

346.018
H519d
1457
F I V CS
d J C

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

DE LA TUTELA Y LA CURATELA



TESIS

PRESENTADA POR

VICENTE INES HENRIQUEZ

EN EL ACTO PUBLICO DE SU DOCTORAMIENTO



1957

EL SALVADOR, C. A.



UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR



Rector Interino:

Dr. Arturo Zeledón Castrillo.

Secretario General:

Dr. José Enrique Córdova.

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

Decano:

Dr. José Antonio Rodríguez Porth.

Secretario:

Dr. Angel Góchez Marín.

TRIBUNAL DE EXAMEN PUBLICO

Presidente:

Dr. Roberto Emilio Cuéllar Milla.

Primer Vocal:

Dr. Angel Góchez Marín.

Segundo Vocal:

Dr. Ricardo Miguel Duarte.

Octubre de 1 9 5 7 .-

TRIBUNALES DE EXAMENES PRIVADOS

Sobre leyes Sustantivas Civiles, Penales y Mercantiles:

Presidente:

Dr. Manuel Castro Ramírez, hijo.

Primer Vocal:

Dr. Guillermo Trigueros, hijo.

Segundo Vocal:

Dr. Ricardo Mena Valenzuela.

Sobre leyes Procesales y Administrativas:

Presidente:

Dr. Manuel Arrieta Gallegos.

Primer Vocal:

Dr. Ricardo Mena Valenzuela.

Segundo Vocal:

Dr. José Ignacio Paniagua.

Sobre Ciencias Sociales, Constitución y Legislación Laboral:

Presidente:

Dr. Maximiliano Patricio Brannon.

Primer Vocal:

Dr. Julio Eusto Fernández.

Segundo Vocal:

Dr. Feliciano Avolar.

D E D I C A T O R I A
- - - - -

A mi Madre

A mi Esposa

A mis hijos

A mis amigos:

Dr. César Emilio López.

Ing. José Antonio Perla, hijo.

Dr. Inf. Fernando Figueroa Magaña.

Dón Eulalio Bonilla.

A la institución del Ejército.

A la memoria:

De mi Padre.

De mi Abuelo Paterno.

Dr. J. Max Olano.

Dr. Emilio Cáceres Buitrago.

Dr. Reyes Arrieta Rossi.

- - - - -
- - - - -
- - - - -
- - - - -
- - - - -
- - - - -
- - - - -

P R O L O G O

Con la satisfacción del que ha llegado a su meta después de haber recorrido largo y penoso camino, me encontré complacido en el final de la senda que fué mi voluntad recorrer: titularme como Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales, en nuestra Universidad de El Salvador. Y al recordar las vicisitudes de nuestra Alma Mater, no puedo pasar por alto la nostalgia de la Casona de madera que el fuego destruyó y que ojalá surja de sus cenizas al empuje de los Profesionales egresados, que son sus legítimos hijos.

El tema que como trabajo de tesis doctoral he escogido, ya hacía algún tiempo que había anidado en mi mente y se relaciona directamente con las dos Instituciones de Derecho Civil, que se relacionan con la protección de los incapaces de una manera supletoria con respecto a la Patria Potestad, esto es, LA TUTELA Y LA CURATELA. Tan arduo tema, de suyo tan extensísimo, sobrepasa los estrechos límites de una tesis y las muy modestas capacidades con que Dios quiso adornarme, aun cuando creo poder ofrecer en mi vida profesional, un cuadro de honestidad y decoro en alabanza de nuestra Profesión. Un análisis exhaustivo de este tema, tan sólo podría -- ser llevado a cabo por personas de una erudición más extensa que la que entre nosotros puede obtenerse; por lo cual el desarrollo de mi tema, contendría lineamientos generales y sobre todo, algunas - observaciones cuya intención es salvaguardar mejor los intereses - de los incapaces ante la ley, señalando más de algún vacío.

La Tutela y la Curatela como instituciones protectoras - de Derecho Civil, se remontan a los tiempos de aquel pueblo de le-

gisladores: el romano; el cual llevó a cabo la más perfecta regulación de la vida social en la antigüedad, mediante un cúmulo enorme de leyes que originó una legislación "tan monstruosa" que según palabras de Eunapio, era "carga de muchos camellos". La idea de una Codificación fascinó la mente de muchos ciudadanos destacados de Roma, pero ni el poderío de Marco Tulio, ni las ansias de Pompeyo, ni la decidida actitud de César, lograron dar a los romanos la obra unificadora de la legislación de Roma, para transmitirla en las postrimerías de su decadencia a la posteridad, como lo hizo en el Siglo VI de nuestra era el Emperador del Imperio de Oriente FLAVIO JUSTINIANO. No es nuestro intento proseguir haciendo historia de las diversas codificaciones y cuerpos de leyes que nos ha legado la antigüedad; pero no hemos resistido la tentación de hacer alusión a los fundamentos directores de las legislaciones modernas, cuyo esqueleto interno, más o menos modificado está constituido por el Derecho Romano, al que con toda razón han llamado algunos autores -- "la razón escrita". Es así como en nuestro desarrollo, trataremos de delinear los contornos precisos de la Tutela y la Curatela en Roma, sin descender a detalles que nos serían inútiles y difíciles.

La evolución jurídica de la guarda de los incapaces y sus variaciones y diferenciaciones según la doctrina política que informa al Estado que la adopta, así como los diversos sistemas, clasificando dentro de ellos el sistema que sigue nuestro Código, han sido ideas que esbozaré, en la medida de mis alcances de una manera breve.

En fin, algunos vacíos de la ley por carencia de legislación en lo que se refiere a Tutela y Curatela, las relaciones de -

ésta con el Ministerio Público y algunas sugerencias acerca de cómo evitar el desfaldo del patrimonio de los pupilos, con el objeto de cerrar los portillos que la ley deja abiertos, me han sugerido algunas insinuaciones de legislar en los varios sentidos que indico, escudándome en mi benévola intención.

Algunas anotaciones de derecho comparado, me he permitido hacer, con el fin de ilustrar un tanto, la posición de nuestra legislación entre otras que actualmente rigen en otras naciones.

Luego de explanado el esquema general de mi trabajo, entraré al acometimiento de mi finalidad que es el desarrollo de mi tesis. Afortunado me consideraré si obtiene la aprobación de rigor.

CAPITULO I

LA TUTELA Y LA CURATELA DENTRO DEL DERECHO ROMANO

Como casi todas nuestras instituciones primordiales del de recho civil, la tutela y la curatela, renontan su origen hasta aquel pueblo de juristas que constituyó el Imperio Romano.- Los juristas de Roma, consideraron y clasificaron la naturaleza jurídica de la tu tela, como un cuasi contrato y a pesar de constituir un cargo público, estinaban que del cuasi contrato regulado por el Derecho Civil, nacían obligaciones entre el tutor y el pupilo, diciendo así, que la tutela es "el cuasi contrato, por el cual recibiendo el tutor el cui dado del pupilo y de sus bienes se obliga a rendir cuentas y a pres- tar una exacta diligencia mientras que éste se constituye a indemni- zar al tutor". Estaba regulada por la acción directa de tutela, que competía al pupilo acabada la tutela, contra el tutor o sus herede- ros para la rendición de cuentas conforme la ley, y la acción contra- ria, que tenía el tutor contra el pupilo para que reclamara las ex- pensas e indemnizaciones y habiendo desempeñado como diligente padre de familia, y podían ser una excepción la tutela y la curatela den- tro del régimen regulador de la familia pues es sabido que son de -- rancia estirpe latina, existiendo datos históricos acerca de que és- tos las tomaron de los griegos. Siendo reconocida universalmente la necesidad de salvaguardar las personas no aptas para protegerse por sí mismas, se instituyó la tutela, que fué definida por Servio Sulpi- cio, de la época de Cicerón; quien dice que la tutela legítima es -- "fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil sobre una cabe- za libre que necesita de amparo, y que no puede defenderse por su e-

dad". Se ve pues que los romanos daban tutor a los impúberes y consideraban la tutela como un cargo impuesto y derivado del derecho civil. Siendo la tutela así definida, fuerza y potestad dada y permitida por derecho civil, los juristas romanos la consideraron siempre como un cargo público, entendiéndolo ellos por CARGO, lo que estamos obligados a desempeñar por ley, costumbre o precepto de aquel que tiene facultad de mandar". La potestad de los guardadores recaía sobre las personas sui Juris, que tienen deficiencias para dirigirse por sí mismas y unos están bajo tutela y otros bajo curatela. La potestad de los tutores o "auctóritas" se ejerce: sobre el INFANS que no puede hablar y está escasamente desarrollado y comprende hasta los siete años; los mayores de esta edad hasta los diez y medio los varones y nueve y medio las hembras, que eran llamados PROXIMUS INFANTIA O MAYOR INFANS y desde esa edad en adelante, se denominan PUBERTATIS PROXIME. "El Infans no puede ejecutar ningún acto y el tutor hace todo por él, lo sustituye en su totalidad; pero el mayor Infans sí puede actuar con el consentimiento del tutor quien interpone su autoridad, completando la personalidad insuficiente del pupilo y su falta de juicio; el Infans proximus, estaba asimilado al pubertatis proximus, en atención a su incapacidad, no existiendo más que una diferencia entre ellos: la de que el pubertatis proximus es el único responsable de sus delitos. Los pupilos de su derecho o "sui juris" -- permanecían bajo la tutela hasta la pubertad y las mujeres por toda la vida, a no ser que por medio del matrimonio pasasen bajo la potestad de su marido. Los púberes que no tenían la capacidad necesaria para la administración de sus bienes, necesariamente por la definición misma de tutela, no caían bajo su régimen sino bajo el de la cu

ratela. Como se expresa que la tutela recae sobre una cabeza libre, de su derecho y sui juris, se entendía que concernía a la persona --- principalmente, más a pesar de todo, el tutor administraba secundariamente los bienes del pupilo y algunas veces se daba para ciertos casos específicos como para la adición de la herencia. Tratándose también como institución para cabezas libres o de "su derecho", como ya se ha visto, no se podía en ningún sentido nombrar tutor al que tiene padre, ni tampoco al siervo, porque no es de su derecho, esto es, cabeza libre, y mucho menos al peregrino puesto que no gozaba de libertad y no es tampoco "sui juris". La tutela se dividió en los tres -- clases tradicionales: testamentaria, legítima y finalmente la dativa, establecida por la ley Atilia y Julia, pudiendo concretarse la fisonomía jurídica de la institución de la tutela entre los romanos, como -- siendo un cargo público para proteger a los menores que son de su derecho o "sui juris".

Con referencia a la curatela, los glosadores más notables del -- derecho romano están acordados en que el procurador y el curador eran -- considerados casi como una misma cosa, según aparece de las variadas -- leyes que los asinilan, según lo ha demostrado Binkershock, de tal nanera que la procuración y la curatela se definían según los conenta--ristas de las leyes concernientes, como "la potestad de administrar -- los bienes de aquellos que no pueden cuidar de sus negocios" (Heine--ccio), de lo cual se dedujo claramente que el curador se da primera--mente para los bienes y secundariamente para la persona; siendo en esto en donde encontramos la diferenciación entre las dos instituciones, la tutela y la curatela: que los curadores no interponen en ningún --

sentido autoridad alguna como los tutores y únicamente prestan su consentimiento, ya que en la personalidad del menor nada tiene que suplir, confirmando este aserto, el hecho de que el Capítulo Quinto de la Instituta, al que tiene tutor sin ningún impedimento se lo puede nombrar curador, lo cual establece que éstos no ejercen autoridad. La ley Letoria fué la primera que mandó que se diera curador "con conocimiento de causa" a los pródigos y dementes, siendo opinión de varios autores que aún podría dárselos a todos los menores que lo pidiesen; siendo por tanto evidente que al menor podría dárselo CURADOR -- sin su consentimiento, porque haciendo el curador las veces de un procurador, no puede nombrársele sin el consentimiento del poderdante. La evolución de la tutela llegó hasta que la situación de que el Emperador M. Aurelio Antonino mandó que se pudiera dar curador a todos los menores aun sin conocimiento de causa. Se reconocían dos clases de curatelas: la legítima, que se daba a los furiosos y la dativa a cuyo régimen estaban sometidos todos aquellos menores incapacitados y los que estando afectados de un vicio corporal o que por el simple hecho de la ausencia no pueden administrar sus negocios; no teniendo lugar la testamentaria, de la misma manera como sucede con la tutela, puesto que según la Ley de las Doce Tablas el padre de familia puede libremente disponer de la tutela e no institución de derecho civil, pero en ningún caso de la tutela de su cosa que en este caso sería su herencia testamentaria o intestada; más a pesar de todo, el curador instituido en un testamento podía ser confirmado, según el Capítulo Cuarto de la Instituta.

