

lante del juzgador mayor del lugar do ha el mozo sus bienes, estando delante aquel contra quien es dada la acusacion de la sospecha.»

«El juzgador de su oficio puede remover al guardador de la guarda, maguer non le acuse ninguno: si viere o entendiere que faze mal la fazienda del huérfano en qualquiera manera quier que lo vea o lo entienda.»

Segun el art. 1276 de la ley de Enjuiciamiento civil, los tutores y curadores, ya sean para los bienes ya para pleitos, no pueden ser removidos por un acto de jurisdiccion voluntaria, áun cuado sea á solicitud de los menores.

Para decretar su separacion, despues de discernido el cargo, es indispensable oírlos y venderlos en juicio.

Conforme á la regla 6.ª del art. 307 de la Ley orgánica del poder judicial, tanto en las demandas sobre excusas de los cargos de tutor ó curador, despues de haber empezado á ejercerlos, como en las demandas de remocion de los guardadores como sospechosos, es fuero competente el del lugar en que se hubiere administrado la guardaduría en su parte principal ó el del domicilio del menor.

Por último, siempre que el pupilo ó pupila fueren maltratados por sus tutores ó curadores, ú obligados por ellos á actos reprobados por la ley, pueden solicitar que se les constituya en depósito. Véase art. 1277 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Artículo 243.—Acusado de sospechoso el tutor ó curador, deberá el juez proveer interinamente á la guarda de la persona y bienes del menor.

## ORÍGENES

Ley 3.ª, tit. XVIII, Partida 6.ª

## COMENTARIO

Otrosi dezimos que luego que el Guardador es acusado por sospechoso, e el pleito de la acusacion es comenzado por demanda e por respuesta, deue el Juez dar a otro ome bueno, en fieldad, la guarda del mozo e de sus bienes, fasta quel pleyto sea acabado.

Téngase ademas presente lo que acabamos

de decir respecto al depósito del menor en ciertos casos.

Con arreglo al Proyecto de Código, conforme con el frances y otros, confiere al consejo de familia la facultad de declarar sobre las causas, así de impedimento ó incapacidad como de separacion, si bien conserva la apelacion de este fallo para ante el Juzgado de primera instancia.

Artículo 245.—Separado de su cargo el tutor ó curador, quedará obligado á la indemnizacion de daños y perjuicios.

## ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XVIII, Partida 6.ª

## COMENTARIO

Nada más natural que el precepto contenido en este artículo: *Tollido seyendo el Guardador por sospechoso, por algun engaño que le oviese fecho en sus bienes, dezimos que finca enfamado por ende por siempre, e debe pechar el daño segund alvedrio del Juzgador: Mas si fuesse removido de la guarda non por engaño que oviesse fecho a sabiendas, mas porque fuesse ome perezoso, o de mal recabdo; estonce non seria por ende enfamado. Pero deuen dar luego algun ome bueno que guarde al mozo e a sus bienes en lugar del otro.*

Habiéndose abolido la pena de infamia, esta ley no tiene aplicacion más que en la parte que hace relacion á la obligacion de indemnizar por los daños y perjuicios que haya ocasionado el tutor ó curador removido.

Por más que no exista hoy la infamia, *spectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est; si ob culpam non æque*, no se confunde por la opinion pública el dolo con la incuria.

Las causas de remocion son las mismas para la tutela que para la curaduría. «El sobre todo dezimos que todas aquellas razones e sospechas, que diximos en estas leyes, que han lugar en el Guardador del pupilo: essas mismas deuen ser guardadas en el otro Guardador que es dado á los menores de veynte e cinco años e mayores de catorze; á que dicen Curator.»

## CAPÍTULO VII

## DE LAS EXCUSAS DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 245.—Podrán excusarse de estos cargos:

Primero. Los que tienen cinco hijos legítimos vivos, reputándose como tales los muertos en defensa del Estado.

Segundo. Los ausentes por causa del Estado, mientras lo están y un año despues. Cuando se trate de menores que estuvieren bajo su tutela ántes de aumentarse, deberá nombrar persona que la desempeñe interinamente.

Tercero. Los jueces en actual ejercicio respecto á la tutela posterior á su nombramiento.

Cuarto. Los maestros públicos de gramática, retórica, filosofía, medicina y leyes.

Quinto. Los que por servicio nacional estén en lugar determinado.

Sexto. Los que sobre toda la herencia ó su mayor parte tuvieren pleito con el huérfano.

Sétimo. Los que hubieren sido enemigos capitales de los padres no mediando reconciliacion.

Octavo. Los que ejercieren á un mismo tiempo tres tutelas.

Noveno. El que fuere tutor de un huérfano, de ser su curador.

