4° del artículo 563:—V. Los que por sentencia que cause ejecutoria, hayan sido condenados á la privacion de este cargo ó á la inhabilitacion para obtenerlo:—VI. Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida:—VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor:—VIII. Los deudores del menor en cantidad considerable, á juicio del juez; á no ser que el que nombre tutor testamentario, lo haya hecho con conocimiento de la deuda, declarándolo así expre-

El 442 Frances hasta el 445; pero no comprende nuestros números 8, 9 y 10; lo mismo el 365 al 368 Napolitanos, 302 al 305 Sardos, donde se escluye tambien á los individuos de corporaciones religiosas, en que se pronuncian votos solemnes, ó perpetuos: el 305, dice; "El condenado á una pena que esceda de un año de prision no puede ser nombrado tutor, si no lo ha estinguido: pierde tambien la tutela que ejerce, y no puede volver á ella sino en virtud de un nuevo acuerdo."

"Si la pena es de un año ó ménos, su destitucion será facultativa."

El 332 de la Luisiana comprende tambien como nuestro número 8 á los deudores del menor.

El 240 al 244 de Vaud, son copia del 242 al 244 Frances; en el 239 son escluidos algunos funcionarios públicos por lo tocante al territorio en que ejercen sus funciones.

Los 436 y 437 Holandeses disponen casi lo mismo que los franceses, añadiendo: "Los fallidos ó insolventes de notoriedad:" en cuanto al derecho Romano y Patrio, véanse las citas en cada uno de los números.

Número 1. "*Tutelam administrare virile munus est, et ultra sexum femineae infirmitatis: Præter matrem et aviam aliis mulieribus interdicitur officium tutelæ subire.*" Ley 1 y auténtica *matri et avia*, título 35, libro 5 del Código, ley 4, título 16, Partida 6: el decoro y la debilidad del sexo alejan á las mugeres de la tutela: vé el artículo 182, número 3.

Número 2. "*Cum sit incivile eos, qui alieno auxilio in rebus suis administrandis agere noscantur, et ab aliis sequentur, aliorum tutelam vel curam subire.*" párrafo 13, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 4 y

samente al hacer el nombramiento:—IX. Los jueces ó magistrados que tengan jurisdiccion en el lugar ó lugares en que se hallen el menor ó sus bienes:—X. El extranjero que no esté domiciliado en el Distrito ó en la California:—XI. Los empleados públicos de hacienda que por razon de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual, ó lo hayan tenido y no la hubieren cubierto.—Art. 562, cap. XI, tit. 9, lib. 1° cód. civ. vigente.—N. de los EE.

7, título 16, Partida 6: uno y otro derecho permitian el nombramiento del menor en testamento, aunque no entraban á ejercer la tutela hasta llegar á la mayor edad: nuestro artículo no lo permite; pero pudiendo el emancipado obligarse y administrar sus cosas, podrá tambien ser tutor.

Número 3: dicha ley 4, título 16, Partida 6, y el párrafo 2, título 14, libro 1, Instituciones, porque se hallan en el caso del menor de edad, y son comparados al furioso.

Número 4: ley 3, párrafo 8, título 10 libro 26 del Digesto y 1, título 18, Partida 6: "el que es una vez dado por malo, siempre lo deven tener por tal (en el mismo género), fasta que se pruebe lo contrario", ley 33, título 34, Partida 7.

Número 5: como las penas que en el Código penal llevan consigo la interdiccion civil, artículos 52 y siguientes del mismo.

Número 6: ley 3, párrafo 12, título 10, libro 26, *si qua justa causa est*, "ó lo oviesse mostrado malas maneras," ley 1, título 18, Partida 6: los que se hallan en los casos de este número no pueden cuidar bien de la educacion y patrimonio del huérfano: *maxima debetur puero reverentia*; y cómo podrían ellos darle buenos ejemplos?

Número 7: leyes 6, párrafo 18, y 21, título 1, libro 27 del Digesto, leyes 2, título 17, y 4, título 16, Partida 6: de *omnibus bonis, aut plurima parte eorum*; "pleito ganado: sobre toda la heredad del mozo, é sobre alguna partida grande della."

Pendiente: si se moviese despues tendrá lugar el número 4 del artículo siguiente: en cualquier otro pleito el pro-tutor representará en él al huérfano segun el artículo 188.

Número 8. Novela 72; capítulo 1, que habla de todo deudor sin distinguir de cantidades: igual impedimento pone al acreedor del huérfano: sobre esto segun vé el artículo 225 y 242.