De la misma manera que la tutela termina con la pubertad del pupilo, la curatela de los menores termina cuando han dejado de serlo,-

es decir, a los veinticinco años de edad cumplidos, a no ser que obtu-
viera la venia de la edad o habilitación; la de los furiosos y enfer-
nos con el restablecimiento de su normalidad, la de los pródigos con
la normalización de sus costumbres y la suspensión de la interdicción
que fuere debidamente decretada por el Pretor. Por otra parte, es --
bien sabido, que la tutela fenecía: a) por la muerte del tutor, porque
los jurisconsultos rezonaban que una persona fallecida no puede defen-
der a una que aún vive; b) por la muerte del pupilo, puesto que ésto
ya no necesita defensa. Es por esta razón que la tutela no pasa a --
los herederos, pues algo que ya está extinguido, no puede transmitirse,
puesto que si los herederos ejercen la legítima no es en el carácter
sino de agnados próximos del tutor que murió o parientes del pupilo;-
c) por cualquiera capitis diminutio máxima, media y mínima que padez-
ca el pupilo y por la máxima y la media del tutor; d) por la pubertad
del pupilo, habiendo a este respécto discrepancia entre los casianos,
que arguían que la pubertad se regulase por las apariencias físicas -
de haberla alcanzado los Proculeyanos que se remitían estrictamente a
la edad. Prisco propugnó por un sistema mixto, atendiendo a la edad
y la apariencia física. Justiniano siguó la opinión de los Proculeya-
nos fijando la pubertad de los varones a los trece años y la de las
mujeres a los doce. Más aún a pesar de que la tutela fenecía "ipsoju-
re", la constitución del Emperador Marco, les vedaba la administración
de sus bienes, entre tanto no nombraren un Curador; e) como el tutor --
testamentario podría nombrar tutor, puramente bajo condición y por --
tiempo determinado; se extinguía luego que hubiere llegado el día o -
fuere cumplida la condición; f) por la excusa del tutor, entendiendo
por tal "la excepción o nativo por el cual o no se cumple, o se prohi-

be a una persona que reciba algún encargo público, y por consiguiente la tutela. De aquí deducían los jurisconsultos la división de la excusa en dos clases: 1a.) la voluntaria; 2a.) la necesaria. La primera, depende de la opción del tutor de oponerla o nó y solamente la aprovecha si la opone legalmente, eximiendo de la tutela; y la segunda consistiendo en la prohibición expresa; inhabilitada para continuar en ella; y g) por la remoción del tutor por causa justificada, por actos en perjuicio del pupilo.

Siendo los tutores y curadores administradores de bienes ajenos y estando por otra parte, obligados a rendir cuentas, es muy justo y --razonalbe que necesariamente si fueren objeto de cualesquiera sospecha, ambos den caución o "satisfatio" de la conservación de los bienes del menor o pupilo. Como únicamente se obligan a dar satisfatio aquellos sobre los cuales recayese alguna sospecha de no conservación de los bienes del pupilo, se colige que están exentos de satisfatio los tutores nombrados en el testamento, porque se presume que el padre ha elegido persona idónea y de su confianza: así como tampoco daban fianza los tutores nombrados mediante inquisición por los magistrados mayores, porque se presumía que eso equivalía a la decisión o juicio paternal.

Estaban obligados a satisfacer todos los tutores legítimos, excepto los patronos e hijos legítimos de éstos, los nombrados sin inquisición por los magistrados menores, y los testamentarios legítimos y --dativos, cuando alguno o algunos de ellos se ofrecen espontáneamente a administrar los bienes. Cuando hay varios tutores para que la tutela no se divida, se dá a aquel que se ofrece de su propia voluntad,

no solo es suficiente para desempeñarla y si no se ofrece ninguno, se dará al asignado por el testador, y faltando éste señalamiento al que eligiere la mayor parte de los tutores; y si todos estos no eligieron, el pretor interpondrá sus oficios y nombrará uno de entre ellos, el cual dará fianza a sus colegas o no tutores honorarios. Estas reglas eran comunes. Curador y procurador eran términos casi sinónimos entre los romanos, como ya hemos visto, y les daban idéntica definición, pues según las leyes, se estableció que la curatela es "la potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden cuidar de sus negocios"; están sometidos a ella los púberes que no pueden administrar sus bienes, con los "furiosi" cuya curatela Bailey de las DOCTORES--BLES asignaba a los agnados y gentiles; se daba también a los pródiges, de igual manera que para los primeros, pues sus conductas poco correctas y dañinas para sí mismos se diferencian en muy poca cosa. Se distinguían dos especies de curatelas/ la legítima y la dativa. A la primera, estaban sometidos los furiosos y los pródiges, y la dativa correspondía a los menores y a aquellos que por vicio corporal o por una prolongada ausencia están en la imposibilidad de cuidar convenientemente de sus bienes; no teniendo lugar la testamentaria, porque el padre de familia disponía de la tutela pero no de la tutela de su cosa razón válida para la tutela que los jurisconsultos extendían a la curatela. Débase las tutelas por los mismos magistrados que otorgaban la tutela, y podían ser curadores todos aquellos que eran hábiles para ser tutores, pero el haber servido una tutela era una excusa legítima. El curador dado en testamento, a pesar de todo, se confirma, en atención a la voluntad del testador y así como la tutela fenecía -- con la pubertad, la curatela de los menores termina con la mayoría de

edad, es decir, los veinticinco años. Esta edad de veinticinco años para ser mayor de edad una persona, fué establecida por la ley Letoria, a la cual llama Plauto "Quinavicenaria" pues Letorio principalmente y otros creyeron que un siglo, o sean cien años, era el término más largo de la vida del hombre y por eso se dejó la juventud en la cuarta parte de ese ciclo, o sean veinticinco años, como se ha dicho.

Los romanos distinguían varias clases de cuasi-contratos de tutela, como la de los patronos, y la tutela legítima de los padres, la tutela fiduciaria, tutores atilianos o dativos cuyo estudio detallado nos llevaría lejos de nuestra finalidad.

CAPITULO II

EVOLUCION JURIDICA ACTUAL DE LA TUTELA

Desde los tiempos originarios del derecho sistematizado, las instituciones familiares de la tutela y Curatela, han sufrido varias influencias que les dan una fisonomía jurídica un tanto diferente, según el sistema que han adoptado en los diversos países, pero siempre jalonando la dirección de su incorporación al derecho público y a su consiguiente regulación por el Estado; pues se vé acen-- tuarse cada vez mas su carácter inherente al orden público conside-- rándoseles como una función social. Es de este modo, como vemos -- que algunas legislaci ones como las de francia y España entre las -- europeas y en las americanas del Perú y Venezuela, permanecen fieles al sistema familiar de la tutela que pudieramos llamar latina; fun-- damentando ésta, estrictamente en los lazos de familia, en vista de lo cual mantienen una reglamentación rigurosa de la tutela testa-- mentaria o legítima y estableciendo la r unión o Consejo de los pa-- rientes, conocido entre nosotros y otras naciones como Consejo de Familia.

Es evidente, que el sistema de la tutela y la curatela entre nosotros, no contiene ninguna diferencia sustancial que los diferen-- cio entre sí y pertenecen indudablemente, al sistema llamado Latino, en cuanto a los artículos comprendidos en el Capítulo Tercero del -- Libro Primero del Código Civil que tratan de la tutela y la curatela legítimas, vemos una reglamentación rigurosa de las instituciones di-- chas, basados en los lazos familiares estrictamente, ya que el Artí-- culo 387 C., ahí comprendido, enumera quienes son los llama... ---

a la tutela o curatela, que no son otros que los consanguíneos ahí enumerados, empezando por los padres y a falta de los tales padre o madre, dá intervención al Juez quien, "oídos los parientes del pupilo", elegirá de entre los demás ascendientes y a falta de éstos, nombrará de entre los colaterales que designa el referido artículo, la persona que le pareciere más afecta. El Art. 40 C.- en consonancia con el anterior, enumera los parientes comprendidos en los casos en que la ley dispone que "se oiga a los parientes de una persona" y también en la tutela o curaduría lativa, el "Juez deberá oír a los parientes del pupilo" según el Art. 392 C.; de la misma manera, el Art. 401 C. que establece que si el tutor o curador prueba que los bienes son tan exiguos que no excedan de mil colonos, podrá el Juez "oídos los parientes del pupilo", remitir la obligación del inventario de los bienes. Tal como lo hemos visto, las instituciones de la tutela y curatela entre nosotros obedece al tipo Latino. Actualmente, encontramos los siguientes sistemas de tutela en el Derecho Moderno: 1o. Tutela de familia, de la que ya hemos hablado, originada sin duda en los principios inspiradores de la Revolución Francesa, que a través del Código napoleónico se expandió por casi todos los países de Europa, principalmente los países de obolengo cultural latino, como por ejemplo el Código Civil italiano de 1865, el de Portugal de 1867, el de España de 1883, incluyendo los de casi todas las naciones latinoamericanas; 2o.) el sistema de autoridad. En este sistema, la intervención de organismos de carácter estatal es predominante, como el tribunal de Tutelas y el Consejo de Huérfanos en Alemania. Las leyes norteamericanas siguen este sistema que podemos llamar germánico, es-----

tableciendo jurisdicciones de órganos estatales especiales que cuidadosamente regulan su funcionamiento. Algunas legislaciones actuales como la española ha suprimido la curaduría, por ser evidente que las funciones de los curadores pueden perfectamente ser desempeñadas por tutores de carácter ordinario o especiales; pero otras legislaciones mantienen la diferencia entre tutela y curatela para aplicarlo a los incapaces mayores de edad, el caso en que hay incompatibilidad de intereses entre los padres y los hijos menores sometidos a su patria potestad, entre tutor y pupilo y otras para suplir la institución -- del protutor, de origen francés, que es una especie de vigilante activo, encargado de velar porque se desempeñe el tutor según las prescripciones que le impone la ley. Pero sin embargo, hay otros cuerpos de leyes que acogen un sistema mixto, de autoridad estatal y de las instituciones que se apoyan en los lazos familiares, tal como son, según el ilustrado Profesor Castan, los Códigos de Nicaragua, Costa Rica, Chile, Paraguay, Uruguay, y Argentina entre los americanos, y nosotros agregamos entre los europeos el Código Suizo.

CAPITULO III

DEL CONSEJO DE FAMILIA EN NUESTRA LEGISLACION

Si examinamos el Título Séptimo - Capítulo Primero - del Código de Procedimientos civiles del Libro Segundo, cuyo título es "De la Audiencia de los parientes o Consejo de Familia", empezando por su primer artículo, el Art. 793 Pr. nos enteramos de que nos habla de que en todos los casos en que el Juez debe proceder "oyendo el parecer de los parientes", estos no serán otros que los que enumera el Art. 40C. incluyendo al cónyuge como familiar por afinidad, siguiendo el orden de precedencia allí expresado, todo pena de nulidad. Para nuestra ley, la AUDIENCIA DE LOS PARIENTES equivale al consejo de Familia y éste podrá integrarse en los casos de los Arts. 40, 387, 392, 401, 299, y 452 C., etc., en los cuales se manda "oír a los parientes", quedando así evidenciado que la institución de la tutela y curatela entre nosotros, obedecen al sistema ya dicho, que se basa estrictamente en las relaciones de familia. La integración del Consejo de Familia en nuestra ley, es deficiente con respecto a la tutela y la curatela y acerca de su organización, simplemente dice el Art. 793 Pr. que cuando el Juez deba proceder "oyendo el parecer de los parientes de la parte", emplazará a los enumerados por el Art. 40 del Código Civil, como ya hemos expresado y que estén en igual grado de parentesco con la parte, comprendiendo siempre al cónyuge, observando en el emplazamiento el orden enumerado, siendo por tanto, la audiencia de carácter estrictamente privado y dependiente de la autoridad judicial. No hay ninguna reglamentación a -----

cerca de cómo se organiza el Consejo de Familia, no diciéndonos como en otras legislaciones, si hay vocales, quiénes se hallan facultados y quiénes están obligados a pedirla, si el cargo es obligatorio o nó, incompatibilidades, excusas, inhabilidad, remociones, recursos contra la organización, entrada en funciones, duración, acerca de la organización del Consejo, etc., etc., y demás reglamentaciones, como -- puede verle en los códigos europeos, los de España y Francia para el caso; sin embargo, algún leve progreso se nota acerca del Consejo de Familia, con la intervención estatal en tan importante institución familiar, que jalona aunque inciertamente la línea ascendente del -- progreso a que ha llegado en otras naciones y así vemos que el Art. 93 del Ministerio Público establece que "sin la presencia del Procurador General de Pobres y de sus delegados, en su caso, no pueden -- celebrarse Consejos de Familia ni tramitarse diligencias en que se trate de vender o gravar las propiedades de los incapaces o de emancipación de los menores. El Art. 793 Pr. aludido, se limita a exi-- gir como requisitos para la integración de la "audiencia de los parientes, que se hallen dentro del Departamento de la residencia del Juez", y sólo en defecto de éstos, puede emplazarse a los que se hallen en otra parte; que en el emplazamiento se observará el orde de precedencia que proscribe el Artículo 40C., "Pena de nulidad", limitándose simplemente a darles audiencia "y por su no asistencia mediante razón puesta por el Juez, éste continuará el procedimiento con arreglo a derecho. "No existe una reglamentación del Consejo de Familia que tenga relación directa, específica y permanente con relación a la tutela y curatela, su funcionamiento, su intervención en el ejercicio de la tutela y curatela; sino que habla de una manera vaga refiriéndose a causas de hecho y causas de derechos", sin decir

relación determinada con las instituciones familiares de la Tutela y la Curatela como en otras legislaciones, en corroboración de lo cual, puede verse el Art. 794 Pr. que dice "La audiencia de los parientes tendrá lugar, en las causas de hecho, antes de la recepción a prueba y en las de derecho, antes de dictarse la sentencia o resolución".- No se menciona para nada con relación a la Tutela y Curatela como sucede en casi todas las legislaciones del mundo. Las únicas incapacidades reguladas son las del cónyuge divorciado y la del que ha sido privado o suspenso de ser miembro del Consejo de Familia, entendiéndose que lo primero obedece al hecho de que el divorcio absoluto extingue todo vínculo familiar por afinidad, y segundo no hay duda - que se refiere a condena judicial mediante sentencia ejecutoriada, - en observancia del Art. 351 -No.7- cuyo texto es "La pérdida o suspensión de los derechos produce alguno o algunos de los efectos siguientes: 7o.) Privación de los derechos de patria potestad, tutela, curaduría y participación en el Consejo de Familia".