Décimo. Los que por necesidad subsistieren exclusivamente de su trabajo corporal.

Undécimo. Los que padecieren enfermedad crónica ó habitual.

Duodécimo. Los que no supieren leer y escribir.

Décimotercero. Los que fueren mayores de 70 años (a)

Décimocuarto. Los casados que no lleven cuatro años de matrimonio (b).

## ORÍGENES

(a) Leyes 2.ª y 3.ª, tit. XVII, Partida 6.ª

(b) Ley 7.ª, tit II, lib. X, Nov. Rec.

## CONCORDANCIAS

Concuerta con: Arts. 427 y 436 Cód. Francia.—272 á 276 Italia.—208 Prusia.—195 Austria.—2.ª, lib. I, Baviera.—434 y 435 Holanda.—312 Luisiana.—225 á 238 Vaud.

## COMENTARIO

*Excusanza tanto es como mostrar alguna razon derecha en juicio, porque aquel que es dado por guardador de algun huérfano, non es tenuto de rescibir en guarda a el nin sus bienes.* La tutela hemos dicho que es un cargo obligatorio: para eximirse de él es, por consiguiente, preciso que existan razones que justifiquen la excepcion. Estas razones son las que enumera la ley. Los tutores legítimos no necesitan exponer excusa para no aceptar la tutela del pariente huérfano.

La primera de las excusas, esto es, la que puede alegar el que tiene cinco hijos vivos, fué establecida en Roma, no por las ocupaciones y carga doméstica que lleva consigo la educacion y crianza de cinco hijos, sino como un medio para favorecer el matrimonio y la propagacion de la especie; por eso se consideraban vivos los muertos en defensa de la patria, *hi enim qui pro Republica ceciderant, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*, cuya disposicion copiaron las Partidas.

En cuanto á la excusa que puedan alegar los que fueren maestros de gramática, ó de retórica, ó de dialéctica, ó de física, mostrando su

sciencia á los escolares, lo mismo que los maestros de las leyes e los filósofos... debe suponerse que se extiende no solamente á los que la ley enumera, sino á cualquier otros que tengan cátedras públicas de profesiones liberales. Los maestros de física son, en el lenguaje de la ley, los médicos.

Por lo que hace al que no sabe leer ni escribir, la ley de Partida dice: «el que non supiese leer nin escrebir, si fuese tan simple o tan necio que non se atreviese á hacer la guarda con recabdo.»

Parécenos, sin embargo, que nadie alegará su simplicidad como excusa y que no será necesario más que el hecho de no saber leer ni escribir para que la excusa prospere. Bien podemos decir que si en la época en que se hicieron las Partidas esto era una excusa, hoy podría considerarse como verdadera incapacidad.

Tales son las excusas que hoy se conservan. Nuestras leyes hacen mencion de algunas otras que en nuestro sentir son hoy inaplicables ó están derogadas, como lo está, por ejemplo, la de tener doce yeguas de vientre, etc.

Artículo 246.—Para los efectos del párrafo 7.º del artículo anterior, se reputará enemigo capital del padre aquel que le hubiere acusado de un delito de los que tienen señalada pena de muerte, ó por cualquier otro medio hubiere atentado contra su vida.

## ORÍGENES

Ley 9.ª, tit. VIII, lib. II, Fuero Real.  
Ley 22, tit. XVI, Partida 3.ª  
Ley 6.ª, tit. XXXIII, Partida 7.ª

## COMENTARIO

*El que acusó al padre del de cosas que si le fuessen probadas que le devian matar por ende, ó ser mal enfamado, ó si le ouiesse acachado en otra manera por lo matar.*

La enemistad capital, llevada hasta este punto, debiera más bien considerarse como incapacidad que como excusa.

La reconciliacion, como se expresa en el párrafo sétimo del artículo anterior, borra por completo la enemistad y hace desaparecer la excusa.

Si el tutor fuere nombrado en testamento, no podría, á nuestro entender, prosperar la excusa de enemistad capital, pues que el nombramiento

de testamentario equivale á más que una reconciliacion.

Artículo 247.—Las excusas para ejercer el cargo de tutor ó curador, deberán proponerse ante el juez que hizo el discernimiento, en los cincuenta días siguientes á la notificacion del mismo.

Si el designado tutor ó curador residiese á mayor distancia de 100 millas del lugar en que se hizo el discernimiento, el término para excusarse será de treinta días y un día más por cada 20 millas (1).

## ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XVII, Partida 6.ª

## CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 435 Cód. Holanda.—319 Luisiana.—234 Vaud.

## JURISPRUDENCIA

La remocion de los tutores y curadores no puede resolverse por un acto de jurisdiccion voluntaria (Sent. 18 Abril 1863).