Nuestro artículo se limita á los deudores en cantidad considerable; lo pequeño no debe tomarse en cuenta, y como lo considerable y pequeño sean relativos segun las circunstancias de las personas y de sus

Tom. I.

fortunas, al consejo de familia tocará hacer la calificacion. Pero si el padre ó madre nombraron tutor testamentario con conocimiento de la deuda, esta prueba de confianza removerá toda sospecha y el impedimento: así lo estableció la ley 14, título 16, Partida 6, adoptando la opinion mas comun y fundada.

Número 9. Si no lo han hecho con el propósito especial de libertarse de la tutela, porque á nadie debe aprovechar su mala fé.

Número 10. Vendrían á ser jueces y partes en todos los negocios del menor, ó tendrían este y sus contrarios la necesidad de litigar con perjuicio suyo ante un juez accidental y sin nombramiento de tal; en los tribunales colegiados cesan estos inconvenientes.

Cuando se discutió este título, estaban suprimidos de derecho los institutos religiosos; posteriormente se restableció uno de ellos, y ahora se dice que en el Concordato se ha convenido el restablecimiento de otros.

En el título de Herencias por testamento, artículos 601 y 607, discutido posteriormente, fué preciso ya preveer este caso, y debe igualmente preverse en este lugar.

¿Podrán ser tutores los religiosos profesos?

Por Derecho Romano el sacerdocio y el monacato eran impedimentos para la tutela, salva la legítima que se permitía á los presbíteros y diáconos, Novela 123, capítulo 5, cuya disposicion fué trasladada á la ley 14, título 16, Partida 6: aquí solo se trata de religiosos profesos que la Comision no pudo entonces tener presentes: á los clérigos los tuvo, y ni les concedió escusa, ni les puso impedimento, salvo lo dispuesto en el número 3, artículo 210.

Mi opinion es que no pueden serlo, porque el tal cargo es incompatible con sus votos y retraimiento del mundo; sin embargo, habrá de guardarse tambien en esta la salvedad hecha en los citados artículos 601 y 607: arriba he notado que el artículo 302 Sardo dispone lo mismo, el 3 Bávoro, número 26.

ro 2, libro 1 de la tutela, y el 191 Austriaco, número 4.

¿Podrá un extranjero ser tutor de un español? Por lo que respecta á los franceses, el tribunal de Casacion decidió esta cuestion en sentido negativo acudiendo por falta de testo espreso á inducciones algo vagas, y á consideraciones generales de conveniencia.

Yo entiendo que aun en esto debe entrar por algo nuestro artículo 26 sobre reciprocidad. Segun él, no podria negarse á un extranjero la tutela de un español, cuando en el país de aquel no fuera excluido el español; pero exigiria siempre la residencia del extranjero en España, porque de otro modo no podria ejercer la tutela segun se dispone en este Código, por ejemplo en lo relativo al consejo de familia: como quiera, despues del mencionado fallo, el frances no podrá ser tutor de un español, salvo los tratados.

ARTICULO 203.

Serán separados de la tutela:

1.º Los que se hallen en el caso de los artículos 187 y 1832.

2.º Los que no formalicen el inventario en el término y forma establecidos por la ley, ó no lo hayan hecho con fidelidad.

3.º Los que se condujeren mal en la tutela respecto de la persona, ó en la administracion de los bienes del menor.

4.º Los inhábiles desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad (1).

Los artículos 243 y 244 Franceses, relativos á esto, no valen, á mi corto modo de ver, lo que el nuestro en órden y clairdad, á pesar de haber sido copiados en otros Códigos. El número 4 contiene una regla declarando causas de separacion todas las

1. Serán separados de la tutela:—I. Los que, sin haber caucionado su manejo conforme al capítulo XIII, de este titulo, ejerzan la administracion de la tutela:—II. Los que se condujeren mal en el desempeño de la tutela; ya respecto de la persona, ya respecto de la administracion de los bienes del menor:—III. Los contenidos en el artículo 562 desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad:—IV. El tutor en el caso prevenido en el artículo 174.—Art. 563, cap. 11, tít. 9, lib. 1.º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

del artículo anterior, cuando sobrevienen á la entrada en la tutela; los otros tres números espresan las otras pocas causas de separacion que no se hallan en este caso.

