

TÍTULO IX

DE LA TUTELA

CAPÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 225.—La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del huérfano menor de 14 años y de la huérfana menor de 12.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

COMENTARIO

La patria potestad tiene por principal objeto el cuidado del niño, su educacion: en una palabra, obedece á su utilidad. Cuando no existen padres subsiste la inexperiencia del menor, y, por tanto, la necesidad de un guía y de un amparo. La ley entonces coloca á su lado al tutor. El tutor, pues, tiene por principal mision hacer al hijo ménos sensible la falta de padres, acudiendo á llenar todas las necesidades que el menor experimente, alimentarlo, educarlo, protegerlo, representarlo y conservar sus bienes. El tutor debe velar por la persona y por los bienes del menor, cuidando en primer término de la persona, en lo cual se diferencia de la curaduría que se preocupa *primariamente* de los bienes, como veremos oportunamente.

Todos los Códigos consagran esta institucion, y todos ellos dedican una buena parte á esta interesante materia.

En Roma existió desde los tiempos de Anco Marcio, y se daba á los varones hasta los catorce años y á las hembras durante toda su vida.

El Fuero Juzgo y el Real conocieron únicamente la tutela, nó la curaduría, y duraba hasta los 20 años cumplidos (1).

En general, los Códigos modernos no hacen distincion entre tutela y curaduría (como la consignan nuestras leyes), comprendiendo bajo la palabra tutela una y otra institucion. El proyecto de Código siguió el mismo rumbo, y solamente admitió la curaduría para los dementes, pródigos, etc., etc., es decir, la que hoy llamamos curaduría ejemplar.

La tutela es de derecho de gentes, segun opinion de muchos autores: *ad curam publicam pertinet*.

«Maguer el rey es tenuto de guardar todos los de su tierra, señaladamente la deue facer a estos» (los huérfanos), dicen las Partidas; el Código prusiano añade que el Estado delega este poder y llena esta obligacion por medio de los tutores y curadores (art. 131).

La tutela se diferencia de la curaduría:

1.º En que la tutela se da únicamente á los que no han llegado á la edad de la pubertad, y la curatela se da á los que han pasado de esta edad y no han cumplido la de 25.

2.º En que la tutela tiene por principal objeto la custodia de la persona menor, y secundariamente la de su patrimonio, y, por el contrario, en la curaduría se atiende en primer término al cuidado de los bienes, y en segundo lugar al de la persona.

3.º Que la tutela es testamentaria ó legítima

(1) Ley 13, tít. I, y 3, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.—Leyes 1.ª y 2.ª, tít. VII, lib. III, Fuero Real.

ó dativa, y la curaduría sólo testamentaria y dativa (1).

4.º Que en el nombramiento del tutor no interviene el menor, pero sí en el del curador, á no ser testamentario.

Algunos autores señalan además como diferencia el que la curatela no puede ser testamentaria, afirmacion que destruye la ley de Enjuiciamiento civil, así como tampoco puede afirmarse que la curaduría no se da á los pupillos que no la quieren.

Acabamos de indicar que la tutela puede ser de tres clases, testamentaria, legítima y dativa; de cada una de ellas nos ocuparemos en capítulos separados.

Artículo 226.—Se reputarán huérfanos para los efectos del artículo anterior, los que hayan perdido al padre y á la madre.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. III, lib. IV, Fuero Juzgo.

COMENTARIO

Puesto que la tutela se da al huérfano, lo primero que nos interesa saber es quién es el huérfano y cuál merece esta denominacion para la ley.

Durante mucho tiempo (hasta la ley del Matrimonio civil), á pesar de hallarse vigente la ley del Fuero Juzgo, que determinaba claramente quiénes debían ser tenidos por huérfanos, se comprendieron bajo esta denominacion todos aquellos que habian perdido á su padre, siquiera tuvieran viva á la madre, porque en el sentido legal el huérfano es aquel que, hallándose en la menor edad, no está sujeto á la patria potestad, y en esta situacion se hallaba el que, habiendo perdido á su padre, conservaba la madre.

Mas desde el momento en que la ley del Matrimonio civil confirió la potestad patria á las madres, no puede afirmarse con verdad que aquel cuya madre vive sea huérfano. De esta manera ha recobrado su vigor la disposicion del Fuero Juzgo que se contiene en nuestro artículo.

Bajo la palabra genérica «hayan perdido al padre y á la madre», debe comprenderse, no sólo en el caso en que uno y otro hayan fallecido,

(1) Véanse los arts. 229 y siguientes; 233, 234, 235 y siguientes.

sinó el en que ambos estén legalmente imposibilitados de ejercer la patria potestad, porque en este caso, hallándose desamparados de aquellos que le dieron el sér, están lo mismo que si en efecto hubieran éstos fallecido.

