habla no ve la antonomia señalada por el Sr. Lacunza, y al efecto propone la siguientere dacción: *Cuando se hiciere nombramiento de tutor sobreviviendo uno de los consortes á otro que tenga patria potestad; pero que esté impedido para ejercerla, cesando el impedimento cesará también el tutor y se recobrará la patria potestad.*

La redacción es aceptada y queda como art. 310 del nuevo Código.

Proyecto Sierra. (art. 196): Si el padre ó la madre nombrasen *más de un tutor* á un hijo suyo, *con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros en caso de muerte, incapacidad, excusa ó separación de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado, salvo qne el testador designe el lugar en que deban entrar á desempeñarla. Siempre que se nombre más de un tutor, se entenderán nombrados por su órden y sustituyéndose unos á otros.*

El Sr. Lacunza encuentra muy justificado el artículo, que es el desenvolvimiento del 391 sobre unidad de la tutela. Está tomado literalmente del 180 del Proyecto de Gollena. Sin embargo propone se reforme, de acuerdo con los arts. 271 y 305, diciéndose: *Nombrado más de un tutor con el fin de que los nombrados se sustituyan* etc., etc., pues de otra manera podría creerse que el pensamiento del texto se refiere tan solo á los tutores nombrados por los padres.

Así reformado el artículo, es aprobado y queda como 311 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza expresa que no considera por demás establecer ciertos límites á la facultad de nombrar tutor

testamentario que se concede á los que ejercen la patria potestad, ó dejan bienes á un menor no sujeto á ella, por los arts. 305 y 306 del nuevo Código, pues podría creerse que esa facultad es omnímoda aun en daño del menor. Además, es necesario preveer el caso de que el tutor testamentario falte temporalmente por cualquier motivo. Al efecto, el que habla propone, como último artículo que cierre la materia de la tutela testamentaria, la siguiente redacción: *Cualquiera condición ó limitación en la administración de la tutela ó prevención que hiciere el que nombra el tutor, debe observarse, á menos que el juez, oyendo al consejo de familia, la estime dañosa al menor, en cuyo caso podrá suprimirla ó alterarla. Si por un nombramiento condicional de tutor ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el consejo de familia, con aprobacióu del juez, proveerá de tutor interino al menor.*

La redacción es aprobada y queda como art. 312 del nuevo Código.

CAPITULO III.

De la tutela legítima.

Proyecto Sierra (art. 197): *Tiene lugar la tutela legítima: 1º Cuando no haya tutor testamentario; 2º Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.*

El Sr. Lacunza encuentra digno de aprobación el artículo, pues el primer inciso es demasiado claro y el segundo se refiere al supuesto de que los dos cónyuges sean cul-

pables del divorcio, y del cual trata el art. 174 del nuevo Código.

El artículo es aprobado y queda como 313 del nuevo Código.

Proyecto Sierra. (art. 198): «La tutela legítima corresponde á los abuelos y hermanos del menor en este orden: 1º al abuelo paterno; 2º al abuelo materno; 3º á las abuelas paterna y materna por el mismo orden, mientras se conserven viudas; 4º á los hermanos varones, siendo preferidos los que sean por ambos lados, y entre estos el de mayor edad. Todas estas personas se reemplazarán en la tutela por el orden que van designadas».

El Sr Lacunza hace notar que, otorgada ya á los abuelos por el art. 271 la patria potestad, en defecto de los padres, no puede aprobarse el artículo del *Proyecto* que, tomado en este punto del art. 182 del de Gollena, sigue un sistema absolutamente diverso del que ha aceptado la Comisión. Indica tambien la conveniencia de introducir en la tutela legítima á los tíos, hermanos de padre ó de madre, pues son miembros de la familia y parientes bastante inmediatos al menor. En consecuencia propone la siguiente redacción: *La tutela legítima corresponde á los hermanos varones del menor, prefiriéndose á los que lo sean por ambos lados. En defecto de hermanos á los tíos, hermanos de padre ó de madre. Si hubiere varios hermanos ó tíos en igualdad de preferencia, el juez elegirá entre ellos el que le parezca más útil para el menor.*

La redacción es aprobada y queda como art. 314 del nuevo Código.

CAPITULO IV.

De la tutela dativa.