Número 1. Nótese que el artículo 187 dice terminantemente "*Será separado de la tutela,*" y el 1832 "*Podrá ser,*" haciéndolo facultativo ó permisivo al prudente arbitrio del consejo de familia; y en efecto, el caso del artículo 187 encierra mayor gravedad, porque lo primero y mas importante es la convocacion del consejo.

El caso del artículo 1832 es parecido al de las leyes 1 y 3, título 42, libro 5 del Código; el tutor que no afianzaba, debiendo afianzar, se hacia sospechoso.

Número 2. "*Si inventarium facere neglexerint, et quasi suspecti ab officio removebuntur, et poenis legitimis, etc.,* ley 13 al fin, título 51, libro 5 del Código, y leyes 15, título 16 y 1, título 18, Partida 6: hacer el inventario, pero con infidelidad es peor que no hacerlo.

Número 3. "*Qui fraudulentè tutelam administrant: qui moribus talis est, ut suspectus sit, removendos esse, qui non ex fide tutelam gerit,* párrafos 5 y 12, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 8, título 10, libro 26 del Digesto." Que pueden sospechar contra él, que desgastará los bienes del huérfano, ó que le mostrará malas costumbres," ley 1, título 18, Partida 6.

El tutor tiene obligaciones que cumplir respecto de la persona y de los bienes del huérfano; sino los administra como un buen padre de familias, aunque sea sin malicia, y aunque haya asegurado con hipoteca las resultas de su administracion, convendrá removerlo, porque *expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautiones,* ley 5, título 10, libro 26 del Digesto.

Pero el pro-tutor, y el consejo de familia, así como las obligaciones impuestas en el capítulo 9, y en los artículos 257 y 258, harán ya muy raro el caso de remocion del tutor por simple negligencia.

Número 4. Lo que, existiendo y siendo

conocido antes, impediria la entrada en la tutela, debe ser causa legítima de separacion, cuando sobreviene ó es conocido despues de la entrada.

ARTICULO 204.

El tutor ó pro-tutor separado por cualquiera de las causas comprendidas en el artículo precedente, no puede ser vocal del consejo de familia (1).

El 445 Frances dice: "Todo individuo, que haya sido excluido ó destituido de una tutela, no podrá ser miembro de un consejo de familia." Esto ha dado lugar á la cuestion, de si los parientes de inconducta notoria, ó notoriamente de mala vida, pero que no habian sido excluidos, ó destituidos antes de una tutela, podian ser excluidos ó destituidos del consejo de familia; y el tribunal de Casacion la ha resuelto negativamente.

Yo no sé si el artículo 445 Frances está por demas, ó en armonía con el 442 que habla de tutela y de consejo de familia, é igual parece ser el espíritu del 443 y 444.

Pero como el epígrafe de este capítulo 7 habla tan espresamente del consejo de familia como de la tutela, todas las causas de incapacidad, enumeradas en el artículo 202, comprenden al uno y á la otra: no puede pues, suscitarse entre nosotros la cuestion Francesa: el incapaz por cualquiera de aquellas causas para la tutela, lo es tambien para el consejo de familia, y podrá en rigor suprimirse este artículo, por comprendido en el número 4 del 202.

ARTICULO 205.

Al consejo de familia toca declarar sobre las causas de impedimento y separacion, salvo el recurso dentro del término de diez dias al tribunal de primera instancia (2).

1. Este artículo no está en práctica entre nosotros; porque como hemos manifestado ya en otras notas, no está adoptado en nuestra legislacion el consejo de familia.—N. de los EE.

2. No estando adoptado en nuestra lejislacion el consejo de familia, no puede este calificar los impedimentos ó excusas de los tutores; por cuyo motivo esta calificacion toca hacerla á la autoridad judicial, siendo esta la razon por que el ar-

446 y 448 Franceses no señalan término para el recurso, porque esto corresponde mas bien á procedimientos; 369 y 371 Napolitanos, 307 y 309 Sardos: los otros Códigos, así como el Derecho Romano y Patrio, reservan únicamente al Juez esta declaracion, dándose desde luego publicidad á lo que en ocasiones convendrá que quede en secreto.

ARTICULO 206.

El consejo de familia fundará su resolucion, espresando las causas y oyendo antes al interesado, cuando pueda hacerse sin grave inconveniente.

447 Frances hasta las palabras "*Cuando, etc.*" 370 Napolitano, 308 Sardo.

Fundará: así podrá el tutor con plena instruccion y conocimiento conformarse ó recurrir al Juez.

