

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 expresa 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

conyugal, que se encuentra siempre con las buenas costumbres y el amor al trabajo, principios honrosos de la prosperidad de las naciones," dice un orador filósofo.

La Comision, á pesar de sus principios y sentimientos favorables á la multiplicacion y recompensas del matrimonio, á pesar de sus deseos de dar todo el honor posible á lo que hay de mas sagrado entre los hombres, el carácter de padre de familia, se ha decidido por el pensamiento de la Comision de Código civil de 1821 que exigia que los hijos (y se limitaba al número de cuatro) estuviesen bajo la patria potestad: de consiguiente, consideraba esta escusa, no como premio de la fecundidad conyugal, sino como una equivalencia de la carga doméstica en educar y mantener tantos hijos.

La preferencia en los empleos y honores, y el alivio en las cargas reales ó patrimoniales serian estímulos mas poderosos y recompensas mas apetecidas.

Bajo la patria potestad: por las razones que acabo de esponer; y este es el punto capital en que nos separamos de todos los Códigos.

Cinco: sin perjuicio de la escusa del número 8, que competirá al abuelo tutor de un solo nieto, porque no teniendo sobre él patria potestad, se le considera para los efectos de dicho número como un extraño.

Hijos: ó hijas; ya porque el sexo masculino comprende también el femenino, leyes 152, 163, 172 y 195, título 16, libro 50 del Digesto, ya porque en todos milita igualmente el motivo de la exención. Pero no aprovechan para este efecto los que aun están en el vientre de la madre, *quia de eorum commodo non agitur*, y no tiene lugar respecto de ellos la causa ó motivo y objeto de esta escusa.

Legítimos. Los naturales á pesar del artículo 170, como fruto de una union ilícita, no deben dar título á este favor; ni los adoptivos, para evitar las colusiones que se experimentaron entre los Romanos: vé lo expuesto al frente del título 5 de este libro.

Número 5. Los Códigos modernos callan

sobre esta escusa, admitida en el Derecho Romano y Patrio; párrafo 6, título 25, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 17, Partida 6. La sola pobreza no es causa de exclusion ó incapacidad, ni de remocion de la tutela, así como la riqueza no basta por sí sola para librar de la nota de sospechoso, porque *non ex patrimonio, sed ex moribus suspectus aestimandus est*, párrafo 12, título 26, libro 1, Instituciones, y ley 1, título 18, Partida 6.

Pero aunque la tutela sea una carga personal y forzosa, *un manus publicum*, no puede en humanidad y justicia exigirse que uno la desempeñe con peligro y menoscabo de su propia subsistencia; y será difícil encontrar escusa mas legítima: ya he dicho al frente de este título, que la apreciacion de esta escusa, y la del número siguiente queda al prudente y justificado arbitrio del Juez, si el consejo la desestima.

Número 6. La escusa por el mal habitual la admite el artículo 434 Frances, el cual añade, tal vez sin necesidad, que sobreviniendo el mal despues de admitida la tutela, podrá alegarse para dejarla: 356 Napolitano, 293 Sardo, 230 de Vaud, 434 Holandes y 317 de la Luisiana: en el 322 se pone como impedimento, y efectivamente puede serlo segun la gravedad del mal: hay imposibilidad absoluta y parcial, ó relativa.

No sabe leer ni escribir. *Eos, qui litteras nesciunt, esse excusandos*, párrafo 8, título 25, libro 1, Instituciones: "El que non supiese leer, nin escribir," ley 2, título 17, Partida 6: Tampoco se lee esta escusa en los Códigos extranjeros. Pero seria absurdo y hasta dañoso al menor, compeler á la admision de una tutela vasta y complicada al que no sabe leer ni escribir, porque ni es posible que lo lleve todo de memoria, ni puede exigirsele que se valga para todo de auxilio ageno. Si la tutela fuere corta y fácil, podría el Juez por derecho Romano desecharla esta escusa; nuestro artículo es absoluto. El ciego se halla en el caso de este número: ley unica, título 67, libro 5 del Código, y artículo 602.