## COMENTARIO

«El que se quisiere excusar, debe mostrar delante del juez la escusacion fasta cincuenta dias e debense començar a contar desde el dia que el supo primeramente que era dado por guardador. Esto se entiende si está en el mismo lugar o en otro que non sea mas lueñe de cien millas. Ca si mas lueñe fuesse, debe auer estonce por cada veinte millas un dia, e treinta dias de mas, a que venga a mostrar su escusacion:» tal es la doctrina de la ley.

El designado tutor ó curador, deberá, pues, proponer sus excusas, ántes de que se verifique el discernimiento del cargo ó ántes de que trascurren los términos improrogables que en la ley se fijan.

Trascurridos que sean estos plazos, se presume que se aceptó el nombramiento y cesa por lo tanto el derecho de alegar la excepcion legal.

La ley recomienda que en beneficio de la persona y bienes del menor, se termine brevemente el expediente ó pleito que promueva con ocasion de la excusa, y dice: «E el juez deve fazer que desde el dia que se comenzaron a contar

(1) Segun la ley 25, tit. XXVI, Partida 2.ª, tres millas son una legua.

los dias sobredichos, fasta cumplimiento de quatro meses, sea librado el pleito si debe valer o non la escusacion.»

En este pleito será parte necesariamente el menor, representado por un curador *ad litem*, y con audiencia del menor ó fiscal podrán alegarse cuantas excusas se crean que concurren.

La causa de excusa que sobreviene al ejercicio del cargo, podrá alegarse para una nueva tutela, pero de ningun modo será atendible para aquella que ya se está desempeñando. Así lo disponia el Derecho Romano, y creemos que así se desprende de la ley de Partida en muchos de los casos que en ella se enumeran, como por ejemplo, en los designados con los números 2.º y 3.º del art. 245.

En el Proyecto de Código, las excusas debían proponerse en la primera reunion del consejo de familia á que asista el tutor, so pena de no ser oidos despues, y las causas que sobrevinieren se alegarán dentro de los diez días desde que el tutor tuviere conocimiento de ellas, despues de cuyo término no pueden ser oidas.

En cuanto al plazo que señala la ley de Partida, puede resultar caso en que estando á más de 100 millas el nombrado tutor, sea el plazo menor de cincuenta dias. Sala dice que por equidad, no debe ser nunca este plazo menor de cincuenta dias.

Artículo 248.—La sentencia dictada sobre excusas, es apelable por el tutor ó guarda-

dor á quien se deniega la excusa. Si el tribunal superior confirma la sentencia, quedará obligado el guardador á la indemnizacion de daños y perjuicios.

## ORÍGENES

Ley 4.ª, tit. XVII, Partida 6.ª  
Ley 8.ª, tit. XXIII, Partida 3.ª

## CONCORDANCIAS

Concuerta en parte con: Art. 440 Cód. Francia.—435 Holanda.—236 Vaud.—320 Luisiana.—362 Nápoles.

## COMENTARIO

Esta ley es más bien referente al procedimiento; pero muchos Códigos la colocan en el Código civil, y casi todos los tratadistas de Derecho civil se ocupan de ella, colocándola entre las de carácter puramente civil.

«E el que mostrare escusa derecha e non ge la quiere caber el juzgador, si se sintiere agraviado de la sentencia, pudesse alzar della» (Ley 4.ª citada).

«Otrosi les debe pechar (al menor), todos los daños, e los menoscabes que los huerfanos o los otros rescibieren por mengua de guarda, desde el dia que fue escogido por guarda fasta el postrimero juicio que fue dado en razon de la excusa» (Ley 8.ª citada).

## CAPÍTULO VIII

## DE LA ADMINISTRACION DE LA TUTELA Y CURADURÍA

Artículo 249.—El menor debe ser educado y alimentado con arreglo á su clase y facultades.

## ORÍGENES

Ley 16, tit. XVI, Partida 6.ª

## CONCORDANCIAS

Concuerta con: Art. 454 Cód. Francia.—291 Italia.—Párr. 8.º, art. 224 Portugal.—446 Holanda.—343 Luisiana.—Ley 3.ª, párr. 3.º, tit. VII, lib. XXVI, Digesto.

## COMENTARIO

La tutela comprende la educacion y la alimentacion del huérfano. Así dice la ley que el huérfano aprenda buenas maneras, leer e escribir: e despues desto débele poner que aprenda é use aquel menester que mas le conviniere segun su natura, e la riqueza e el poder que oviere... Y el Digesto establece como regla general cuando se trate de fijar alimentos: *pro facultate patrimonii, pro dignitate natalium constituit*.