Y oyendo: si se presenta, y siempre se le citará para que no pueda alegar que ha sido condenado sin audiencia, ni defensa.

Cuando pueda etc. Apenas puede concebirse este caso, y quizá con esto se favorezca á la malicia.

ARTICULO 207.

Si el consejo declara la inhabilidad, ó acuerda la separacion, y el interesado se conformare, se procederá inmediatamente á su reemplazo.

Si el interesado apelar, se seguirá la instancia con el consejo á espensas del menor; pero el consejo no podrá ser condenado en las costas sino en caso de calumnia manifesta.

445 Frances, 368 Napolitano y 306 Sardo, que disponen que la instancia se siga con el pro-tutor; pero pretendiéndose que el consejo ha causado agravio, con él debe seguirse aquella, ó por mejor decir, con la mayoría cuando alguno de sus miembros hayan disentido.

Calumnia manifesta. Por regla general en este solo caso procede la condenacion de costas contra el que obra por razon de su título 564, cap. 11, tít. 1.º lib. 1.º del código civil previene que la separacion del tutor se hará siempre con su audiencia y por sentencia judicial.—N. de los EE.

oficio, y en cumplimiento de un deber. Sin esta seguridad el consejo podría mostrarse menos celoso é independiente: vé el artículo 216.

ARTICULO 208.

Contra la declaracion del consejo de familia favorable al interesado no se admitirá apelacion ni otro recurso alguno.

No está previsto en el Código Frances, ni en los otros, aunque en mi concepto la suponen. Se espresa en el artículo para mayor claridad y evitar la duda de si el pro-tutor, ú otro pariente ó extraño, podría apelar en este caso socolor de celo por el menor: en Derecho Romano esta acusacion era *quasi pública, omnibus patebat*, y podían intentarla hasta las mugeres, siendo honradas; lo que no se les permitía en los juicios públicos sobre delitos, párrafo 3, título 26, libro I, Instituciones: lo mismo en la ley 2, título 18, Partida 6.

Contra la declaracion, etc. El consejo de familia, compuesto de parientes y amigos, es el pro-tutor y la salvaguardia del huérfano: ¿bajo qué socolor podría atacarse su declaracion en este caso?

ARTICULO 209.

En los casos de los artículos 202, y 203, si el tutor no ha entrado en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá al cuidado de la persona y bienes del menor hasta que se resuelva definitivamente sobre el impedimento; si el tutor ha entrado ya á ejercer su cargo, podrá el tribunal proveer al mismo cuidado (1).

Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur, interdicatur ei administratio, párrafo 7, título 26, libro 1, Instituciones y ley 3, título 18, Partida 6.

Si el tutor no ha entrado. Este caso es diferente de los de los artículos 174 y

1. El tutor que fuere acusado por cualquier delito, quedará suspenso del ejercicio de su encargo desde que se provea el auto motivado de prision, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable en su favor.—En el caso de que se trata en el artículo anterior, se proveerá á la tutela conforme á la ley. Absuelto el tutor, volverá al ejercicio de su encargo.—Arts. 565 y 566, cap. 11, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

175: el huérfano está ya puesto bajo la salvaguardia del consejo, y no debe quedar abandonado ni por un solo momento: al consejo, pues, toca proveer á su cuidado.

Si el tutor ha entrado. El tutor está en posesion del ejercicio de la tutela, y tiene por sí la presuncion de bueno, mientras no se pruebe lo contrario. Su separacion, aunque interina, lastimaria su reputacion; y una medida de esta gravedad requiere mayor detenimiento é imparcialidad.

Se reserva por lo tanto al prudente arbitrio del juez ó tribunal que provea segun las circunstancias, oyendo sumariamente al tutor sobre este artículo; tal fué la opinion de los intérpretes del Derecho Romano, á pesar de lo terminante del testo citado, y á la misma se inclinó Gregorio López en su glosa 2 á la ley de Partida no menos terminante.

CAPITULO VIII.

DE LAS ESCUSAS DE LA TUTELA Y PROTUTELA.

En el capítulo anterior se ha hablado de los impedimentos, ó prohibiciones, de la incapacidad é indignidad, en todo lo que se ha atendido únicamente al interes del menor: en este se trata de las excusas, que solo tienen por objeto el interes ó comodidad del nombrado, y por lo tanto pueden renunciarse.

