

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.

un huérfano por su heredero, puede designarle tutor testamentario.

ORÍGENES

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

JURISPRUDENCIA

No solamente el extraño que nombra á un menor por su heredero puede designarle tutor, sino aquel que le deja manda ó legado de importancia. (Sent. 29 Octubre 1869).

COMENTARIO

La ley confiere al extraño (esto es, á aquel que no tiene la patria potestad sobre el menor) la facultad de nombrar tutor al huérfano á quien instituye heredero en su testamento.

La prueba de afecto que da el extraño al dejar toda su fortuna á un menor, es suficiente para que deba presumirse en él buen acierto en la elección de la persona que ha de cuidar del huérfano y sus bienes.

Aunque la ley dice que le *estableciesse por su heredero*, como hoy la institución de heredero tiene diversa significación que en el Derecho Romano, se ha creído que debía ampliarse el precepto en el sentido de que puedan hacer idéntica designación los que sin nombrar al huérfano por heredero universal, legan ó donan al menor alguna porción de sus bienes (Sent. ántes citada).

En cuanto á los requisitos que deben llenar los tutores y curadores para ejercer su cargo, la ley de Enjuiciamiento civil dispone que acredi-

tado el nombramiento de tutor hecho por el padre en última disposición, se le discernirá el cargo por el juez sin exigirle fianzas, si se le hubiere dispensado de ellas (art. 1219).

Esto no obstante, por sent. 26 Abril 1862, se declaró que los tutores testamentarios dados por el padre á sus herederos ó hijos legítimos, no tienen necesidad de este discernimiento para desempeñar válidamente su cargo, segun se deduce de la ley 8.^a, tit. XVI, Partida 6.^a

No habiendo relevación de fianzas, se exigirán proporcionadas al caudal que haya de administrarse.

Si la madre, á falta de padre, hubiere nombrado tutor á su hijo, se discernirá también el cargo al nombrado sin fianza, si hubiere sido relevado de ella por la madre.

Esto mismo se observará también respecto al nombrado tutor por cualquiera persona que haya instituido heredero al menor, ó dejádole manda ó legado de importancia.

En ambos casos puede el juez exigir fianzas al tutor nombrado, aún cuando haya sido relevado de ellas, si á su juicio no ofrece las garantías suficientes para que se estime asegurado el caudal que haya de entregársele.

El importe de las fianzas se determinará con audiencia del promotor fiscal.

La misma audiencia deberá prestarse para la apreciación y aprobación de los que se dieren.

En los casos en que el menor tuviere con anterioridad nombrado curador para pleitos, se oirá á éste sobre la importancia y aprobación de las fianzas en lugar del promotor. (Véanse los arts. 1219 y siguientes, ley Enjuic. civ.)

CAPÍTULO III

DE LA TUTELA LEGÍTIMA

Artículo 233.—Tiene lugar la tutela legítima:

Primero. Cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ó el nombrado murió en vida del que le nombró.

Segundo. En el caso previsto en el párrafo 2.^o del art. 167.

ORÍGENES

Ley 9.^a, tit. XVI, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 402 Cód. Francia.—200 Portugal.—244 Italia.—198 Austria.

JURISPRUDENCIA

Sent. 5 Abril 1867.

COMENTARIO

«Sin testamento muriendo algun ome, que ouiesse hijos e non los ouiesse dado guardado-

res: o si fiziese testamento, e non los dexasse en guarda de ninguno, e si les dexasse guardadores, e se muriessen ante que el padre dellos: si los moços non ouieren madre nin auuela, mandamos que los parientes mas cercanos que ouieren e que estuvieren en un mismo grado, sean guardadores dellos e de todos sus bienes: estos atales son llamados legitimos. Pero decimos que ante que usen de los bienes de los moços, deben dar fiadores valiosos al juez del lugar, que prometan e se obliguen por los guardadores que ellos aliñaran e guardaran bien e lealmente los bienes de los huérfanos e los frutos dellos. E sobre todo deben jurar los guardadores de facer todas las cosas que sean a pro de los huérfanos, e de non se entremeter de facer cosa que se torne a daño dellos: e que guardaran lealmente sus personas e sus cosas. Mas si los huérfanos ouiesen madre o auuela que quisiesse guardar los huérfanos e sus bienes, la madre lo puede facer ante que ninguno de los otros parientes, solo que sea buena muger e dé recabdo. Pero debe dar la seguridad que desuso digimos en la 6.^a ley ante desta. E si la madre non quisiere entremeterse desto, puede entonce el auuelo auer la guarda dellos.» Tales son los principios consignados en la ley de Partida respecto de la tutela legítima.

