si previamente no aseguran sus resultas á satisfacción del Juez competente.».

Se está de acuerdo en suprimir este texto, por haberse aprobado el art. 271 (1).

TITULO VIII.

De la tutela.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

Proyecto Sierra (art 187): *La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está sujeto á la patria potestad ni ha sido emancipado.*

El Sr. Lacunza, motivando la aprobación del artículo, dice que está tomado del 171 del Proyecto de Goyena, quien lo razona suficientemente. Tiene de particular el texto que se separa de los Códigos modernos, especialmente del francés, en cuanto á no reconocer la tutela de la madre, pues se sigue el principio romano y patrio: *Patrem habenti tutor non datur.*

El artículo es aprobado y queda como 300 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 188): «La tutela se ejercerá

(1) Véase *supra* págs. 281 á 282.

por el tutor bajo la vigilancia del pro-tutor y del consejo de familia en los casos y en la forma que determina la ley.»

El Sr. Escudero pide se omita este artículo por innecesario, pues supone que más adelante se tratará del protutor ó curador y del consejo de familia.

La Comisión defiere á la petición por razón de economía de textos.

Proyecto Sierra (art. 189): «La tutela es un cargo personal de que ninguno puede excusarse, si no tiene legítima excusa, y que tampoco puede ejercerse conjuntamente por más de una persona.»

El Sr. Lacunza manifiesta que el texto anterior está tomado del art. 173 del Proyecto de Goyena, quien á la vez se inspiró para redactarlo, desde luego en el art. 417 francés (1) y después, cuando ménos, en la tendencia de toda la antigua legislación. En efecto, en cuanto al Código de Napoleón, aunque el texto citado no es terminante, en el punto de la unidad de la tutela, pues por su letra sólo se refiere á la hipótesis de que el menor domiciliado en Francia posea bienes en las Colonias ó viceversa, el espíritu bien claro que lo ha dictado, basta á convencer de que esa unidad fué principio aceptado por los legisladores franceses, sobre todo si se atiende á que, al expresar su voto sobre este particular la sección de legislación del Tribunado, pensó, dice Locrè, que las otras disposiciones de la ley darían á conocer suficientemente que el menor no

1 Demolombe, tom. 7, núms. 221 y 222.

puede tener sino un solo tutor en los departamentos continentales de la Francia (1). Y ciertamente, no hay más que leer esas otras disposiciones (arts. 397 y 403) en que se habla de un solo tutor, para que ya no quede ni la menor duda sobre que el enunciado principio forma regla en dicho Código. Por lo que hace al derecho antiguo, romano y patrio, no puede decirse lo mismo por más que se reconozca la tendencia á unificar la tutela, concentrando sus labores en una sola persona. En Roma sucedía que ó se dividía la gestión de los bienes, ó se nombraba un solo administrador, cuidando de la persona del pupilo otras personas ó se consideraba como solidaria, y, por consiguiente, exigible á uno solo de ellos la responsabilidad por el desempeño de la tutela á cargo de varios. En el primer supuesto cada tutor administraba en la región que le era señalada, reputándosele como honorario respecto de los otros tutores (2), á quienes, en tal carácter, vigilaba en sus trabajos y hasta podía hacer destituir (3). En la segunda hipótesis, los varios tutores convenían en entregar á uno solo, á manera de gerente ó representante común, toda la administración mediante un fiador de su buen manejo y entonces se les consideraba como honorarios y vigilantes del tutor administrador (4). Este podía ser nombrado ó por el testador, ó como acaba de decirse, por sus compañeros de tutela; pero si no se ponían de acuerdo, hacía el nombramiento el pretor (5).

---

(1) Locré, tom. 7, pág. 220.

(2) *Dig.* lib. 26, tít. 2, l. 15.—*Id.* tít. 7, l. 3., § 9.—*Id.* tít. 7, l. 4—*Cod.* lib. 5, tít. 52, l. 2.

(3) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 3, § 2.

(4) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 3, § 7.

(5) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 3, § 7.

Cuando el desempeño de la tutela era común, bastaba la autorización de uno solo para que el acto fuese válido (1).

Nuestra legislación patria permitió también el nombramiento de varios tutores para un solo pupilo; pero, fué entonces obligatorio que ó todos ellos se pusiesen de acuerdo para entregar á uno solo la administración ó en el defecto de ese acuerdo, que el Juez hiciese la designación en favor de aquel «entendiere que lo fara mejor e que será más provechoso á los mozos (2).»

Por nuestra parte no puede negarse que es necesario fijar de una vez, en términos claros, el principio de la unidad de la tutela, pues así lo exigen de consuno la mejor administración de los intereses del huerfano, la responsabilidad del tutor y la conveniencia de los terceros que ya no verán tantos domicilios del menor como sean las personas encargadas de administrar sus bienes, si estos se hallan radicados en distintos lugares.

Queda la primera parte del artículo, relativa á la inexcusabilidad del cargo de tutor. El que habla está por su aprobación también en este punto, pues como Goyena lo reconoce, citando la tradición romana y patria, la tutela es un verdadero cargo público, porque «toda sociedad está obligada á proveer de defensa al ser desgraciado que por su orfandad y tierna edad no puede él mismo defenderse». Tal es el espíritu de una ley de Partida: «Maguer el Rey es tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo debe fazer á estos (los huerfanos), porque son assi como desamparados, e mas sin consejo que los otros (3).

---

(1) Cod. lib. 5, tít. 59 l. 5.

(2) Partida 6, tít. 16, l. 11.—Hevia Bolaños, *Curia Philipica*, part. I, § 118. núm. II.

(3) Partida 3ª, tít. 23, l. 20.