Sin que haya ninguna indicación acerca de cómo se integra el Consejo de Familia, ni la manera cómo ha de tomarse su parecer, la ley simplemente nos habla de que "reunidos los parientes si comparecieren en el día y hora señalados, SE LES OIRA VERBALMENTE ASENTANDO SE EN EL EXPEDIENTE EL RESULTADO DE SU DELIBERACION en un acta que será firmada por ellos, por el Juez y el Secretario". Se colige claramente, que el Consejo de Familia así formado, es puramente accidental y transitorio y sucede únicamente cuando el Juez tenga que proceder "oyendo el parecer de los parientes de la parte, omitiendo en absoluto la formación del Consejo de Familia de modo permanente, como lo verifica el Código Español y otros muchos tantos de Europa y -

varios de América, los cuales, luego que regulan la formación del -- Consejo, establecen que el magistrado ~~procederá~~ a dictar las medidas tendientes a la protección de los bienes del menor. Esa expresión - de "reunidos los parientes si comparecieren", nos está indicando la falta de una generosa legislación que regule eficazmente la formación del Consejo de Familia, de tanto interés para la protección de los - menores, limitándose su intervención a los casos adventicios que la ley señala al Juez, y asentándose simplemente, el resultado de la de- liberación de "la audiencia de los parientes" a que el Código de Pro- cedimientos llama Consejo de Familia, impropia; pues las leyes de procedimientos, siendo simplemente adjetivos, no pueden en ningún caso, regular la esencia y sustancia de las instituciones de derecho civil, siendo tan sólo reglas de trámite que facilitan la marcha del ~~proceso~~ o diligencias; pero si buscamos en el Código Civil una con- cepción de lo que es el Consejo de Familia, notamos que el referido Código desconoce por completo tan importante institución, que ocupa actualmente un sitio tan relevante en las legislaciones más avanzadas, en su afán de proteger a aquellos que por tener ~~mutilada~~ su persona- lidad, necesitan de la protección necesaria, no sólo de los parientes, sino también de la acción benéfica del Estado. No hay ninguna obliga- toriedad como debe haberla para los parientes, de la parte, pues, de que comparezcan o no, porque "el Juez continuará el procedimiento con arreglo a derecho", Art. 797 Pr. Pero hay algo que nos hace meditar acerca de la imprecisión del procedimiento acerca del asunto de que tratamos, y es la de que nos dice: "que los parientes no son partes - en juicio" y toda vez emplazados, no es necesaria su intervención en el proceso del juicio ni en las demás instancias, a no ser que algu-

no pide expresamente que se le tenga por parte. Tal procedimiento no merece ni remotamente llamarse Consejo de Familia, el cual sin exageración podemos decir que es inexistente entre nosotros y sobre estructuración debería legislarse; notándose ante todo, el desprecio hacia "la audiencia de los parientes", puesto que el Juez puede pasar sobre el acuerdo de la mayoría del parecer de ellos cuando - "éste acuerdo sea contrario a las leyes o perjudicial a la persona cuyo interés se trata, "AL PRUDENTE JUICIO DEL MISMO JUEZ". Quién juzgará la prudencia o imprudencia del Juez?, cabe el recurso de apelación?. Asonbra que en nuestro sistema formal de prueba, el simple arbitrio de un Juez sin ningún recurso legal contra él pueda pasar sobre lo que acuerde el Consejo de Familia, calificándolo por sí, de ilegal o perjudicial a los intereses de las personas cuyos - intereses se trata. Sostenemos que en nuestra legislación no existe lo que se llama en otras naciones Consejo de Familia, como organización permanente cuyas decisiones son ejecutorias; sino que, lo recalcanos, es simplemente un medio de ilustrar al Juez, quien impone su criterio sobre lo acordado por la mayoría accidental de la -- "audiencia de los parientes"; no siendo así en otros Códigos, sobre todo europeos, en donde está reglamentado minuciosamente el Consejo de Familia para todos los actos de la vida del sometido a tutela o curaduría, siendo sus decisiones obligatorias para Jueces o demás - Funcionarios y sus deliberaciones, mandatos han de cumplirse, además de ser estable y permanente su funcionamiento. No entramos en el estudio minucioso de esta institución, relacionada íntimamente con la Tutela y la Curatela en las demás legislaciones, porque nuestro interés principal estriba en poner de relieve, la falta de legislación

CAPITULO IV

LA TUTELA Y LA CURATELA EN NUESTRAS LEYES

Nuestro primer Código Civil que sigue casi a la letra al de Chile, el cual es la imagen del Código Napoleónico, y que fué elaborado por los señores José Eustaquio Cuéllar, Anselmo Paíz y Tomás A yón y puesto en vigencia por el General de División y Senador Encargado de la Presidencia de la República el veintitrés de agosto de mil ochocientos cincuenta y nueve con sus dos mil cuatrocientos --- treinta y cinco artículos, siendo Ministro de Relaciones Exteriores Encargado del Ministerio de Gobernación, M. Irungaray, mandando su impresión y circulación, acogió el sistema de nombrar varios tutores, para la guarda de un sólo pupilo como puede verse del Art. 357 del cuerpo de leyes ya citado y que a la letra dice: "Podrán colocarse bajo una misma tutela o curaduría dos o más individuos con -- tal que haya entre ellos indivisión de patrimonios. Divididos los patrimonios, se considerarán tantas tutelas o curadurías como patri monios distintos. Una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores", el cual artículo, fué reformado por Decreto Legislativo de cuatro de agosto de mil no vecientos dos, por la Comisión reformadora de esa época suprimiendo el último inciso, por las razones que siguen: "Este inciso establece que una misma tutela o curaduría puede ser ejercida conjuntamente por dos o más tutores o curadores. La Comisión cree que la multi-- plicidad de guardadores puede dar lugar a disensiones entre ellos y a descuido de la administración, por confiarse cada uno en lo que o tro haga. La unidad de la guarda debe ~~conservarse en cuanto sea po~~

sible, para que la responsabilidad del guardador sea más efectiva, y también porque siendo muchos los guardadores no es posible remunerarlos convenientemente. Si el capital de un pupilo es cuantioso, el guardador puede simplificar la administración realizando una parte de los bienes y colocando el producto a interés con buena garantía, o por cualquier otro medio ventajoso". En la edición de 1904 dicho artículo aparece con el número 371 con los dos primeros incisos solamente, en los cuales deben suprimirse las palabras "o curaduría", "o curadurías", en virtud de la ley de 1902. En las ediciones de 1912, 1926 y 1947 tomando en cuenta las reformas preindicadas, es el Art. No. 368, en el cual aparecen las palabras "o curaduría" en el inciso primero, constituyendo una lamentable errata no salvada, pues la ley ya citada las suprimió en agosto de 1902, estando correctamente redactado el artículo en cuestión en la edición de 1912, pues en el primer inciso no aparecen las palabras que fueron suprimidas, y que pueden fácilmente inducir a error en la interpretación de la ley. Por lo que puede verse, nuestro Código adopta la unidad en el ejercicio de la tutela, diciéndonos nada más en el Art. citado, que en el caso de división de los patrimonios de los menores, habrán tantas tutelas, cuantos sean los patrimonios, aunque siempre serán ejercidas por una sola persona, disposición de grandes beneficios en cuanto es más sencilla la gestión de los intereses de los menores, que la multiplicidad de guardadores, con la consiguiente discrepancia de criterios y atonimiento de los unos a los otros, tal como razonó la Comisión Reformadora. Cuestión interesante surge con relación a la tutela de los menores que contraen matrimonio, en el caso de que hayan o no cumplido los dieciocho años de edad. Si no los han cum---

plido, por la celebración del matrimonio con las formalidades legales quedan emancipados, esto es, fuera de la Patria Potestad, quedando bajo la tutela de sus padres legítimos según el orden de prelación establecido en el Art. 387 C., puesto que el acto civil del matrimonio no elimina el defecto de su poco desarrollo intelectual para dirigirse a sí mismos, que como hecho natural y biológico, es el fundamento de que se le nombra guardador. Pero si el menor hubiere ya cumplido los dieciocho años de edad "obtiene habilitación de edad por el Ministerio de la ley", es decir, por la simple celebración del matrimonio y sin más trámite, Art. 297 C., quedando naturalmente, emancipados? en consecuencia, fenecida la tutela y como titulares de los derechos y obligaciones de que son susceptibles los mayores, con las restricciones que la ley les impone por expreso texto. En el supuesto de que sólo uno de los cónyuges fuere mayor de dieciocho años de edad, tan sólo éste obtendría habilitación de edad, en tanto que el otro estaría sujeto por su menor edad a la guarda de un tutor, Art. 362 C., terminando así la guarda para el mayor de dieciocho años, Art. 456, numeral séptimo 300, 297 C.- Por otra parte, aún cuando el artículo 498 C., prohíbe que sean tutores o curadores los que no hayan cumplido veintiún años, aunque hayan obtenido habilitación de edad, estando el marido habilitado de edad facultado por una disposición especialísima para representar y administrar el patrimonio de su mujer; compartimos la opinión de que tiene aplicación el Art. 370 C., que prescribe "El marido -representará a su mujer y administrará sus bienes, si fuere menor de dieciocho años, con los mismos derechos y obligaciones de los mandatarios", estableciéndose así un mandato no consensual estable

cido por la ley. Esto lo deducimos del status jurídico del habilitado de edad que es considerado como capaz, salvo las limitaciones legales y en este caso no existe ninguna, Arts. 296 y 298 C.- Otra situación interesante que podría presentarse y que indudablemente ya se ha presentado, aunque no hubiere sido decidida por sentencia, es el del hijo legítimo cuya madre es menor de edad, teniendo el padre la Patria Potestad; y si en estas condiciones muere, pasaría a la madre, art. 252 C., pero la madre no podría ser titular de ella por la incapacidad de su minoridad; entendiéndose entonces que falta temporalmente, de acuerdo a un criterio estrictamente legal, no quedando en ningún caso el hijo emancipado, y existente siempre el vínculo de la Patria Potestad. Porque el Art. 275 en su numeral 1o. dice: "La emancipación legal se efectúa: lo) por la muerte del padre o de la madre en su caso" y en el estado de cosas que examinamos la madre no ha muerto, sino que está impedida transitoriamente por su minoría de edad, por lo que no se rompe el vínculo jurídico de la Patria Potestad, por el hecho de no ser capaz, en atención a su minoría de edad, de ejercerla y nada podemos suponer nosotros en este vacío de la ley, sino pensar por analogía, conforme a las reglas de interpretación comprendidas entre los Arts. 19 al 24 del Código Civil y razonar principalmente por analogía y sentido armónico de la ley. Creemos que es un caso de suspensión de la Patria Potestad no contemplado en la legislación nuestra, porque si analizamos el fundamento doctrinario de los motivos de suspensión de la Patria Potestad no contemplado en la legislación nuestra, porque si analizamos el fundamento doctrinario de los motivos de suspensión de la Patria Potestad, especifi

cados en el Art. 271 C., encontramos que se fundamentan en el mismo motivo de la menor edad de la madre como incapacidad para ejercer la tutela faltando el padre. Verdaderamente, el citado artículo reza así: "Art. 271. La Patria Potestad no suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus bienes y por la ausencia del padre de la cual se siga perjuicio grave, en los intereses del hijo. Durante la suspensión de la Patria Potestad del padre, será ejercida por la madre, pero el padre la recobrará cuando cese dicha suspensión". Notamos que los basamentos legales generales en su sentido filosófico-jurídico, son: la incapacidad psicológica del padre de salvaguardar los intereses de la persona y bienes del pupilo, la inhabilidad jurídica establecida por la sentencia de interdicción basada en su alterado estado de conducta anormal y de la imposibilidad de hecho de que el que está prolongadamente ausente, pueda cuidar del pupilo y su patrimonio. En todos estos casos hay imposibilidad, que puede ser transitoria o no, de administrar idóneamente los intereses pupilares, pues estas causas pueden perfectamente desaparecer y ejercer el padre o madre los derechos inherentes a la Patria Potestad. En la cuestión que nos ocupa, muerto el padre, la ejercería la madre, quien por su menor edad no podría hacerlo, pero observamos que esta falta de edad no puede privarla de sus derechos sobre el hijo, ya que en los casos más graves de demencia o interdicción, establece el Art. 824 Pr. que "en cualquier tiempo que cesen los motivos de la suspensión, recobrará el padre o la madre sus derechos sobre el hijo y sobre sus bienes, previa resolución judicial, observándose para dictarla los mismos trámites que para la suspensión, por consi