Entre las excusas hay unas tan claras y ciertas por la precision y exactitud con que están definidas, que no es posible desecharlas; tales son las de los números 1, 2, 3, 4, 7 y 8: otras requieren mayor conocimiento de causa, y queda al discreto y justificado arbitrio del juez admitirlas, ó desecharlas, como las de los números 5 y 6.

ARTICULO 210.

Podrán excusarse de estos cargos:

1º *Los ministros de la corona.*

2º *Los que individual ó colectivamente ejercen en cualquiera de los ramos de la administracion pública una autoridad que dependa inmediatamente del gobierno.*

3º *Los militares en activo servicio y los eclesiásticos que tengan cura de almas.*

4º *Los que tengan bajo su patria potestad cinco hijos legítimos.*

5º *Los que fuesen tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*

6º *Los que por el mal estado habitual de su salud ó por no saber leer ni escribir no pudieren prestar igual atencion.*

7º *Los que tengan sesenta años cumplidos.*

8º *El que sea ya tutor, pro-tutor ó curador de otra persona.*

Los excusados por alguna de las causas de este artículo, luego que cesare, podrán ser compelidos á encargarse de la tutela ó protutela (1).

Números 1 y 2. En el 427 Frances se enumeran los que están excusados por razon de su dignidad ó cargo; 287 Sardo, 364 Napolitano, 225 de Vaud, 312 de la Luisiana, aunque con algunas variaciones entre ellos, y con nuestros números 1 y 2: el 334 Holandés es menos lato y solo dispensa á los empleados en servicio del Estado fuera del reino.

Por Derecho Romano estaban dispensados los magistrados llamados por excelencia *Mayores*: la ley 2, título 17, Partida 6, dice: "los mensageros del Rey, é los que han de juzgar, é cumplir la justicia por obra."

Número 3. En cuanto á los militares conforme con el 448 Frances, 371 Napolitano, 288 Sardo, 434 Holandés, 226 de Vaud. En Derecho Romano la milicia era mas bien un impedimento que excusa, *nec volens admittitur*; segun la ley 3, título 17, Partida 6, era verdadera excusa y no impedimento.

Que tengan cura de almas: el artículo 287 Sardo dispensa á las personas que ha-

1. Pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase:—I. Los empleados superiores del Estado:—II. Los militares en servicio activo:—III. Los que tengan bajo su patria potestad cinco descendientes legítimos:—IV. Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia:—V. Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente á la tutela:—VI. Los que tengan sesenta años cumplidos:—VII. El que tenga á su cargo otra tutela ó curaduría.—Art. 567, cap. 12, tit. 9, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

yon recibido las órdenes sagradas; el 312 de la Luisiana, número 7, dice: "Los ministros del culto:" en cuanto al Derecho Romano y Patrio: vé lo espuesto hacia el fin del artículo 202.

Cura de almas: porque lleva consigo mayores atenciones y cuidados, y es por lo tanto digna de la mayor consideracion.

Número 4. 436 Frances, 358 Napolitano, 296 Sardo, 434 Holandés, número 8; el 232 de Vaud exige seis hijos.

Testo del título 25, libro 1, Instituciones y leyes 1, título 66, libro 5 del Código y 2, título 17, Partida 6.

Roma perdió en costumbres tanto como ganó en conquistas: el lujo y la disolucion hacian poco frecuentes los matrimonios: la ley Papia Popea se hizo para ocurrir á estos males concediendo recompensas á los padres de muchos hijos, é imponiendo penas ó privaciones á los celibatarios: entre las recompensas fué una la inmunidad ó exencion de las cargas ó cargos públicos personales: y *tutelam et curam placuit munus publicum esse*, testo citado.

Concedióse esta exencion como un premio á la propagacion de la especie, en la que tanto interesa el Estado, no por las ocupaciones y cuidados consiguientes á la subsistencia y educacion de los cinco hijos, *sive in potestate sint, sive emancipate*; y aprovechaban los muertos en el campo de batalla por la hermosa y sublime ficcion: *Hi enim, qui pro Republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*; testo citado y copiado con noble sencillez en la ley 3, título 25, Partida 2.

Los Códigos modernos han seguido el pensamiento del Romano en considerar esta esta excusa como premio de la propagacion, y no de la carga doméstica de la educacion de tantos hijos: han adoptado, pues, casi todas las consecuencias Romanas de este pensamiento, como la de que los nietos representen al padre muerto para aprovechar al abuelo.

"Este favor era debido á la fecundidad