Proyecto Sierra (art. 199): *El tutor dativo deberá ser nombrado por el consejo de familia.....*

El Sr. Lacunza opina por que el nombramiento de tutor dativo sea hecho directamente por el Juez, por ser la tutela dativa de caracter urgente las más veces y no ser mny expeditiva ni fácil la reunión del consejo de familia. Además, cree que el artículo debe expresar á petición de quien ha de hacerse tal nombramiento, pues, en su concepto, él debe ser pedido por el menor mismo, si tiene cierta edad, por los parientes, por los acreedores ó deudores del menor, sin perjuicio de que el mismo Juez lo nombre, tan luego como llegue á su noticia la falta de tutor. En consecuencia, propone la siguiente redacción: «El tutor dativo será nombrado por el Juez. Este debe nombrarlo á petición del menor ó de algún pariente, ó acreedor ó deudor suyo, ó aún de oficio siempre que de cualquier modo llegare á su noticia la falta de tutor.»

El Sr. Escudero manifiesta que no debe sacrificarse el verdadero interés del huerfano que consiste en una buena elección de tutor, á la consideración del menor tiempo que emplearía el Juez en proveerlo de representación. El consejo de familia está, pues, indicado para intervenir antes que nadie en esto; pero el que habla opinaría porque el nombramiento siempre fuese confirmado por el Juez. Así, propone, se adicione el artículo del *Proyecto* con la siguiente frase: *y confirmado por el Juez.*

Con esta adición es aprobado el artículo, que queda como 315 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 200): «La tutela dativa tiene lugar, cuando no lo tiene, segun las disposiciones de la ley la legítima y la testamentaria».

El Sr. Ramírez opina por que el artículo debe ser adicionado, pues á falta de tutor testamentario, después de muerto el testador, pudiera creerse lo contrario si no se dice claramente, que tiene entrada el tutor legítimo, cuando, en verdad, esto corresponde al dativo, toda vez que, como lo advierte Gollena, «el nombramiento de tutor por el padre ó madre es un tácito y desfavorable testimonio contra los llamados á la tutula legítima (1)» Llama la atención de la Comisión sobre que este caso no es igual al de falta de tutor testamentario, antes de la muerte del testador, pues entonces se cae bajo el precepto del art 313, porque es lo mismo que si realmente no se hubiera nombrado tutor en testamento. El que habla propone, en consecuencia, á la Camisión la siguiente fórmula: *La tutela dativa tiene lugar: 1º Cuando no haya tutor legítimo, ni se haya nombrado testamentario. 2º Cuando el testador nombró tutor en su testamento, y el nombrado falta ó no puede desempeñar su cargo; pues una vez hecho tal nombramiento, no tiene lugar la tutela legítima, á menos que el testador disponga expresamente que, en defecto del tutor testamentario, éntre el legítimo.*

La fórmula es aceptada y queda como art. 316 del nuevo Código.

---

(1) Gollena, *Proyecto*, art. 184.

El Sr. Ramírez considera que no es por demás explicar también como debe entenderse la falta de la tutela legítima para que en su lugar éntre la dativa. Para este efecto es necesaria la falta no solo del primero llamado á ejercerla, sino de todos los parientes á quienes la ley otorga esta atribución. Así, propone, se diga: *Cuando ha tenido lugar la tutela legítima, si el tutor que la desempeñaba laltare perpetua ó temporalmente, continúa dicha tutela, llamándose al pariente que corresponda; más si llegan á faltar enteramente los parientes llamados en el art. 314, tiene lugar la tutela dativa.*

La redacción es aprobada y queda como art. 317 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza cree que sería muy conveniente dar al menor el derecho de nombrar él mismo al tutor dativo, pues, á cierta edad no hay razón para negarle ese derecho, siempre á reserva de la aprobación judicial. Propone, en consecuencia, se diga: «Siempre que haya de nombrarse tutor dativo para un menor que hubiere pasado de los catorce años siendo varón y de doce siendo mujer, el menor podrá designar la persona que quiera que sea tutor, y el juez nombrará á ésta si la creyere útil al menor, ó podrá prevenir á éste que designe otra; si ésta tampoco fuere aprobada por el juez, el menor será requerido para nombrar una tercera persona; pero si aun ésta no fuere aprobada por el juez, ya él mismo nombrará de oficio sin consultar al menor.»

El Sr. Escudero llama la atención de la Comisión sobre que el espíritu de la proposición del Sr. Lacunza es contrario al art. 315 ya aprobado, pues para redactar éste se ha pensado que ninguna mejor garantía de acierto pa-

ra el nombramiento del tutor dativo podía encontrarse que el consejo de familia, confirmado aquél por el juez.

La Comisión no acepta la proposición del Sr. Lacunza.