guiente, la pérdida de la administración de los bienes de que habla el inciso 2o. del Art. 263 C. se entienda durante la suspensión de la Patria Potestad". Así pues, entendemos que es un motivo de suspensión, pues su menor edad no trae como consecuencia la pérdida de una vez y para siempre de sus derechos que nacen de sus relaciones de familia, sin culpa ninguna de su parte. Entre tanto, al menor podría nombrársele tutor legítimo de acuerdo al Art. 387 C. y faltando el padre, la madre sería la llamada a la guarda de su menor hijo, pero la incapacidad de su menor edad la elimina por de pronto, por la misma razón; pero el inciso 2o. del Art. 498 C. estatuye que se aguardará a que cumpla los veintiún años para conferirle el cargo. El Art. 498 C. establece en su inciso 1o. que "no pueden ser tutores o curadores los que no hayan cumplido veintiún años aunque hayan obtenido habilitación de edad. Sin embargo, si es deferida una tutela o curaduría al ascendiente o descendiente, legítimo o ilegítimo, se aguardará que los cumpla para deferirle el cargo, nombrándole un interino para el tiempo intermedio"; y si la ley civil concede lo más, cual es lo de esperar que el tutor o curador menor de edad cumpla la mayoría, nombrándole curador interino en el lapso que media, para conferirle el cargo que ha de ejercer, y siendo como es la guarda, un cargo subsidiario y de carácter subordinado con respecto a la patria potestad, la cual está consagrada por los lazos de consanguinidad como el derecho originario sobre los hijos, y teniendo la tutela lugar solamente cuando faltan los padres; con muchísima mayor razón, debe conceder lo menos jurídicamente, como es esperar a que el titular del derecho de autoridad familiar más perfecto, que en ningún momento se ha extinguido por mandato expreso -

de ley ni decreto de Juez ni de modo voluntario, alcance la mayor edad, sobre todo si consideramos que tal vínculo no puede romperse - por un accidente como la menor edad. Estos argumentos ponen en evidencia una carencia de legislación en este punto, de ocurrencia frecuente en nuestro medio, y nos parece debería estar comprendida en las causas de suspensión que enumera el Art. 271 C., que ha sido redactado según entendimos, de una manera no taxativa, incluyendo en el texto del referido artículo, el presente caso.

Cuando por alguna causa se retardare el discernimiento de una tutela o curatela, o durante el ejercicio de ella sobreviniere un obstáculo temporal que impida las gestiones de la guarda del tutor o curador, el Juez nombrará interinos en su caso durante el lapso, pero si hubieren otros que puedan suplir la falta, o si se tratare de nombrar tutor o curador que suceda al que actualmente ejerce la tutela o curaduría y puede éste continuar en ella algún tiempo, en -
tonces no tendrá lugar el nombramiento del interino. El Juez para la elección del tutor o curador dativo "deberá oír a las parientes del pupilo", Art. 392 C., y luego le discernirá la tutela o curaduría por decreto judicial en que le autoriza a ejercer el cargo -Art 393 C., previo el otorgamiento de la caución legal que proceda y el interinario respectivo, según el Art. 394 C., y el Juez será responsable de los perjuicios que se causen al pupilo por la inobservancia de estas prescripciones. Además, el carácter subordinado de la tutela y curatela en lo que concierne a la potestad jurídica, es evidente dentro de nuestra legislación; y así nos damos cuenta de que según el Art. 840 Pr. El Juez de Primera Instancia, siempre que tuviere noticia de que en su territorio jurisdiccional existe alguna

persona que debe estar bajo guarda y carezca de guardador, podrá - proceder de oficio, Art. 838 Pr., proveyendo la comprobación del - hecho, Art. 840 Pr.; y nombrará un guardador interino y citará por edicto con treinta dias de plazo a todos los que se crean con dere- cho a ejercer la tutela o curaduría legítima y si nadie se presen- tare con las pruebas del caso, él proveerá el nombramiento defini- tivo e irrevocable de tutor o curador en la forma que prescribe la ley para proteger la persona y bienes del pupilo, haciendo lo mis- mo cuando un guardador testamentario o legítimo cese por un motivo justificado en el ejercicio de la guarda o cayere en interdicción mediante sentencia firme; más si se presentaren diversas personas, el Juez procederá sumariamente tal como lo estatuye el art. 979 - Pr. ; Como ya hemos visto, las diversas doctrinas políticas que - se refieren a la estimación de los fundamentos doctrinales de la - tutela y la curatela, la diversifican en cuando a su organización y funcionamiento en las varias legislaciones, en gran número de -- las cuales se ha obligado la segunda, reduciéndola a una sola ins- titución de Derecho Familiar: La tutela, que puede englobar perfec- tamente a la segunda, de tal manera, que sale sobrando como un ex- ceso de legitimación; pero aún cuando difieren las diversas legis- laciones en la organización y funcionamiento, de las instituciones de que tratamos, todas coinciden en considerar la tutela evolucionando hacia el derecho público, sujeta cada vez más, a organismos administrativos, de carácter puramente de ingerencia estatal y en considerar la guarda de los incapaces para desplazarse en la vida civil, como entes que no puedan defender sus personas y patrimonios; como una cuestión que atañe el orden público, y que en todo

CAPITULO V

DERECHOS Y PROHIBICIONES DE LOS TUTORES Y CURADORES

Ya hemos visto que la tutela y la curatela, no tienen diferencias esenciales en nuestra legislación y que en gran número de Códigos, está la última hasta ha sido suprimida. Dicho esto, entraremos a investigar cuáles son los derechos primeramente, que conciernen a tutores y curadores, señalando sus relaciones con el pupilo, que se reducen a tres elementos: representación, administración y derecho a la remuneración de la "quinta". En primer lugar, señalaremos lo -- que es la representación legal contemplada en el Art. 410 C. que -- prescribe que el tutor o curador representa al pupilo judicial y extrajudicialmente en todos los actos que puedan menoscabar sus intereses en lo que concierne a sus derechos y obligaciones. Y también puede autorizarlo bajo su responsabilidad, para los mismos actos o interviniendo él mismo de manera directa. Aquí procederemos a distinguir, cuando el tutor o curador representa totalmente a su pupilo y cuando le completa su personalidad. Esto se relaciona con las prescripciones legales que tratan de la capacidad para obligarse -- por actos y declaraciones de voluntad. Es indudable, conforme al -- Art. 1318 del Código Civil, que son absolutamente incapaces los impúberes, es decir, los que no han cumplido catorce años, con relación a los varones y la mujer que no ha cumplido doce. En esta situación, siendo los menores absolutamente incapaces según el inciso segundo del Art. 1552 C. su representante legal lo representa en to da su plenitud, no pudiendo ser obligado por un acto o declaración de voluntad suya. No dando lugar ni siquiera, al nacimiento de o--

bligaciones naturales. Pero siguiendo este orden de ideas, en el inciso tercero del Art. ya citado, nos encontramos con lo que se conoce como incapacidades relativas del menor adulto, que ha cumplido los catorce años y ha dejado de ser impúber, pues ahí se establece que "sus actos pueden tener valor en los casos determinados por la ley". Como por ejemplo, algunos actos personalísimos que no son -- del orden patrimonial, como contraer matrimonio, situación en la -- cual la cierta capacidad relativa como ya lo hemos expresado simplemente es completada por su representante, tutor o curador. El Art. 112 C. nos expresa que el mayor de dieciocho años tiene derecho a que la persona que debe prestar el consentimiento respectivo, para nuestro caso el tutor según el Art. 111 C., califique y justifique los motivos de su disenso ante el Juez de Primera Instancia respectivo. Esto nos está demostrando que en estas cuestiones, el tutor ya no representa totalmente a su pupilo, sino que tan sólo la completa mediante su autorización y su intervención directa en los casos jurídicos a que expresamente se refiere la ley, como otros similares, como reconocer hijos naturales, tal cual lo expresa el Art. 281 C. cuyo tenor es el que sigue: "Por parte del hijo ilegítimo, habrá derecho a que el supuesto padre, si éste fuere mayor de dieciocho años, sea citado ante el Juez a declarar si cree serlo. La citación debe ser personal, y si el demandado se hallare ausente de su domicilio, aunque haya constituido apoderado se le emplazará en la forma de ley". Tal como lo estatuye la disposición anterior, aún cuando no exista plena capacidad en el supuesto padre, la ley excluye completamente a todo representante legal, incluso naturalmente a todo tutor o curador, porque el fundamento jurídico de tal prescripción ha sido be-

llamente expresado por un reconocido autor en los párrafos siguientes, que justifican la completa independencia de reconocer hijos naturales, puesto que siendo capaz de procrear debe otorgársele el medio de cumplir su deber, y reconocer un hecho ejecutado por el mismo, además de que tal reconocimiento puede serle impuesto coactivamente, lo mismo en la situación en que tenga que procederse criminalmente contra el menor sometido a guarda en el cual nada tiene que ver el tutor.

El segundo derecho comprendido dentro del régimen de la tutela y la curatela es el de la administración aunque no cabe dudar que todo derecho es correlativo de su obligación correspondiente y también podrá considerarse en este aspecto. De todas maneras, entraremos a precisar los contornos precisos que la delimitan. El Art. 411 C. nos expresa que el tutor o curador administra los bienes del pupilo y es obligado a la conservación, reparación y cultivo, según fuere más provechoso al pupilo, extendiendo su responsabilidad hasta la culpa leve inclusive. En este sentido, haremos a guisa de conclusión a los principios generales que rigen el mandato, contemplado en el Art. 1892 C.; el cual aún cuando es un contrato consensual, en lo que respecta a su regulación tiene íntimos puntos de contacto en lo que se refiere a los "actos de administración" que especifica el artículo dicho, considerando que es indudable que la administración y representación legal constituyen un mandato no contractual, cuyos límites están comprendidos en el Art. mencionado y otras disposiciones restrictivas, que imponen prohibiciones de enajenar y requisitos de la enajenación, a los tutores, curadores y representantes legales en general, quienes únicamente pueden cele

brar actos y contratos de administración patrimonial, quienes incurri-
rían en la responsabilidad legal respectiva si procedieren en contra
de los intereses de los pupilos o menores. Como un elemento intere-
sante de la administración, encontramos las restricciones impuestas
al tutor en lo que concierne al aspecto administrativo, entre los cua-
les encontramos las restricciones que se refieren a la adquisición -
por el pupilo mediante disposición testamentaria, aceptación y repudi-
cación de donaciones, legados, arrendamientos, empleo fructífero de
los dineros del pupilo, pago de las deudas y cobro de los créditos, y
en general todo acto o contrato del cual pueda resultar perjuicio a
la persona o bienes del pupilo, en todos los cuales casos, es neces-
ario la aprobación judicial mediante decreto firme y específico al ca-
so cuestionado. En todos estos eventos, se perfila la dependencia de
la tutela y curatela a la autoridad judicial, con prescindencia del -
Consejo de Familia que en otras partes, siendo un elemento permanente-
mente relacionado con la Tutela o Curatela, que interviene en la regu-
lación y funcionamiento de las mismas. En todas estas cuestiones, se
perfilan las características del mandato, que en estas cosas que tra-
tamos, podríamos denominar mandato no-contractual, tal como lo recono-
cen variados autores al referirse a la administración limitada de los
que ejercen la patria potestad, la Tutela o la Curaduría, institucio-
nes que dentro de nuestra ley civil tienen restricciones homólogas, -
como puede notarse al leer los Capítulos y Títulos respectivos. La -
ordenación y ejercicio del funcionamiento del régimen administrativo
de la Tutela y la Curatela, tal como lo hemos apuntado figuran en el
Título XX del Libro Primero del Código Civil vigente. Como una cues-
tión capital de las restricciones al tutor o curador encontramos el -

Art. 413 C., dice: "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, enajenar los bienes raíces del pupilo que valga más de doscientos pesos, ni gravarlos con hipotecas o servidumbre, ni enajenar o empeñar los muebles preciosos, ni podrá el Juez autorizar esos actos sino por causas de utilidad o necesidad manifiestas. Exceptuándose el caso de que la venta de los muebles preciosos corresponda al giro ordinario de los negocios del pupilo.

Se entiende por muebles preciosos aquellos cuyo valor exceda de quinientos pesos. Aquí vemos un problema por defecto de legislación que daña frecuentemente los intereses del pupilo y del cual, -- juntamente con otros de idéntica índole, trataremos en capítulo por separado. Por de pronto, podemos señalar, de que manera va a determinarse ese valor de los doscientos pesos? Queda al arbitrio del tutor? Existe un trámite en el procedimiento civil que precise tan importante trámite judicial? Es garantía suficiente las diligencias de utilidad y necesidad a efecto de proteger adecuadamente los intereses patrimoniales del pupilo? Con toda modestia, y con el deseo de decir alguna que sea útil y beneficiosa, trataremos estos problemas por separado, como ya lo hemos dicho, con la salvedad anticipada, de que nuestra buena intención puede sobreponerse a cualquier error de apreciación, cosa dispensable entre hombres de cualesquiera capacidad mental.