En su virtud, pues, solamente cuando no se ha nombrado en testamento, ó cuando el nombrado tutor falleció ántes que el testador, habrá lugar á la tutela legítima. Y si el nombrado falleciese despues de la muerte del que le designó, ¿serán llamados los parientes? Gregorio Lopez manifiesta que en este caso deben ser llamados los parientes á la tutela legítima.

Goyena, en el comentario al art. 181 del Proyecto de Código que establece exactamente lo mismo que la ley de Partida que hemos copiado, dice muy oportunamente en contra de la opinión de Lopez: «Nuestro núm. 1.^o está claro y aleja todas las cuestiones; fundándose 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» (1).

En el caso del párr. 2.^o del art. 167, la ley no dice qué clase de tutela es la que debe tener lu-

gar; mas á nuestro entender, debe darse la preferencia á la legítima, siempre que esto sea posible. Así lo dispone también el Proyecto de Código en el artículo ántes citado.

Las leyes de Partida hablan de otras tutelas que hoy, ó son inadmisibles, ó tienen un carácter completamente distinto del que se les daba en aquel Código.

En Aragon no se conoce la tutela legítima (1).

Artículo 234.—La tutela legítima corresponde:

Primero. Al abuelo paterno.

Segundo. Al abuelo materno.

Tercero. A las abuelas paterna y materna por el mismo orden, mientras permanezcan viudas, si renuncian al beneficio de no poder obligarse por otro.

Cuarto. Al pariente más cercano del menor.

Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van enumeradas.

ORÍGENES

Leyes 4.^a y 9.^a, tit. XVI, Partida 6.^a

CONCORDANCIAS

Concuerta con: Arts. 402 y 403 Cód. Francia. 244 Italia.—Véanse las demas concordancias del artículo anterior.

JURISPRUDENCIA

La ley, al prescribir que á falta de tutor testamentario y de madre y de abuela de los menores, deba recaer este cargo en el pariente más cercano, supone que éste reuna las cualidades necesarias para su desempeño, segun la ley 4.^a, tit. XVI, Partida 6.^a, porque en otro caso se halla incapacitado para ello (Sent. 5 Abril 1867).

COMENTARIO

Determinase en este artículo el orden de los llamamientos cuando se trata de la tutela legítima.

Debemos advertir que lo prevenido en nuestro artículo es lo vigente, porque la ley del Matrimonio civil ha conferido á las madres la patria potestad sobre sus hijos en defecto de los padres: mas tratándose de viudas anteriores á la publicación de dicha ley (1870), rigen aún las

(1) Proyecto de Cód. civ., pág. 194.

(1) Observ. 9.^a de tutorib., lib. V.

prescripciones de la legislación antigua, por cuya virtud ocupan el primer lugar en la tutela legítima: las madres mientras permanecen en el estado de viudedad, si hicieren igual renuncia que las abuelas, obteniendo en caso de pasar á segundas ó posteriores nupcias, la real habilitación para continuar desempeñando dicho cargo, á tenor de lo que dejamos consignado en el comentario del art. 11.

A pesar de que por regla general, como veremos despues, las mujeres son incapaces para el cargo de tutoras, la ley ha hecho una excepción en favor de las abuelas por reconocer en ellas cariño suficiente á dispensar la inferioridad en conocimientos, si acaso existe.

Quando hubiere lugar á la tutela legítima, el juez designará para ejercer este cargo, el pariente á quien corresponda con arreglo á la ley, y previa su aceptación y prestación de fianzas, en la misma forma en que hemos dicho tiene lugar tratándose de la tutela testamentaria, se le discernirá el cargo.

En todos los casos en que el juez hubiere de designar tutor, puede, si el pariente más inmediato ó cualquiera otro de los que le sigan en orden, no reuniese la cualidades necesarias para el desempeño de la tutela, conferirla á otra persona que merezca su confianza (arts. 1226, 1227 y 1229, ley de Enjuiciamiento civil).

CAPÍTULO IV

DE LA TUTELA DATIVA

Artículo 235.—El nombramiento del tutor dativo corresponde al juez de primera instancia.

ORÍGENES

Ley 12, tit. XVI, Partida 6.^a
Art. 1228, Ley de Enjuiciamiento civil.

CONCORDANCIAS

Confieren á los tribunales esta facultad el artículo 90 Cód. Prusia.—7.º Baviera.—200 Austria. 122 Vaud.—177 Rusia.

COMENTARIO

Así como el tutor testamentario es nombrado por el padre, madre ó extraño en el modo y forma que ya hemos visto, y el legítimo viene á desempeñar el cargo por ministerio de la ley, así el tutor dativo es designado directamente por el juez.

No habiendo pariente á quien designar,—dice el art. 1228 de la ley de Enjuiciamiento,—se hará constar esto debidamente, y el juez elegirá la persona que haya de desempeñar el cargo, discerniéndoselo previo lo que queda establecido en el artículo anterior; esto es, la aceptación del designado (que no podrá rehusar sin causa),

y la prestación de fianzas en la forma que en otro lugar dejamos consignada.