CAPITULO V.

Del protutor.

Proyecto Sierra (art. 201): *En todos los casos de tutela, el consejo de familia nombrará un protutor, siempre que no haya sido nombrado* por el padre ó por la madre.

El Sr. Lacunza, después de manifestar con Gollena que el protutor ó tutor sustituto, como lo llama el art. 420 del Código francés, es un vigilante y centinela del menor contra el tutor infiel ó negligente; que da el grito de alarma al consejo de familia para prevenir el daño en el momento mismo que amenaza (1),» opina que, en su concepto, el artículo del *Proyecto* debe aclararse, pues por sus términos parece que se refiere sólo á la tutela testamentaria. Además el mismo artículo nada dice sobre las personas más á propósito para este cargo, que seguramente son los parientes del menor, no debiendo designarse á extraños, sino cuando aquellos no asistieren ó no fueren idoneos en concepto del juez. Así, propone la siguiente redacción: «En todos los casos de tutela legítima ó dativa precisamente y en los de testamentaria si el Juez lo creyere oportuno, nombrará un protutor. La misma facultad tienen los testadores que nombren tutor. El Juez nombrará para protutor á alguno de los parientes, si á juicio del mismo Juez fuere idoneo para este cargo.»

(1) Gollena «*Proyecto*» 172.

El Sr. Méndez no está de acuerdo con la anterior proposición, pues no ve la necesidad de especificar las tutelas para que se entienda que á todas ellas se aplica la pro-tutela, bastando expresar que ésta existirá en todo caso de tutela. No cree tampoco que la testamentaria deba ser un excepción de este principio, porque el protutor está llamado, como se ha reconocido por el Sr. Lacunza, á vigilar y cuidar del buen manejo del tutor, cualquiera que éste sea. En cuanto á ligar al Juez para que nombre de toda preferencia protutor á algún pariente del menor, considera el que habla que ello no tiene razón de ser y puede aun perjudicar al huérfano. Así, entiende que el artículo del *Proyecto Sierra* quedaría bien con solo modificar las últimas palabras que obedecen á un sistema especial sobre patria potestad, que no se ha seguido en el nuevo Código. Propone, se diga al fin del artículo: *siempre que no haya sido nombrado por el testador.*

Con esta modificación es aprobado el artículo del *Proyecto* y pasa á ser el 318 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 202): «En el caso de tutela dativa, el consejo de familia nombrará el protutor en la misma sesión en que nombre al tutor.»

El Sr. Escudero hace observar que no hay necesidad de festinar el nombramiento del protutor como una medida de desconfianza y sólo para el caso de tutela dativa. Basta decir, como se expresa en el artículo siguiente del

Proyecto, que ningún tutor puede desempeñar su encargo sin hacer que antes se nombre protutor.

Se conviene en suprimir el artículo.

Proyecto Sierra (art. 203): «El tutor testamentario y el legítimo no pueden empezar á ejercer sus cargos sin hacer que antes se convoque el consejo de familia para el reconocimiento de su cargo y nombramiento de protutor. El tutor que no llenase esta formalidad, será responsable de los perjuicios que cause al menor, y además separado de la tutela.»

El Sr. Lacunza nota que no hay razón para que se imponga al tutor la obligación de hacer convocar el consejo de familia bajo la pena de destitución. Esto debe dejarse al Juez, que procederá á la convocación del consejo, inmediatamente que llegue á su noticia la necesidad del caso. Para que la tutela sea desempeñada debidamente, basta, á juicio del que habla, declarar que el tutor no puede desempeñar su encargo sin que haya protutor. Sin embargo, hay que prever que el tutor no cumpla con la obligación de hacer que se nombre el protutor. ¿Se paralizará por esto la administración de la tutela? Sería llevar la sanción de un principio sano como el de que se trata hasta convertirlo en pernicioso para los intereses del huérfano. Conviene, pues, fijarse en un término medio y prudente que el que habla encuentra en la siguiente redacción: *El tutor de cualquiera clase no puede ejercer su cargo sin hacer que antes se nombre protutor. El tutor que no llenare esta formalidad, será responsable de los perjuicios que cause al menor, y además separado de la tutela; más ningún extraño puede rehusarse á tratar con él, en juicio ó fuera de*

él, como tutor, alegando la falta de nombramiento ó de existencia del protutor.