Luego pasamos a ocuparnos del tercer aspecto de los derechos que la ley asigna a tutores y curadores que consiste en "la quinta parte de los frutos líquidos de aquella parte de los bienes de su pupilo que administre" que está regulada por el Art. 522 C. y todos los comprendidos en el Título del Libro Primero del Código Civil conservando siem-

pre la característica de englobar conjuntamente a los tutores y curadores. Es entendido que los gastos necesarios que ellos hagan los serán abonados separadamente y no se imputarán a la quinta; esto es en vista de que la ley manda que se les abonen los gastos que hagan en el ejercicio de su cargo, incluyendo también cualesquiera indemnización de los servicios hechos al pupilo en concepto que no sea del cargo que desempeña sino en otro ajeno, como Abogado, Médico, Artesano o Labrador, o en otros que estén implícitos en su administración, Art.- 432 C. La cuenta fiel y exacta del tutor o curador administrador, debe ser una cuenta fiel y exacta, de manera documentada, siendo en este punto una confirmación del derecho tradicional de la obligación -- que se les impuso desde los tiempos remotos del Derecho Romano estando contemplado en el Art. 433 de nuestro Código Civil incluyendo a todo tutor o curador sea testamentario legítimo o dativo, sin exclusión de ninguna clase, debiendo llevarse los referidas cuentas en un libro que según indica el inciso tercero "será foliado, rubricado y sellado por el Juez que discierna la tutela o curaduría, y con una razón en la primera foja, firmada por el mismo Juez, en que se exprese el objeto del libro y el número de fojas que comprende". Los gastos necesarios para la rendición de cuentas serán de cargo del patrimonio del pupilo, con la obligación del guardador de presentarlo al Juez respectivo cada año, en los primeros 30 días del año posterior, con la sanción de una multa de cien a quinientos pesos. Aún cuando hemos hecho alusión a este aspecto administrativo, no podemos pasar por alto que se encuentra relacionado con los demás derechos que comprenden las -- instituciones de la Tutela y Curaduría.

En el caso de concurrencia de varios tutores o curadores que o

jerzan la guarda conjunta, la quinta se dividirá por partes iguales; con la salvedad de clarar que los guardadores mencionados ejercen sus cargos únicamente con relación a las personas de sus respectivos representados. Esa administración conjunta a que se refiere la ley se entiende naturalmente al aspecto netamente patrimonial, como resultado de la indivisión de patrimonios en el caso específico en que varios tutores y su administración conjunta no se origina del hecho de que exista la guarda conjunta de muchos guardadores sobre la persona de un sólo pupilo; sino del caso específico de que tal estado de cosas se deriva de la preindivisión de patrimonios. La ley ha rodeado de medidas protectoras a la persona y bienes del pupilo, como ya hemos expresado reiteradamente; pero sin embargo el cuidado de nuestra ley ha llegado hasta los límites de adentrarse en las reconditecos del pensamiento humano, ya que es una elaboración de milenios y es de este modo como nos encontramos con prohibiciones impuestas a tutores o curadores, tales como la prescrita en el Art. 115 C., cuyo texto así dice: "Mientras que una mujer, aún habilitada de edad, no hubiere cumplido veintiún años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administre sus bienes, casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el Juez, con audiencia de un curador especial. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes -- del tutor o curador para el matrimonio con el pupilo o pupila; - aunque el pupilo o pupila haya obtenido habilitación de edad. El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición, sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido, a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponde, sin perjuicio de las otras penas que las leyes le impongan. No habrá lugar a las disposi-

ciones de este artículo, si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes, cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo". Esta sabia prohibición de la ley civil está plenamente garantizada y sancionada por nuestro Código penal que en su artículo 431 prescribe "el tutor que antes de la aprobación legal de sus cuentas contrajere matrimonio, prestare su consentimiento para que lo contraigan sus hijos o descendientes con la persona que hubiere tenido en guarda, a no ser que el padre de ésta o la madre en su caso hubiere autorizado debidamente este matrimonio, será castigado con un año de prisión mayor y multa de trescientos colones". En íntima relación con lo expuesto, vemos también que nuestra legislación -- pone nuevas cortapisas de manera específica, en el correspondiente título en que trata de la remuneración de tutores o curadores, y es así como el Art. 529 establece que el tutor o curador que administra de manera fraudulenta o que infringe la prohibición relativa a contraer matrimonio con los descendientes de sus pupilos, o ex-pupilos, mientras no estén aprobadas las cuentas de su cargo, como ya lo hemos expresado en el artículo 115 C. ya transcrito, pierde su derecho a la quinta y restituye todo lo que hubiere percibido en razón de su cargo. La disposición arriba citada, en su afán de proteger a los pupilos, les impone a los guardadores la indemnización de -- perjuicios por descuidada administración, haciéndolo perder además, la parte de la quinta de los frutos en bienes que hubiere sufrido -- deterioro por su negligencia o experimentado considerable disminución de productos. Además, todo tutor o curador que no dé cuenta detallada de su administración, con base en el inventario el libro -- que está obligado a llevar y las existencias actuales o fuere con-

victo de dolo o culpa grave, tendrá el pupilo el derecho de apreciar y jurar la cuantía de los perjuicios ocasionados en su patrimonio, - ya no sólo en lo que se refiere al daño emergente si no que también es extensivo al lucro cesante, como una consecuencia jurídica del - cuidado que debe emplear como un buen padre de familia; y la prueba que la ley pone en contra del tutor o curador le hace ser condenado en la cuantía que ha sido apreciada y jurada, con la moderación -- que el Juez juzgue conveniente. Art. 438 C.- Si dos o más pupilos hubiesen estado bajo una misma tutela o bajo la guarda de varios - guardadores de consuno, la responsabilidad de ellos es solidaria - con respecto a los bienes que ha administrado y darán una sóla cuen - ta, la que será discutida y aprobada por la persona a quien pase - la administración si el representado mismo no lo fuere, pero en el caso que la transferencia sea a otro tutor o curador o al pupilo -- que hubiere sido habilitado de edad la cuenta no podrá ser cerrada sino con la aprobación del Juez con audiencia de un curador espe-- cial, quien previo análisis de los libros y demás documentos emi-- tirá su dictamen si las cuentas deben ser o no aprobadas. Ese ejer - cicio de consumo de tutores o curadores en el caso que sean varios pupilos, debe entenderse que se refiere específicamente al caso en que existe entre estos últimos indivisión de patrimonios y se re-- fiere únicamente a la administración y en ningún sentido a las per - sonas de los pupilos en que se concierne a la crianza y educación - que deberá dárselos según la voluntad del padre o madre encargadas de ellas, de acuerdo a lo prescrito en el Art. 444 C.- Siempre se entiende que cada pupilo tiene una relación jurídica directa, in-- dependiente de la de los demás, en lo que respecta a la representa - ción y otros cuidados que atíngen exclusivamente a la persona -- Art. 382 C.-

REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA
TUTELA O CURATELA

La tutela y la curaduría deben ser previamente discernidas, consistiendo el discernimiento en el decreto judicial que le da la autorización legal para ejercer su cometido, Art. 393 C.- Como una formalidad para discernir la guarda, nos enteramos que en ningún caso la ley autoriza a los jueces para llevar a cabo el discernimiento de la guarda sin que antes no sea rendida la caución que garantice la posible mala administración del guardador. Al mencionar la ley en sentido general simplemente caución, ha admitido los tres diferentes contratos accesorios que admite nuestra ley civil para garantizar el cumplimiento de una obligación principal; los cuales son: la fianza, la prenda y la hipoteca. La Legislación establece que si el capital no excede de dos mil pesos, esa garantía puede consistir en una simple fianza; si sobre pasa esta cantidad la fianza, debe ser hipotecaria y el valor de los inmuebles dados en hipoteca debe ser cuando menos, la quinta parte de los bienes que van a estar bajo su administración. La ley señala una firme responsabilidad al Juez por todo perjuicio que se causare al pupilo por no ceñirse a estas disposiciones. Luego que el discernimiento se hubiere efectuado se procederá al inventario solemne de los bienes si no se hubiere practicado antes y como no hay en esta parte del código una aclaración que nos diga qué entienda por inventario solemne, concluimos que se refiere al Art. 1175 C., que aun cuando esté en la parte que se refiere al beneficio de inventario con relación al heredero, no por eso deja de armonizarse con la parte del código que tratamos. Así se nos dice que el inventario solemne debe ser hecho ante el -

Juez de Primera Instancia y su secretario o ante Notario y dos testigos. Son éstas puras formalidades del inventario a que alude el Art. 394 C.- Luego que fuere aprobado dicho inventario, la ley nos explica que el Juez conferirá al tutor o curador la administración de los bienes del pupilo por auto en el proceso. Otros Códigos permiten que la caución pueda disminuirse o aumentarse, según el aumento o disminución de patrimonio de los pupilos, pero hay excepciones que la ley ha estatuido por relaciones especiales, tales como el cónyuge y los ascendientes y descendientes legítimos del pupilo y su madre legítima, que no prestan fianza, así como también los que se dan para un negocio particular y cuando el patrimonio del pupilo fuere exiguo y el tutor fuere persona de notoria prohibición y de facultades suficientes para responder de ellas, Art. 395 C., facultades a las que algunos son adversos en consideración a que aun cuando siendo parientes, no se excluya del todo la posibilidad de defraudar a sus parientes, pero la ley no se sitúa en situaciones de hecho, sino que inclinándose reverente ante los lazos de familia y de sangre, confía en la buena gestión de tutores que reúnan ciertos requisitos a que la ley les somete; así como también en algunas exceptúa a los tutores testamentarios de la obligación de prestar caución, por la presunción de que el testador tiene plena confianza en la prohibición y capacidad en el desempeño del cargo del tutor que nombre, Art. 399 C.- El inventario deberá practicarse por el tutor o curador dentro de los noventa días posteriores al discernimiento del cargo, pudiendo el Juez ampliarlo o restringir dicho plazo, pero la negligencia del guardador, traerá por consecuencia la remoción del cargo por sospechoso siendo condenado al resarcimiento de toda

pérdida o daño que de ello proweniere al pupilo, tal como se dispone en el Art. 438 y el correspondiente del pr 439. Esta obligación de inventariar no podrá ser dispensada, pero probando que los bienes del pupilo son tan exiguos que no lleguen a mil pesos, el Juez con "audiencia de los parientes" del pupilo le podrá eximir de la obligación de inventariar, exigiéndole al tutor un apunte privado calzado con su firma y tres de los parientes más cercanos del pupilo, mayores de edad o de tres personas respetables en defecto de éstos, - Art. 399 y 401 C., haciendo de nuestra parte, la observación del carácter totalmente familiar que distingue entre nosotros, la organización y funcionamiento de la tutela y la curatela. Si los bienes del pupilo pasaren de la suma de mil pesos, haciendo relación de todos los bienes raíces y muebles, particularizándolos uno a uno o señalando colectivamente los que consistan en número, peso o medida, con expresión de peso, cantidad y calidad, sin perjuicio de hacer las explicaciones del caso para poner a cubierto su responsabilidad. Entendiendo de nuestra parte en este punto, que deben observarse las formalidades y requisitos establecidos por el Art. 1169 al 1185 del Código Civil y las regulaciones que establecen: El Art. 402 C.- que trata de la relación de todos los bienes raíces y muebles, comprendiendo los títulos de propiedad, las escrituras públicas y privadas, créditos y deudas del pupilo de que hubiere prueba y con sólo noticia, libros de comercio o de cuentas y en general todos los objetos presentes con la excepción de los que no tuvieron ningún valor o utilidad; el Art. 403 C. que prevé la situación de que surjan otros que no se incluyeron en el inventario primitivo, se hará nuevo inventario solemne con las formalidades del anterior y se entenderá incorporado a él; la de los Arts. 402 a 405 C., que prescribe inventa

riar aún las cosas que no fueren del pupilo si se encontraren en los bienes que les pertenecen y la responsabilidad del tutor o guardador se hará extensivo a ellos, no teniendo lugar y no tendrá valor alguno su simple afirmación de que pertenecen a determinadas personas, lo cual es perfectamente jurídico, porque la inclusión en un inventario no es título de propiedad, ni de ninguna otra clase; el Art. 406 C. que establece que se comporten con la mayor circunspección y cuidado, pues será responsable si enseguida de la aprobación del inventario alegare que se han consignado en el inventario cosas imaginarias, se ha exagerado el número, peso y medida de las existentes, o que se ha atribuido una materia o calidad de que carecían, no será oído a ninguna justificación, con la sólo excepción de que pruebe que no pudieron evitarse tales alteraciones, habiendo empleado el debido cuidado y la diligencia a que está obligado o que sin conocimiento o experimentos científicos de ninguna manera tampoco será oído el guardador que alegare haber puesto a sabiendas en el inventario, cosas que en realidad no le fueron entregadas, aun cuando quisiere probar que tal acción suya la hizo para favorecer al pupilo, porque esto sería una puerta abierta a la defraudación del patrimonio de los pupilos, lo cual está en abierta contradicción con el espíritu protector y tutelar de nuestra ley; teniendo la misma índole el 408 C. que establece que los pasajes oscuros o dudosos del inventario se interpretarán en favor del pupilo salvo la prueba contraria. En los casos que haya cambio de tutor por muerte, renovación del primero por causa legal o remoción por una causa cualquiera, el legislador, con vista a evitar transacciones engorrosas y gastos superfluos en la confección de otro inventario, previene que el guardador que

sucede a otro, recibirá los bienes según el inventario anterior, con las observaciones que notare y las diferencias con el anterior, haciéndose esta operación con las mismas solemnidades que el anterior, puesto que tendrá que producir los mismos efectos, pasará a ser el inventario del sucesor, reglamentación que expresamos y que están comprendidas en el Art. 409 C., con que finaliza la regulación de las formalidades previas de tutores y curadores.

RELACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO CON LA
TUTELA Y CURATELA

La Institución del Ministerio Público que tiene a su asidero en el Art. 97 de la Constitución actual vigente, contempla ciertos aspectos del ~~derecho~~ moderno en lo que respecta a las tutelas y curatelas, tendiente a regularla mediante organismos de orden administrativo, que evidencian aunque sea débilmente que nuestra ley ya avizora la importancia cardinal de la intervención estatal en el régimen de los menores e incapacitados. Efectivamente, el Art. 100 C. de la Constitución actual, que corresponde Título V que trata del Ministerio Público, nos dice en su numeral 10. "Corresponde al Procurador General de Pobres: 10.) Velar por la defensa de las personas o intereses de los menores y demás incapaces". Este precepto de la ley máxima, perfectamente bien podría dar lugar a legislar, mediante una ley secundaria, ciertas deficiencias que ponen en el desamparo a la niñez salvadoreña. Pero evidentemente, ya existe un apéndice aceptable en la institución de la Procuraduría General de Pobres. Además, el Art. 180 de nuestra ley primaria establece que el Estado protegerá la sociedad, la familia, la maternidad y la infancia, y es en este último aspecto de los infantes que bien podrían dictarse leyes,

como un mandato constitucional; pues en su inciso segundo, nos sigue diciendo la misma disposición, que el Estado protegerá la salud física, mental y moral de los menores y garantizará el derecho de éstos a la educación y a la asistencia, estatuyendo que la delincuencia de los menores estará sujeta a un régimen jurídico especial. También el Art. 181 Const., en su tendencia protectora de los menores, nos dice que los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, tienen iguales derechos en cuanto a la educación, a la asistencia y a la protección del padre, librándoles aun del prejuicio de ignominia social, ordenando que en las actas de Registro Civil no se expresará ninguna calificación sobre la naturaleza de la filiación, ni se expresará en las partidas de nacimiento el estado civil de los padres. Todo este conjunto de artículos nos percate de que hay una tendencia marcada a la protección de los incapaces, y si la traemos a cuentas, como una aparente digresión, es, tanto por sus relaciones con las instituciones de la tutela y curatela entre nosotros, como asimismo también por demostrar que casi es una orden constitucional elaborar una mejor legislación de los menores e incapacitados, como sucede en otras legislaciones avanzadas en donde esto ya ha tenido lugar.

Al examinar aunque sea someramente la Ley de la Procuraduría General de Pobres, encontramos el criterio protector de disposiciones en los siguientes artículos. Veremos que el Art. 23 en su número lo trata directamente en su texto de la protección de los que no pueden administrar sus bienes por cualesquiera motivo, porque -- efectivamente, reza así: "Art. 23.- Además de las atribuciones señaladas por los tres primeros numerales del Art. 100 de la Constitución, la Procuraduría tendrá las siguientes: Velar por la defensa de

las personas e intereses de ausentes o impedidos de administrar sus propios bienes"; continuando en este criterio tutelar hacia los menores y en directa relación con el tema que tratamos, el mismo artículo nos especifica en su fracción 9a. "Procurar se provea de tutor o curador a los incapaces que carezcan de ellos o se renueva por causas legales a los ya nombrados", haciendo notar en este punto, la directa correspondencia con nuestro Código Civil de este apartado, al que debería darse aplicación para la ayuda de la protección legal de los menores, en sus aspectos patrimoniales y económicos y deberían ser mejor estudiadas estas cuestiones que consideramos importantes por la cierta conexión entre la ley civil y administrativa. Por otra parte, al revisar la referida Ley de Procuraduría encontramos que la -- fracción 3a. del Artículo 49 contiene una prescripción de grande importancia, aun cuando el estado de legislación en este punto es imperfecto; porque se da la facultad al Departamento de Relaciones Familiares la potestad de controlar a los guardadores en el ejercicio de sus cargos y su tenor lite al es así: "Art. 49.- Corresponde al Departamento de Relaciones Familiares las siguientes atribuciones: 3a. Velar porque los representantes legales y guardadores de los menores de edad e incapaces ejerzan sus cargos conforme a la ley. En su caso promoverá el juicio de remoción correspondiente". Es tan efectivo esta disposición y sus alcances tan importantes en los casos de depredación de los intereses de los incapaces, que debería tener eficacia, como en los casos en que la Procuraduría nombra Procurador a quien ha probado ser tan pobre al grado de no tener las expensas necesarias para seguir un juicio, y recalcanos que este aspecto debería ser nitidamente ordenado, y puesto en vigencia para la más efi-

ciente garantía del sometido a guardadores, que como humanos susceptibles de transgredir la ley puedan defraudar el patrimonio de los incapacitados o defraudar sus intereses.

Otra cosa importante que contiene la ley del Ministerio Público es la disposición del Art. 90 de la aludida ley, que dá facultad plena y entera a la Fiscalía para seguir ante el Juez respectivo las diligencias para separar a los menores que observen mala conducta, de la guarda o cuidado personal de sus padres o guardadores e internarlos en Centros de Asistencia Social. Se asigna también igual deber a la Procuraduría en el caso de que por la conducta de sus padres se teme que se perviertan o en el caso de que carezcan de los medios necesarios para sufragar los gastos de su crianza y educación, existiendo al efecto a favor de la Procuraduría, en cada ejercicio fiscal, de cierto número de plazas en los referidos Centros de Asistencia y Correccionales. Es de reconocer que esto ya ha tenido alguna aplicación en casos ocurrentes y estimamos también que debería tener más amplitud, pero la naturaleza especial de nuestro desarrollo de ideas nos encajona en determinados aspectos que nos hemos propuesto tratar.

En lo relativo al Consejo mal llamado de Familia, que no es más que una audiencia de los parientes, como ya lo hemos visto, sin ninguna trascendencia y de carácter impreciso y sin ninguna relación con la guarda de los pupilos, la Ley del Ministerio Público contiene un aspecto bastante llamativo al decir, en el Art. 93, aunque sea de una manera pasajera, que no podrán celebrarse consejos de familia ni tramitarse diligencias en que se trate de vender o gravar las propiedades de los incapaces o de interdicción de los menores, sin la pre-

sencia del Procurador. El artículo en cuestión dice así: "Art. 93.- Sin la presencia del Procurador General de Pobres o de sus delegados, en su caso, no pueden celebrarse Consejos de Familia ni tramitarse diligencias en que se trate de vender o de gravar las propiedades de los incapaces o de emancipación de los menores". No sabemos que a esta prescripción se le haya dado aplicación en algún caso, ni tampoco cual sería el procedimiento ni como intervendría en lo que en realidad es entre nosotros un trámite procesal.

Este artículo de tan grande importancia no dice, en que calidad interviene el Procurador General de Pobres, si se le dá traslado, o si se requiere únicamente su presencia, si puede ser declarado rebelde, cuáles son las facultades que tiene, ni que papel desempeña en el Consejo de Familia, quedando en la oscuridad más completa, la actuación del Procurador General o de sus Delegados en su caso.

También se nos dice que es necesaria la presencia del Procurador General o de los Delegados en su caso, cuando se tramiten diligencias en que se trate de vender o gravar las propiedades de los incapaces. Ahora bien, es su sólo presencia lo que se necesita? Cuáles son los momentos en que ha de intervenir? Debe entenderse que - sin que esté presente el Procurador General son nulas las diligencias si acaso se iniciaran, por el claro lenguaje de la ley, que dice "no pueden celebrarse"? Nuevamente nos encontramos ante un caso de la legislación insuficiente, que aunque contiene principios modernos y justos, no ha podido ser cristalizada en una clara exposición de la ley positiva. Pero si es ley vigente, Porqué no se le dá cumpli--- miento? Se puede pasar sobre lo que es ley escrita y votada con to-

dos los requisitos de ley?

Con relación a la emancipación, surgen las mismas preguntas, pero hay que distinguir si se refiere a la emancipación voluntaria o a la legal, pues habría diferencias que establecer en uno y otro caso. Cómo se lograría la presencia del Procurador General en una emancipación que se efectúa por ministerio de la ley, en los casos del Art. 275 C., por ejemplo por la muerte del padre o madre? En todo esto notamos una incongruencia legislativa, que deriva de que copiamos legislaciones ajenas con una afán de impresionar a las gentes de que somos progresistas, votando legalmente leyes que con tienen un farrago de contradicciones en el cual vivimos sin que lo podamos remediar.

CAPITULO VI

INCAPACIDADES DE LOS TUTORES Y CURADORES

Con el fin de lograr el buen desempeño del tutor o curador, la ley tiene prohibiciones para el ejercicio de la tutela o curatela y a otras les concede la facultad de excusarse, artículo 495 C.- Así la ley agrupa bajo varias denominaciones las diversas enumeraciones clasificatorias como las incapacidades consistentes en defectos físicos, como los ciegos, mudos, dementes, aunque no estén bajo interdicción; o en fallos morales como la mala conducta notoria, los condenados judicialmente, los que han sido removidos como tutores, y todas las demás que ordenadamente enumera el Art. 496 C.; luego vienen las incapacidades que tienen por fundamento las incompatibilidades relativas a las profesiones, con las salvedades del caso, los individuos del ejército de la armada, incluso los médicos, cirujanos, etc., que aparecen enumerados en el Art. 497 C.- Siguen las reglas relativas a la edad, en lo que se refiere a la minoría, contemplando la inhabilidad de ejercer el cargo a los que no hubieren cumplido veintidós años, cuya descripción aparece en los artículos 498 y 499 C. luego vienen las reglas relativas a que el padrasto no puede ser tutor o curador de su enteado, ni el marido tutor o curador de sus hijos naturales sin el consentimiento de su mujer; comprendidas en el Art. 500 y 501 C.; continúan las reglas relativas a la oposición de intereses o diferencia de religión entre el guardador y el pupilo, como el que le dispute el estado civil, tenga enemistad con ella o sus consanguíneos hasta en el cuarto grado, los herederos, ni los que tengan litis con la persona cuya guarda se ha de servir, con la

exclusión del tutor o curador testamentario, si no probare que el testador tenía conocimiento del crédito, deuda, litis, al tiempo de nombrar a dicho tutor o curador, la diversidad de religiones entre el guardador y el pupilo y las restantes exclusiones, contenidas todas en los artículos del 502 al 505 C.- Con respecto a la incapacidad sobreviniente durante el ejercicio de la guarda, la ley establece que cualquiera de las causas de incapacidad, vician de nulidad la tutela o curaduría, particularizando que la demencia del tutor o curador también vicia de nulidad todos los actos ejecutados por el tutor o curador demente durante el ejercicio de ella, aunque no haya sido puesto en interdicción, cuestiones que contiene los artículos 506 y 507 C.- Por otra parte, en las reglas generales se encuentran determinadas prescripciones complementarias enderezadas a asegurar hasta el máximo las seguridades de la guarda. De tal modo, que ahí encontramos que los tutores o curadores que ocultaren sus incapacidades que existían al tiempo de deferirseles el cargo, o que hubieren sobrevenido después, perderán sus emolumentos al tiempo en que conociendo la incapacidad continuaren ejerciendo el cargo y quedarán sujetos a las responsabilidades de su administración. Las causas ignoradas de incapacidad del tutor o curador no vician sus actos, pero si llegaren a su conocimiento, ponen fin a la tutela o curatela, Art. 508 C.- Aquí vemos un caso de un acto de guarda putativo. Si alguien se creyere incapaz, provocará el correspondiente juicio sobre su incapacidad dentro del plazo que la ley concede para las excusas, si sobreviniere durante el ejercicio, deberá denunciarla al Juez dentro de los tres días subsiguientes a aquel en que dicha incapacidad haya empezado a existir o hubiere llegado a su conocimiento, con los mismos plazos.

que para las excusas, señalados en el Art. 516 C. con las ampliaciones que el mismo artículo establece, agregando en su último inciso, - que las incapacidades del tutor o curador podrán ser denunciadas por cualquiera de los consanguíneos del pupilo, por su cónyuge, y aún -- por cualquiera persona del pueblo, estableciendo en esta forma una especie de acción popular, Art. 509 C., o cuasi pública.