El artículo es aprobado; pero se conviene en darle la siguiente redacción: *La tutela es un cargo personal de que ninguno puede eximirse si no tiene legítima excusa, y que tampoco puede ejercerse por más de una persona*, que queda como 301 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 190): «El alcalde ó Juez de paz del domicilio del huérfano proveerá al cuidado de su persona y bienes, hasta que acuerde lo conveniente el consejo de familia en su primera reunión.»

El Sr. Lacunza encuentra que no hay inconveniente en confiar de una vez al Juez de primera instancia y, en su defecto, al Juez municipal la provisión provisional del cuidado de los bienes y persona del huérfano, mientras se nombra el tutor definitivo, sin que haya necesidad de duplicar los interinatos. Así propone, se diga: *El Juez de primera instancia del domicilio del huérfano, y si no lo hubiere el Juez municipal, proveerá provisionalmente al cuidado de la persona y bienes, hasta que se nombre el tutor que debe encargarse definitivamente de la tutela.*

Esta redacción es aprobada y queda como art. 302 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 191): *Si al deferirse la tutela se encuentra el menor fuera de su domicilio, el alcalde ó Juez de paz del pueblo en que se hallare, hará inventariar y depositar los bienes muebles que el menor tenga en su poder y oficiará* al alcalde ó Juez de paz del *domicilio, remitiéndole un testimonio de estas diligencias. Esta misma obbligación tiene siempre que sepa haber quedado vacante la tutela por cualquiera causa y que el pro-tutor y el*

consejo de familia no pueden atender á la defensa de los intereses del huérfano. En todo caso el alcalde ó juez de paz responderán de los daños que vengan al menor por su falta y abandono.

La Comisión acuerda sustituir á las palabras: «alcalde ó juez de paz,» *juez de primera instancia y en su falta el juez municipal*, quedando aprobado el artículo que pasa á ser el 303 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 192): *Los parientes del menor están obligadas á poner en noticia del alcalde ó juez de paz el caso de orfandad ó la vacante de la tutela; y si fueren negligentes, quedarán privados del derecho de ser tutores, pro-tutores ó miembros del consejo de familia.....*

El Sr. Lacunza indica la necesidad de hacer en el texto las mismas variaciones hechas en el anterior.

El Sr. Escudero manifiesta que no sería sino muy conveniente y justo castigar la negligencia de los parientes con una pena más grave que la mencionada por el *Proyecto*. Recuerda, al efecto, la siguiente ley romana: *Sciant, qui ad successionem vocantur pupilli mortui, si defuncto ejus patre, tutorem ei secundum legem non patierint intra annum, omnen eis, sine ab intestato, sive jure substitutionis, sucessionem ejus, si impubes moritur, denegandam esse* (1), de la cual fué tomada la siguiente española: Desamparado fincando el mozo, que fuesse menor de catorce años, de guisa que su padre non le ouiesse dexado guardador en su testamento, nin ouiesse pariente cercano que

1 *Cod.* lib. 6, tít. 58, l. 10.

lo quisiesse guardar, estonce la madre e los otros parientes que heredaren á este mozo, si moriesse sin testamento, deuen é pueden pedir al juez del lugar que le de guardador atal que sea bueno e rico e que entienda que lo recibe mas por pro del mozo, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador á tal mozo, como sobredicho es, pierden por ende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huérfano, si muriesse sin testamento (1). A semejanza de estas disposiciones, el que habla, propone se adicione el artículo del *Proyecto* con esta frase: *y del de suceder sin testamento si no hubiere llegado á darse el aviso por cualquier otra persona.*

El artículo, así adicionado, es aprobado y queda como 304 del nuevo Código.

CAPITULO II.

De la tutela testamentaria.

Proyecto Sierra (art. 193): "El padre, aun siendo menor de diez y ocho años, tiene derecho de nombrar en testamento tutor para sus hijos menores, con inclusión del desheredado y el póstumo."

El Sr. Lacunza manifiesta que, habiendo aceptado la Comisión á la madre, lo mismo que á los abuelos maternos, para el ejercicio de la patria potestad (2), debe re-

1 Partida 6, tít. 16, l. 12.
2 Véase *supra* art. 271 del nuevo Código.

formarse en ese sentido el artículo del *Proyecto*. Igualmente debe serlo en cuanto á la mención de edad que contiene, pues basta que se trate de nombramiento de tutor en testamento, para que se entienda que el menor de edad ha de ser capaz, como se requiere para que teste. No hay necesidad tampoco de expresar que el tutor testamentario puede ser nombrado á los hijos menores, pues los mayores, por razón de edad, no lo necesiten. Por lo demás, tomada la idea fundamental del artículo, del 177 del Proyecto de Goyena, no hace sino seguir la tradición del antiguo derecho, que la mayor parte de los Códigos modernos respeta muy especialmente en este punto. Así, se recordará que desde el primer monumento de la legislación romana (XII Tablas, tít. 18) se dijo: *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto* (1). La facultad de nombrar tutor testamentario al desheredado y al póstumo se remonta también á las leyes romanas, al primero porque la tutela es una consecuencia de la patria potestad, y al segundo por el principio de que al simplemente concebido se le considera como nacido para todo lo que pueda serle útil (2). En consecuencia propone que el artículo quede redactado en los siguientes términos: *Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo.*

El Sr. Escudero se muestra de acuerdo con la redacción anterior; pero propone, en debido respeto al derecho de propiedad, que también se permita nombrar tutor tes-

1 *Dig.* lib. 50, tít. 16, l. 120.-Partida 6, tít. 16, l. 3.
2 *Dig.* lib. 26, tít. 2, l. l. 4 y 10, § 2.-*Id.* lib. 1, tít. 5, l. 7.