La redacción es aceptada y queda como art. 319 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 204): *El protutor está obligado 1º á defender los derechos del menor en juicio y fuera de él siempre que estén en oposición con los del tutor; 2º á vigilar la conducta del tutor y poner en conocimiento del consejo de familia cuanto crea que puede ser dañoso al huérfano en su educación é intereses; 3º á reunir el consejo de familia para el nombramiento de tutor cuando éste faltare ó abandonare la tutela;... .....4º á ejercer las demás obligaciones que la ley le señala.*

El Sr. Lacunza está por la aprobación del artículo que contiene en sus tres primeros incisos las principales obligaciones del protutor, de que hablan generalmente los Códigos (1). Propone, sin embargo, para la mayor claridad del inciso 3º, que se agreguen las dos frases siguientes: «*más aunque falte el tutor no puede el protutor tomar la administración de la tutela, si el consejo de familia no le nombra en forma tutor*. En caso de que por falta de tutor el consejo nombrare tutor al protutor nombrará también otro protutor.»

El Sr. Escudero considera innecesaria la última parte por estar ya comprendida en el art. 318.

La comisión aprueba el artículo con la adición propuesta por el Sr. Lacunza, que retira la última parte, pasando á ser aquel el art. 320 del nuevo Código.

---

(1) Goyena, *Proyecto*, art. 188.

Proyecto Sierra (art. 205): *El protutor que no llene los deberes prescritos en el artículo anterior, es responsable de los daños y perjuicios que por ello resultaren al menor.*

Aprobado, quedando como art. 321 del nuevo Código.

El Sr. Lacunza manifiesta que el *Proyecto Sierra* nada dice sobre el término de las funciones del protutor, lo que conviene expresar, pues si bien es natural que ellas deban finalizar con la tutela, esto no ha de entenderse por el solo hecho de cambiar las personas. Así se evitarán las dudas á que ha dado lugar el art. 425 del Código francés. En consecuencia, propone se diga: *Los funciones del protutor cesarán cuando el menor salga de la tutela; pero si solamente hay mudanza en las personas de los tutores, seguirá el protutor.*

La redacción es aprobada y queda como art. 322 del nuevo Código.

CAPITULO VI.

Del consejo de familia.

Proyecto Sierra (art. 206): *El consejo de familia se establece para proveer mejor y con más seguridad de acierto á los intereses del huérfano.*

Antes del Imperio, la Comisión revisora no se manifestó favorable á la institución del consejo de familia, por considerarla ocasión de desavenencias entre los parientes y causa de moratorias perjudiciales á los intereses del menor. Sin necesidad del consejo de familia, se creyeron suficientemente garantizados esos intereses con el nombramiento del protutor y las satisdaciones del tutor. Pero, al

someterse de nuevo á revisión los trabajos anteriores, á moción del Emperador se incluyó en el nuevo Código el consejo de familia, atentas las siguientas consideraciones de Goyena: «El consejo de familia ha pasado por pensamiento nuevo y original de los legisladores franceses, mereciendo grandes elogios de los más célebres jurisconsultos y publicistas, entre ellos del célebre lord Brougham, nuestro contemporáneo en el Parlamento inglés. Sin embargo, aunque se me tache de maniático por nuestras antiguas leyes, puramente españolas y sin la mezcla ó liga de Romanismo, yo creo entrever en ellas algunos rasgos informes, si se quiere, y groseros del consejo de familia. La ley 3, tít, 3, lib. 4 del Fuero Juzgo da la tutela en primer lugar á la madre viuda, mientras permanezca tal; en segundo á los hermanos del huérfano, si fueren de edad perfecta, es decir, de veinte años; en tercero, al tío, hermano del padre difunto, ó á su hijo; faltando éstos, dispone que los parientes del huérfano elijan tutor, *tunc tutor ab aliis parentibus in præsentia judicis eligatur.*»

«La ley 3, tít. 7, lib. 3 del Fuero Real ordena que la madre viuda y tutora de sus hijos haga el inventario de los bienes de estos *ante los parientes mas propíncuos del (padre) muerto, y si pasare á segundas bodas, el alcalde con los parientes más propincuos del muerto den á ellos (los huérfanos) é á sus bienes quien los tenga en guarda.*»

«Se ve, pues, que por los dos Códigos mencionados correspondía á los parientes el acto más importante que el Francés atribuye al consejo de familia, á saber, el nombramiento de tutor; y correspondía también la intervención en otro acto de no menor importancia, cual es la formación de inventario. Estos rasgos, aunque toscos é imperfectos, encierran y descubren un gran pensamiento, que al mismo tiempo de ser beneficioso al menor, guarda armo-