La ley concede a ciertas personas la facultad de excusarse de la tutela o curatela, lo cual significa que podrían perfectamente aceptar el cargo, pero que también están afectados de ciertos impedimentos relativos, que son los que toma en cuenta el legislador para permitirles la exención del cargo de la guarda mediante la transacción de rigor. Las excusas se encuentran enumeradas en el Capítulo Segundo del Libro Primero del Código Civil, que en su primer artículo nos dice: "Art. 510 C.: Pueden excusarse de la tutela o curaduría: 1o.) El Presidente de la República, los Ministros de Estado, - los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, los Fiscales y demás personas que ejercen el Ministerio Público, los Gobernadores Departamentales y los Jueces letrados; 2o.) Los administradores y Recaudadores de Rentas fiscales; 3o.) Los que están obligados a servir por largo tiempo un empleo público fuera del distrito en que se ha de ejercer la guarda; 4o.) Los que tiene sus domicilios fuera de dicho Distrito; 5o.) Las mujeres; 6o.) Los que adolecen de alguna grave enfermedad habitual o han cumplido sesenta años; 7o.) Los pobres que están precisados a vivir de su trabajo personal diario; 8o.) Los que ejercen ya dos guardas; y los que están casados o teniendo hijos legítimos, ejercen ya una guarda; pero no se tomarán en cuenta las curadurías especiales. Podrá el Juez contar como dos la tutela o cu

raduría que fuere demasiado complicada y gravosa; 9o.) Losque tienen bajo su patria potestad cinco o más hijos legítimos vivos de cualquier sexo, contándose también los varones que han muerto en acción de guerra, bajo las banderas de la República; y 10o.) Losque no saben leer ni escribir, cuando la administración de la tutela o curaduría fuere complicada en concepto del Juez.

Aquí están las excusas para entrar a servir la guarda, pero el articulado continúa especificando los casos diversos y modalidades varias, acerca de como deben alegarse las excusas; más la parte principal de este capítulo del código, está concretada en el Art. -- 516 C. que trata del tiempo y forma en que deben alegarse y cuya redacción es la siguiente: "Las excusas para no aceptar la guarda que se defiere, deben alegarse dentro de los plazos siguientes: Si el tutor o curador nombrado se halla en el departamento en que reside el Juez que ha de conocer de ella, las alegará dentro de los treinta -- días subsiguientes a aquel en que se le ha hecho saber su nombramiento; y si no se halla en dicho departamento, pero sí en el territorio de la República, se ampliará este plazo a razón de un día por cada seis leguas de distancia entre el lugar de la residencia del Juez y el de la residencia actual del tutor y curador nombrado. Sigue el articulado especificando las diversas situaciones acerca de como deben alegarse las excusas, pero la parte principal está concretada en el Art. 515 C., que trata del tiempo y forma en que deben alegarse y cuya redacción es la siguiente: La dilación que sobrepase el plazo legal en la alegación de la excusa y que una mediana diligencia pudo evitar, hará incurrir al tutor o curador en la responsabilidad de los

perjuicios que causare su negligencia en servir la tutela o curaduría y por otra parte, hará que sean rechazadas sus excusas voluntarias, - a no ser que al interés del pupilo convenga su aceptación, Art. 517 - C., y el legislador también provee que cuando sobrevinieren durante - la tutela o curaduría un motivo de excusa, no por eso se entiendo -- que prescribe, Art. 518 C.; puesto que la ley siempre quiere dejar la puerta abierta a aquellos que por sus ocupaciones particulares, ofi-- ciales, deficiencias parciales y otros motivos, que engloba el Art. - 410 C., es de presumirse que ellos se retiran del cargo por imposibi-- lidad de atenderlo convenientemente.

En el caso de que el tutor o curador nombrado se encuentre en país extranjero, ignorándose si ha de volver, o en el caso que se ig-- nore su paradero, el Juez le hará un llamamiento mediante el periódico oficial y por carteles en tres de los lugares más concurridos del lugar, fijándole un plazo para que se presente a encargarse de la tutela o curaduría, o en su caso, a excusarse; si expirado el plazo de verificarse la comparecencia, podrá el Juez ampliarlo o declarar invá-- lido el nombramiento, el cual quedará firme aunque aparecieren el tutor o curador, Art. 519C.- Toda excusa deberá discutirse en juicio sumario a excepción de las renuncias que se tramitarán en juicio ordinario, Art. 843 Pr., contempladas estas últimas entre el Art. 535 a 539.

Con respecto a las disposiciones complementarias que engloben características generales, vamos a glosar las que establece nuestra ley. Las incapacidades o excusas se tramitarán con un curador especial, art. 520 C., y en caso que el Juez de Primera Instancia no re

conociere las incapacidades alegadas por el guardador o si rechazare sus excusas y no apelare el guardador, o si en segunda instancia se confirmare el fallo del Juez, el guardador será responsable de todo perjuicio que su tardanza haya ocasionado al patrimonio del pupilo; pero esta responsabilidad no tendrá lugar, si el tutor o curador, para exonerarse del cargo, ofreciere encargarse interinamente de la tutela o curaduría, Art. 521 C.

CAPITULO VII

REMOCION DE TUTORES Y CURADORES

La ley en su firme labor protectora de los pupilos, prevée los casos en que las gestiones de los guardadores sean contrarias o perjuiciciales a sus intereses y entonces los separa del cargo por motivos expresos, que están contemplados en el Título XXIX del Libro Primero de nuestro Código Civil, que en el artículo que lo encabeza, se expresa así: "Art. 535. Los tutores o curadores serán renovados: 1o.) Por fraude o culpa grave en el ejercicio de su cargo, y en especial por las señaladas en los Arts. 398 y 450; 3o.) Por ineptitud manifiesta; 4o.) Por actos repetidos de administración descuidada; 5o.) Por conducta inmoral, de que pueda resultar daño a las costumbres del pupilo".

Por la cuarta de las causas anteriores no podrá ser renovado el tutor o curador que fuere ascendiente o descendiente, o cónyuge del pupilo, pero se le asociará otro tutor o curador en la administración. Si los bienes se deterioraren o disminuyeren considerablemente los frutos, se establece la presunción legal de descuido habitual en la administración y si el guardador no desvanece dicha presunción, será renovado, Art. 536 C.; pero si el que ejerce varias tutelas o curadurías fuere renovado de una de ellas por la causal segunda del citado artículo 535C., es decir, por fraude o culpa grave, será renovado de las demás a petición de cualquiera persona del pueblo o de oficio -- por el Juez, Art. 527 C., y puede ser provocada por cualquiera de los consanguíneos, su cónyuge y aún por una persona particular del pueblo; pudiendo asimismo provocarla el fiador del tutor o curador y el mismo pupilo púber con asistencia de un curador especial; y con mucha na-

por razón, podrá hacerle el Juez, de oficio, "oyendo a los parientes" y a un curador especial en todo caso, Art. 538 C.- Entre tanto se nombrará guardador interino, estando pendiente el juicio ordinario de remoción; desde que apareciere de autos, motivo suficiente, excluyendo al tutor o curado propietarios que no fueren ascendientes, descendientes, o cónyuge y se les agregará únicamente; quedando el guardador removido, obligado a todas las indemnizaciones civiles de que es responsable, sin perjuicio de ser perseguido criminalmente por los delitos que haya cometido en el ejercicio de su cargo. Terminaremos señalando que las excusas e incapacidades se tramitan en juicio sumario y las remociones en juicio ordinario, por la trascendental importancia que para el patrimonio del pupilo y responsabilidad del guardador tiene este último, Art. 843 Pr.

CAPITULO VIII

RESEÑA SOBRE LAS CURADURIAS

Recordemos que en los tiempos de Roma el curador era asimilado casi a un procurador, huella de lo cual encontramos en nuestra legislación, en los curadores "AD-LITEM" y en los curadores de bienes.

Trataremos ahora brevemente de examinar algunos rasgos de la curaduría en nuestra legislación, refiriéndonos en primer lugar, a la que se dá para las personas que por vicios o defectos corporales o espirituales son incapaces de ser sujetos activos dentro de la legislación, como lo son el demente y el sordomudo.

CURADURIA DEL DEMENTE. El mayor de edad en estado habitual de demencia, es privado de la administración de sus bienes y su curaduría sigue la división tradicional, pudiendo ser, testamentaria, legítima y dativa. Art. 457 C.- Pero si el niño demente llega a la pubertad, el padre o madre podrán seguir proporcionándole los cuidados personales y en llegando a la mayoría de edad, deberán provocar el juicio de interdicción, Art. 458 C., teniendo igual obligación el tutor del pupilo demente al llegar a la mayor edad, continuando la guarda por el tiempo que fuere necesario con autorización del Juez, Art. 459 C. La interdicción del demente puede ser provocada por cualquier quiera persona, con información del Juez y dictamen de facultativos de su confianza sobre la existencia y naturaleza de la demencia, Arts. 460 y 461 C.- Se evidencia aquí nuevamente, el carácter cuasi público con que la ley mira la protección de estos incapacitados, por

que al prescribir que la interdicción puede provocarla cualquiera, le está casi dando el carácter de acción popular o pública.

Son llamados a la curaduría del demente las comprendidas en el artículo que se copia a continuación: Art. 462 C.- Se deferirá la curaduría del demente: 1o.) Al cónyuge; 2o.) A sus descendientes legítimos e hijos ilegítimos, si se tratare de la madre; 3o.) A sus ascendientes legítimos y madre ilegítima; 4o.) A su padre o hijos naturales; 5o.) A sus colaterales legítimos hasta en el cuarto grado, o a sus hermanos ilegítimos uterinos.

El Juez elegirá en cada clase de las designadas en los números 2, 3, 4 y 5, la persona o personas que más idóneas le parecieren.

A falta de todas las personas antedichas tendrá lugar la curaduría dativa. "Este artículo nos enumera el orden de precedencia en el nombramiento e no tiene ningún interés especial. Como en varios artículos del Código encontramos en el artículo 463 C. que dispone - que la mujer curadora de su marido demente tendrá la administración de la sociedad conyugal si la hubiere y la guarda de sus hijos menores no emancipados, lo cual es un ripio de nuestra ley. Si por la menor edad u otro impedimento no se le defiere la curaduría de su marido demente podrá a su arbitrio o bien solicitar la disolución de la sociedad conyugal, caso de haberla. Así dice el artículo citado en su inciso segundo, el cual es anacrónico y contraproducente, ya que figura en un Código que está vigente y votado con las formalidades de ley, - debiendo procederse a la supresión.

Ninguna persona que sea llamada a heredar al incapacitado demente, podrá tener su cuidado personal, excepto su madre, padre - o cónyugue, Art. 464 C.- El sigilo del legislador, profundo conocedor de la psicología del hombre, ha puesto en este artículo un sólido valladar a la eventual maldad humana, puesto que una persona que tiene bajo su cuidado personal a un demente siendo su heredero, puede ser tentada aun a privarle de la vida, lo cual no es algo que está fuera de las naturales imperfecciones del espíritu humano.

Los actos del tutor o curador posteriores a la interdicción, son nulos de pleno derecho, puesto que ante la ley civil está suprimida su capacidad de obligarse y la de ejercer por sí mismos sus derechos, por una sentencia firme que lo establece; mientras que los actos y contratos anteriores al decreto de interdicción, se presumen válidos a no ser que probare que estaba demente cuando los verificó, sin que pueda alegarse que en el caso de estar establecida la interdicción, el acto o contrato del demente pueda ser válido por decirse que se ha verificado en un intervalo lúcido. No será privado el demente de su libertad personal sino cuando constituyere peligro para los demás, ni encerrado en casa de locos, ni atado; sino momentáneamente, mientras a solicitud de curador o de cualquiera persona del pueblo, se obtiene autorización judicial para cualquiera de estas medidas, Art. 466 C.- Su patrimonio en general, se empleará especialmente en aliviar su condición y en restablecerle, siempre con autorización judicial, Art. 467 C., pudiendo ser rehabilitado si recobra la razón, pero de nuevo puede ser inhabilitado por una causa justa. Todo deber ser por decreto judicial, en la misma forma de la interdicción primitiva y será seguida de la notificación que prescribe el

Art. 848 Pr. con la variante de que lo declarará en la libre administración de sus bienes y se limitará a expresar que tal individuo, designado por su nombre, apellido, profesión y domicilio, tiene la libre administración de sus bienes.

CURADURIA DEL SORDOMUDO

La carencia del oído y la palabra ponen a la persona en incompleto y anormal contacto con los negocios humanos; de ahí que esta especie de Curaduría que data desde los tiempos del Imperio Romano. Esta curaduría, por sistema, sigue la misma división acostumbrada de testamentaria, legítima y dativa. El régimen de su guarda es en un todo análogo al del demente, como puede verse en el Título XXIII Libro Primero de nuestro código; analogía que conserva aún en los casos de rehabilitación, cuando el sordomudo se ha hecho capaz de entender y de ser entendido por escrito, si él mismo lo solicitaré si tuviere suficiente inteligencia para la administración de sus bienes, sobre lo cual tomará el Juez los informes competentes necesarios, Art. 472 C.

Luego pasamos a examinar someramente las otras especies de curadurías: CURADURIA DE BIENES.- Esta curaduría tendrá lugar con relación a los bienes, cuando una persona se ausenta de manera prolongada reuniéndose las condiciones comprendidas en el artículo pertinente cuyo tenor es así: "Art. 473 C. En general, habrá lugar al nombramiento de curador de los bienes de una persona ausente, cuando se reúnan las circunstancias siguientes: lo.) que no se sepa de su paradero, o que a lo menos haya dejado de estar en comunicación con los suyos, y de la falta de comunicación se originen perjuicios graves al

nismo ausente o a terceros; 2o.) Que no haya constituido procurador, o sólo lo haya constituido para cosas o negocios especiales. Después de observar que se dé esta curaduría sólo para los bienes con los -- caracteres de la administración patrimonial, comprendida en el Título XXIV del Libro Primero del Código que es idéntico en su ejercicio, con sus derechos y obligaciones a la de los tutores o curadores en lo que respecta a la administración.