Número 7. El artículo 433 Frances exige 65 años para escusarse de admitir, y 70 para descargarse de la admitida: lo mismo el 355 Napolitano, 292 Sardo, 229 de Vaud y el 316 de la Luisiana. El 434 Holandes exige sesenta para lo primero, y sesenta y cinco para lo segundo. Por Derecho Romano y Patrio eran necesarios setenta años cumplidos, párrafos 13 título 25, libro 1, Instituciones, y ley 2, título 17, Partida 6: esta era la edad que excusaba de todo cargo público, sin distincion entre el ya admitido y por admitir, ley 2, párrafo 7, título 5, libro 50 del Digesto.

Es difícil dar una razon convincente para justificar la diferencia de edad introducida por los Códigos modernos para escusarse y descargarse de la tutela, y ha parecido bastante para ambos casos la de sesenta años, tanto porque comienza á sentirse en ella la necesidad de descanso, como porque las cosas del menor estarán mejor administradas por otro.

La senectud y la paternidad, son las dos únicas dignidades naturales: *Dignitas senum canities: Coram cano capite consurgit, et honora personam senis, dice la Escritura: credebant hoc grande nefas et morte piandum, si juvenis vetulo non assurrexerat*, dijo Juvenal, Sátira 13, verso 14: en los felices dias que atravesamos, ¿qué hombre de valer hace caso de tales ridiculeces y ranciedades?

Número 8. El artículo 435 Frances exige dos tutelas para escusarse de la tercera: al esposo ó padre basta una: lo mismo el 357 Napolitano, 231 de Vaud, 434 Holandes, número 5, y 318 de la Luisiana; 294 y 295 Sardos, pero se exige que el esposo, tenga hijos ó descendientes menores bajo su potestad.

Por Derecho Romano eran necesarias tres tutelas ó curadurias para escusarse de la cuarta, *ut tamen plurimum pupillarum tutela, vel cura eorumdem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur*, párrafo 5, título 25, libro 1, Instituciones: la ley 2, título 17, Partida 6, decia simplemente: "Tres guardas de huérfanos."

Segun el artículo basta una sola sin distinguir si es grande ó pequeña: en el primer caso bastaba también una sola segun la ley 31 párrafo 4, título 1, libro 27 del Digesto; en el segundo no bastaban las tres, ley 15, párrafo 15.

Por qué se han de imponer á uno simultáneamente dos cargas de una misma especie? ¿No gana el mismo menor con un tutor para él solo? ¿Por qué entrar en el odioso examen de las facultades ó patrimonio del menor?

De otra persona. En Derecho Romano no se contaban las tutelas por el número de huérfanos, sino por el de sus patrimonios, pues que en este caso era mas difícil y engorroso llevar y rendir las cuentas: así, la tutela de tres hermanos, cuyo patrimonio continuaba indiviso, era reputada por una sola; y por tres en el caso contrario; leyes 3 y 31, párrafo 4, título 1, libro 27 del Digesto.

Esta doctrina era mas importante en aquel Derecho, y lo es en los Códigos modernos que exigen mas de una tutela para escusa.

Atendido nuestro artículo, solo puede cuestionarse: *cuando el padre ó madre nombra un tutor para todos sus hijos, y la herencia se dividiere, ¿podrá á virtud de esto escusarse de la tutela de los demas por quedarse con la de uno de ellos?*

Yo no admitiria la doctrina Romana en este caso, porque haria ilusorio nuestro artículo 179, en que se concede espresamente la tal facultad al padre y madre. ¿De qué serviria aquel artículo, no pudiendo evitarse, ni aun retardarse la particion de herencia, sobre todo cuando uno de los hijos es mayor de edad, ó hay mejoras á favor de uno de ellos ó de un extraño?

El patrimonio no se aumenta por la division ó particion, y el trabajo de llevar cuentas separadas no es de tanta consideracion, que haya de defraudarse la voluntad paterna sobre que la educacion de todos sus hijos corriera á cargo de la persona que mereció su confianza.

Los escusados: de la tutela anterior: cesando la causa, cesan sus efectos: *gentium præsidiatus tribuit immunitatem, quoad in*