Artículo 227.—La tutela es un cargo del que nadie puede excusarse, á no asistirle justa causa.

Se exceptúan de esta disposicion los tutores legítimos.

ORÍGENES

Ley 1.ª, tít. XVII, Partida 6.ª

Ley 2.ª, tít. XVI, Partida 6.ª

Ley 2.ª, tít. VII, lib. I, Fuero Real.

CONCORDANCIA

Concuerdan con: Arts. 419 y 427 Cód. Francia.

JURISPRUDENCIA

El cargo de tutor ó curador es personalísimo, como todos los que le son análogos, y, por consiguiente, no se puede sustituir ni delegar; pero no se presume abandonado aunque en interes del menor ó demente se haya confiado su asistencia y la administracion de sus bienes á tercera persona (Sent. 22 Diciembre 1860).

COMENTARIO

La curatela es una institucion que se ha considerado como *munus publicum* y, por consiguiente, es cargo que debe aceptarse siempre á no mediar causa bastante debidamente justificada. Así, pues, tanto el tutor testamentario como el dativo, y en especialidad este último, no pueden renunciar sin causa la tutela que se les ha conferido.

En cuanto al tutor legítimo, dice la ley: *o si lo ha* (pariente á quien corresponda la tutela legítima) *es embargado de manera que non lo puede o non lo quiere guardar*. De manera que salva esta excepcion, la tutela es tenida como cargo público irrenunciable.

Excusado será decir que en nuestro concepto, no está bastante justificada esta excepcion: si para el extraño es cargo público, y como tal irrenunciable el de tomarse algun cuidado y velar por la persona y bienes de un huérfano; para el pariente debe ser además de cargo público, cargo familiar, doblemente sagrado é irrenunciable tambien. Salváramos siempre el caso de que una causa justa les pusiese á cubierto de aquella obligacion.

Cuáles sean las justas causas en cuya virtud pueda el nombrado tutor eximirse del cargo, ya lo estudiaremos en el lugar correspondiente.

Artículo 228.—Si fueren varios los tutores, deberán éstos obrar de comun acuerdo.

Si no hubiere acuerdo entre ellos, el juez designará para ejercer por sí solo el cargo al que ofreciere fianza, y en caso de ser varios los que la ofrezcan, el juez conferirá la tutela al que merezca su confianza.

ORÍGENES

Ley 11, tit. XVI, Partida 6.^a

COMENTARIO

Las leyes romanas y las de Partida admitieron como posible la existencia de varios tutores

que ejercieran conjuntamente el cargo de guardar la persona y bienes del menor.

Muchos Códigos, y el Proyecto de Código con ellos, no admiten más que un solo tutor, el cual administrará todos los bienes, aunque se hallen situados en diversos y aun lejanos países, valiéndose para ello de administradores ó apoderados. «De esta manera,—dice Goyena,—habrá más unidad, rapidez y sencillez en la administración, y el huérfano gana en habérselas con uno solo.»

Segun nuestras leyes, cuando fueren varios los tutores, todos ellos obrarán de acuerdo en el ejercicio del cargo. Mas si no existiese acuerdo, será preciso que no haya más que un solo tutor, y lo será el que preste fianza (esto será en el caso de que todos ellos estén relevados de fianza) ó el que el juez conceptúe más conveniente al menor, si fueren varios los que la ofrecieren.

CAPÍTULO II

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA

Artículo 229.—El padre puede nombrar tutor en testamento á sus hijos menores incluso al póstumo.

ORÍGENES

Leyes 2.^a y 3.^a, tit. XVI, Partida 6.^a
Ley 2.^a, tit. VII, lib. III, Fuero Real.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 397 Cód. Francia.—242 Italia.—193 y siguientes Portugal.—409 Holanda.—173 Rusia.—275 Luisiana.—214 Vaud.—Ley 4.^a, tit. II, lib. XXVI, Digesto.

JURISPRUDENCIA

Los tutores ó curadores nombrados por el padre han de obtener el discernimiento de cargo en los mismos términos por él establecidos (Sent. 13 Noviembre 1868).

Así los padres como los abuelos, y aun los extraños, pueden libremente nombrar guardadores á los menores de edad á quienes instituyen, legan ó donan alguna porcion de sus bienes, disponiendo de ellos y aplicándolos de

la manera que juzguen más oportuna (Sent. 29 Octubre 1869).

COMENTARIO

Hemos dicho que la primera clase de tutela era la testamentaria, que como su mismo nombre lo indica, no es otra cosa que la designación hecha en testamento, de un tutor para el huérfano.