El menor tiene que recibir el tutor nombrado por el juez, y acabada la tutela deberá el tutor amonestar al menor para que pida curador (Gutierrez, núm. 141).

Es juez competente, según la ley de Partida: 1.º, el del lugar *do nació el mozo o el padre del*; y 2.º, *donde hobiere la mayor partida de sus bienes*.

Pero el art. 309, regla 4.ª, de la Ley orgánica del poder judicial, dice que será competente el juez del domicilio del padre ó de la madre, cuya muerte ocasiona el nombramiento, y en su defecto el del domicilio del huérfano ó el de otro lugar en que hubiere bienes inmuebles.

Artículo 236.—La tutela dativa tiene lugar en defecto de la testamentaria y legítima.

Los parientes más próximos deberán solicitar que se nombre tutor al huérfano. Si no lo hicieren perderán el derecho á sucederle abintestato.

En defecto de los parientes, cualquiera podrá solicitar que se le designe un tutor (a).

No habiendo quien solicite el nombramiento de tutor, el Juez lo designará de oficio (b).

ORÍGENES

- (a) Ley 12, tit. XVI, Partida 6.^a
(b) Ley 3.ª, tit. X, Partida 2.^a

CONCORDANCIAS

Concuerda con: Art. 405 Cód. Francia.—202 y 203 Portugal.—288 Luisiana.—413 Holanda.

COMENTARIO

La primera disposición de este artículo está perfectamente en armonía con el número primero de nuestro art. 233. Así, por consiguiente, cuando haya tutor testamentario éste será el preferido, á falta de él, y se entenderá que falta cuando no hubiere sido nombrado, ó si lo hubiere sido, murió antes que el que lo nombró, tendrá lugar la tutela legítima: en todos los demas casos se proveerá á los menores de tutor dativo.

Hé aquí la ley de Partida vigente en esta materia.

«Desamparado ficando el moço que fuesse menor de catorze años, de guisa que su padre non lo ouiesse dexado Guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que lo quisiesse guardar; estonce, la madre é los otros parientes que eredarían a este moço si moriesse sin testamento, deuen e pueden pedir al Juez del lugar, que le de Guardador a tal que sea bueno e rico, e que entienda que lo rescibe, mas por pro del moço que de si mismo. E si estos a tales non piden guardador a tal moço, como dicho es, pierden por ende aquel derecho que auian de eredar en los bienes del huérfano si muriesse sin testamento: demas dezimos que si los parientes fuessen negligentes en demandar Guardador al huérfano sobredicho, o si non ouiesse parientes que lo fiziessen, estonce los amigos del moço o otros qualesquier del Pueblo deuen pedir al Juez que dé al huérfano Guardador, que sea atal que aliñe el pro del moço, e el Juez lo deue facer por si, é non por otro auieudo el mozo en su valia mas de qui-

nientos marauedis... E tal Guardador como este, de que fablamos en esta ley es llamado datiuo: que quier tanto dezir como guardador dado por otorgamiento del Juez... y el juez quier sea el mozo delante o non, é aunque lo contradixiesse...»

Siempre, pues, que exista un menor que no se halle asistido de tutor, deberá acudir al Juez á fin de que éste designe á la persona que tenga por conveniente. Los parientes son los obligados en primer término á poner en conocimiento del Juzgado este hecho. La pena que la ley impone á los morosos ó negligentes en el cumplimiento de este deber es la desheredación si el menor muriese sin testamento, porque si le hubiese, su voluntad sería respetada siempre que reuniera las condiciones que en su lugar expondremos. Si sobre el nombramiento de tutor dativo se empeñase cuestión, se sustanciará por la vía ordinaria, y en el pleito que se siga representará al menor el mismo tutor que el Juez le hubiere nombrado, que tendrá el carácter de su curador para dicho pleito determinadamente (art. 1230 Ley de Enjuiciamiento civil).

Algunos Códigos y el Proyecto de Código civil con ellos, han introducido una modificación importante en este punto, colocando al lado del tutor una autoridad de vigilancia, el pro-tutor, nombrado por el consejo de familia y cuya misión es sustentar los derechos del menor, cuando se hallen en oposición con los del tutor, y poner en conocimiento del consejo de familia cuanto crea dañoso al huérfano en su educación é intereses, etc., etc.

En este lugar tambien coloca el Proyecto de Código el consejo de familia, institucion que entre nosotros no ha tomado plenamente carta de naturaleza. Solamente cuando se trata del consentimiento para contraer matrimonio hay algo parecido al consejo de familia que se conoce en otros pueblos (Véase lo que respecto á su organizacion hemos dicho en aquel lugar, pág. 67).