¿Quiénes pueden hacer esta disposición testamentaria?

- 1.º El padre, ya sea legítimo, ya natural.
- 2.º La madre en defecto del padre.
- 3.º El extraño que instituye por heredero al menor.

El padre (con arreglo á lo dispuesto en la ley del Matr. civ., art. 64) solamente podrá nombrar tutor á sus hijos cuando éstos carezcan de madre, pues teniéndola están bajo la potestad de ella.

El nombramiento de tutor hecho en testamento por el padre para sus hijos, adquirirá valor cuando la madre falleciere sin haber designado tutor testamentario; pero si la madre

hubiera hecho el nombramiento, ¿valdrá la designación que el padre hizo anteriormente?

A nuestro entender no, porque el padre no puede usar de más facultades de las que tiene, y la facultad de designar curador sólo puede ejercitarse cuando su muerte deja á los hijos huérfanos en el sentido de la ley. De otra manera la facultad se trasfiere íntegra á la madre, y, por consiguiente, la designación que ésta haga será la única válida.

Del mismo modo, la madre en su testamento, tampoco podrá nombrar válidamente curador á sus hijos más que en el caso de que el padre hubiera fallecido con anterioridad.

El nombramiento de tutor, dice la ley, puede ser «simplemente e a tiempo cierto, o so condición, segun que fuere su voluntad del fazedor del testamento.»

Artículo 230.—En defecto del padre corresponde á la madre la misma facultad.

ORÍGENES

Ley 6.^a, tit. XVI, Partida 6.^a
Art. 64 Ley prov. Matr. civ.

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 397 Cód. Francia.—242 Italia.—194 Portugal.—409 Holanda.

COMENTARIO

La madre que hace testamento, en que estableciesse por sus herederos á sus hijos que no hoviessen padre, bien les puede establecer guardador en el, dicese en la ley de Partida.

Pero segun dicha ley, la madre solamente podía hacer la designación en el mismo caso y con las mismas condiciones que un extraño, esto es, nombrando por heredero al hijo á quien pretenda dar tutor ó curador, puesto que si non estableciesse por su heredero al fijo, non le podria dejar guardador, maguer le dejase de otra guisa alguna partida de sus bienes; pero despues de la ley del Matrimonio civil esta doctrina es insostenible, porque teniendo la madre la patria potestad en defecto del padre, disfruta de todos los derechos y facultades que la acompañan, y, por consiguiente, el de nombrar tutores y curadores á sus hijos, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes cuando se trate del padre.

Artículo 231.—La facultad de nombrar tutor se extiende tambien al padre respecto del hijo natural á quien instituye heredero.

ORÍGENES

Ley 8.^a, tit. XVI, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 279 Cód. Luisiana.—Ley 7.^a, tit. III, lib. XXVI, Digesto.

COMENTARIO

«Tambien al fijo de barragana, como al que fuere de muger legitima, puede el padre dar guardador á su finamiento, que guarde a el e a los bienes que lo fizo su heredero,» son las palabras de la ley.

¿Será preciso que le instituya por heredero universal, ó bastará que le deje la porcion que la ley le señala?

En nuestro entender bastará esto último.

Si concurrieren dos tutores, uno designado por el padre natural y otro por la madre, ¿cuál tendrá preferencia?

La cuestion, en sentir de Gutierrez, no es muy dudosa, porque así como tratándose de la legitimidad todas las cuestiones se resuelven á favor del padre, siempre que se trata de hijos ilegítimos la preferida debe ser la madre, por cuya razon se tendrá por nombrado el tutor que ésta designó.

Tratándose de hijos naturales, desde luego parece indicarse por la ley que si el padre no los instituyere por herederos ó los desheredase, tampoco podrá designarles tutor ó curador.

Pero cuando el padre ó madre legítimos deshereden con justa causa al hijo menor de edad, ¿podrán designarle tutor ó curador, ó habrán de abstenerse por completo de este nombramiento?

Al no consignar la ley esta excepcion habiendo tenido buen cuidado de hacerla tratándose del padre natural, parece indicar que no solamente al hijo nombrado heredero, sino tambien al preterido y aun al desheredado, puede el padre, y en su defecto la madre, dar tutor ó curador testamentario.

El Derecho Romano establecía claramente esta misma doctrina *instituto filio vel exheredato* (1). Y en efecto, siendo en beneficio del huérfano y derivándose de la patria potestad, debe tenerse por válida la designación hecha por el padre que deshereda justamente á su hijo.

Artículo 232.—El extraño que instituya á

(1) Leyes 4.^a y 10, párr. 2.^o, tit. II, lib. XXVI, Digesto.