CURADORES ADJUNTOS

Como su nombre lo indica, son aquellos que se asignan para que actúen junto con algún guardador en los casos específicos que la ley determina. Ellos tienen sobre los bienes que se ponen a su cargo, las facultades administrativas de un tutor, a no ser que se agreguen a los curadores de bienes, en el cual evento no tendrán más facultades que las de los mismos. Son independientes de los respectivos padres o guardadores; más éstos responderán subsidiariamente por la torcida administración de los curadores adjuntos, en el caso que no hayan tratado de evitarla haciendo uso de la acción para que el adjunto exhiba ante el Juez, las cuentas de su administración o manifieste -- las existencias y el estado del patrimonio, la cual acción está contemplada en el inciso segundo del Art. 434 C.

DE LOS CURADORES ESPECIALES

Recordemos que entre los romanos el curador y el procura--dor casi de tomaban por una misma cosa. Esto aparece en nuestra le--gislación sobre los curadores especiales comprendido en el Título -- XXVI del Libro Primero C. y son dados para pleito o "AD-LITEM". Son dados por el Juez ante quien pende la litis, y no tienen otras facul

tades que las que específicamente se les confieren por el discernimiento. Los diversos casos de su nombramiento, son numerosos en nuestra legislación y siendo como es un curador dativo, una especie de -procurador, no es obligado a la confección de inventario, sino únicamente a otorgar recibo de los documentos, cantidades o efectos, que se pongan a su disposición para el desempeño de todo lo cual dará -- cuenta fiel y exacta, Art. 494 C.

CAPITULO IX

FENECIMIENTO DE LA TUTELA

La tutela fenecce, naturalmente, cuando se ha roto el vínculo jurídico entre el tutor y esto tiene lugar en el siguiente artículo ubicado en el Título XX que literalmente dice: "Art. 456.- La tutela fenecce: 1o.) Por llegar el pupilo a la mayor edad; 2o.) Por la muerte del pupilo o del tutor; 3o.) Si hubiere sido dada a cierto -- tiempo o bajo condición, cumpliéndose aquel o faltando ésta; 4o.) Si el tutor se excusare legítimamente; 5o.) Si fuere fenovido de la tutela; 6o.) Por el reconocimiento que haga el padre del hijo natural que se halla en guarda, excepto cuando ésta la ejerza la madre; 7o.) Por la habilitación de edad". Este artículo conserva toda la secular tradición romana, en toda su autenticidad, pues analizando cada uno de los números que componen el artículo citado, encontramos: que el 1o. nos dice que la tutela fenecce por llegar el pupilo a la mayor edad, que fué fijada a los catorce años por el Emperador Justiniano, quien siguió la opinión de los Proculyanos, contrariando la pretensión de los Casianos que insinuaban que la pubertad se graduase por las experiencias corporales; el número segundo, que habla de la

muerte del tutor o del pupilo, porque como razonaban los jurisconsultos romanos, se acaba la tutela por la muerte del tutor, porque un muerto no puede defender a un vivo y también por la muerte del pupilo, porque éste ya no necesita de defensa; el tercero que contiene únicamente al tutor testamentario, porque cuando se ha dado bajo condición o por un tiempo determinado, sigue, que se acabará dicha tutela, llegando el día o cumpliéndose la condición; el cuarto, que trata de la excusa del tutor, que estaba reglamentada en el derecho antiguo. El molde romano se dibuja claramente en nuestro Código Civil, en referencia a la parte que trata de las excusas; pues de acuerdo a la legislación de Roma, consideraban la tutela como un cargo público, siendo por esto que todas las causas que excusan de este último, excusan también de la tutela y la curatela. Sobre este asunto, discutieron enconadamente los jurisconsultos y los gramáticos. Estos últimos sostenían que excusarse es alegar causa para eximirse de recibir algún cargo y los primeros opinaban que se excusan aun los que tienen prohibición para ser admitidos. Nuestro Código es ecléctico en esta disputa, pues dice así: "Art. 495 C. Hay personas a quienes la ley prohíbe ser tutores o curadores, y personas a quienes permite excusarse de servir la tutela o curaduría". Se ve que se excusan --- tanto los que tienen prohibición, como aquellos que tienen una causa para excusarse de servir el cargo de tutor o curador. El Art. 510 C. contiene los que se pueden excusar por tener cargo público, como si hubiese incompatibilidad de cargos y otras causas que los permite excusarse, como puede apreciarse en el capítulo de las excusas, comunes a tutores y curadores. El número quinto, que contempla el caso de que el tutor fuere renovado de la tutela, esta íntima relación con lo que

los romanos designaban como tutores "sospechosos", llamando tales a los que no se manejan con probidad, como los que por culpa o negligencia no cumplen con su deber, aunque tengan con que pagar, de tal modo, que ni la pobreza induce sospecha contra alguna, ni las riquezas eximen de ella, cuestiones que ya hemos visto en las causales de renoción, agregando que en Roma, había una acción cuasi publica para la calificación del crimen de "sospechoso", todo lo cual está reglamentado con los mismos puntos de vista en la parte que nuestro código trata de la renoción; el sexto, que trata del reconocimiento que haga el padre del hijo natural que se halla en guarda, siempre que no la ejerciere la madre; del cual hallamos entre los romanos antecedente preciso en el beneficio de la legitimación, creado por Constantino, que era "un acto por el cual se supone que los hijos ilegítimos han nacido en legítimo matrimonio, y así pasan a la patria potestad, como si fueran legítimos", que fué un beneficio que se extendió a los hijos habidos de concubina, pues el concubinato terminó entre los romanos por ser fuente generadora de derechos y obligaciones, dentro del derecho clásico. En la actualidad no se confiere patria potestad al padre natural, con manifiesta inconsecuencia de la ley, quedando la madre como titular de ella, siendo ésta la razón de que El Art. 388 C. estatuye que es llamada la guarda del hijo ilegítimo, la madre y en su defecto el padre natural; y por último, el número siete, que habla de la habilitación de edad, que entre los romanos era un beneficio denominado "VENIA AETATIS". Que conociendo la capacidad para obligarse con actos de voluntad, salvo las restricciones de ley, nada necesita de un tutor o representante legal.

ARTICULO X

FENECIMIENTO DE LA CURATELA

La guarda que comprende a los dementes que han sido legalmente puestos en interdicción legal de administrar sus bienes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito, Art. 363 C., ha recibido en las diversas legislaciones el nombre de Curaduría, - siendo suprimida, como hemos visto, en numerosos Códigos modernos - por considerarla un exceso de legislación, ya que deriva como la tutela de un sólo principio: la protección de los incapaces. Ya la hemos tratado conjuntamente con la institución de la tutela, que es a la que mayor importancia conceden los legisladores contemporáneos. La curaduría fenecce, según el Artículo pertinente que dice: "Art. 490. La Curaduría de los derechos del ausente expira a su regreso; o por el hecho de hacerse cargo de sus negocios un procurador general debidamente constituido; o a consecuencia de su fallecimiento; o por el decreto que en el caso de desaparecimiento conceda la posesión provisoria o definitiva. La Curaduría de la herencia yacente - cesa por la aceptación de la herencia, o en el caso del Art. 483 C., por el depósito del producto de la venta en las arcas del Estado. La Curaduría de los derechos eventuales del que está por nacer, cesa a consecuencia del parto. Toda curaduría de bienes cesa por la extinción o inversión completa de los mismos bienes. "Estos modos de acabarse la Curaduría, nos evoca en su primera frase de que la Curaduría de Bienes caduca por el regreso del ausente, la primitiva concepción que tenían los jurisconsultos de Roma acerca de la curatela para quienes "el Curador se da principalmente para los bienes y secundariamente

para la persona; pero el sentido de la ley es claro, pues regresando el ausente que es el titular directo de su patrimonio, nadie puede superarlo en este sentido, ya que el curador es nombrado en defecto suyo; lo mismo que en el caso que un procurador legalmente constituido, porque entonces el mandato del mandante legítimo no puede ser abolido, por emanar de su voluntad, por un nombramiento que tiene carácter de subsidiario, en defecto suyo; lo mismo que en el caso de fallecimiento del ausente, porque entonces ya no ha necesidad quien cuide de sus bienes, siendo cuestión análoga los decretos de posesión provisoria o definitiva por desaparacimiento, porque en ambos casos hay una presunción legal que la ley equipara a la muerte real, aún cuando puedan ser destruidas por el hecho real del apareamiento del desaparecido, situación ya regulada al principio del Código Civil.

La Curaduría de la herencia yacente, indudablemente tiene notable semejanza con la Curaduría de bienes, y tiene lugar cuando después de quince días de abrirse la sucesión no se presentare ninguna persona aceptando la herencia, o una cuota de ella, o si no se hubiere comprobado suficientemente la calidad de heredero; estado de cosas en el cual el Juez declara yacente la herencia y le nombra un Curador de Bienes, Art. 1164 C.- Pero en la situación de que transcurridos cuatro años desde el fallecimiento de la persona cuya herencia está en Curaduría, deberá el Curador pedir y el Juez ordenar que se venda el patrimonio del difunto y se deposite el producto de la venta en las arcas del Estado, pudiendo llenarse a esto una herencia vacante. Nos abemos el trámite que se seguiría si tal estado de cosas se produjese, pero señalamos la evidencia de que a falta de todo heredero en la sucesión intestada, los sucesores sería la Universidad y los Hospitales, por partes iguales.

La Curaduría de los derechos eventuales del que está por ----nacer, está sujeta a la condición resolutoria de que la criatura que está en el vientre materno "hubiese nacido y viviese", extinguiéndose la curaduría, disposiciones perfectamente jurídicas, puesto que la existencia natural y legal principia al nacer, es decir, al separarse completamente de su madre, la cual pasa a ser la representante del menor, si fuere ilegítimo, o pasa al padre si fuere legítimo y no hay necesidad de curador, ya que la criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de su madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás."

La ley protege la vida del que está por nacer y tomará todas las providencias, a petición de parte o de oficio para la protección de la existencia del no nacido, cuando crea que de algún modo peligra, entendiéndose que el curador puede perfectamente tomar todas -- las medidas que tiendan a asegurar dicho nacimiento por medio de asistencia médica a la madre, alojamiento a la misma, y todas cuantas coadyuven al fin de que el titular de los derechos eventuales, tenga buen nacimiento. El Art. 75 C., nos prescribe que "Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, "estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Aquí, con relación al que está en el vientre materno, si hubiese nacido y viviese, la condición es suspensiva, pues solo por un buen nacimiento entra en posesión de sus derechos y los transmite a sus causahabientes. Si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos -- derechos, como si hubiesen existido el tiempo en que se le defirieron. En el caso del Art. 72, inciso 2o., pasarán estos derechos a

ra no hubiese existido jamás". Esto último se relaciona con el derecho de transmisión, pues si no sobrevive ni siquiera un momento al nacimiento, no transmite ningún derecho; pero en directa relación con nuestro objetivo, señalaremos que algunos de los derechos que pueden deferirse al que aun está en el vientre materno, existen asignaciones testamentarias de acuerdo al Art. 963 C. que dice: "Con todo, las -- asignaciones a personas que al tiempo de abrirse la sucesión no existen, pero se espera que existan, no se invalidarán por esta causa si existieron dichas personas antes de expirar los treinta años subsiguientes a la apertura de la sucesión". No tan sólo abarca este inciso el hijo que está en el vientre materno, sino aún se extiende al caso de que nazca durante los treinta años subsiguientes, que es el plazo de la prescripción extraordinaria de la petición de herencia, siempre que haya habido por otro lado prescripción adquisitiva. Además está decir que si no nace vivo, nada transmite, pues el derecho de transmisión tiene lugar tanto en la sucesión testamentaria como en la intestada. Esta especialísima Curaduría se circunscribe estrictamente a los derechos eventuales del que está por nacer y a la protección del germen de persona como futura titular de derechos, fungiendo como representante de los derechos eventuales sin distinción, personales y patrimoniales, del que está por nacer; pero habiendo tenido un buen nacimiento y un principio de existencia ya no tiene razón de ser esta clase de guarda, puesto que ya verificado el nacimiento, no han quedado ilusorios los derechos del nonor ni los de sus familiares en calidad de herederos. Parece que la ley quiso prever el caso de que se amenazase el nacimiento de una persona con el fin de usurpar sus derechos o conservar los que ya se lo hubiesen usurpado y que fuesen de su legítimo derecho o del patrimonio de su familia, ya sea en el

orden patrimonial o personal, como títulos de nobleza u otros semejantes que hubiese interés en ocultar o hacer desaparecer. Por último, la curaduría de bienes, mirando preferentemente a los bienes del ausente, cesa por el hecho de invertirse los capitales y bienes sin que resulte sobrante alguno. Un caso de extinción lo tendríamos en el caso de que el ausente tuviere ganados y por una inundación o -- peste, perecieren los animales; entonces, faltando el objeto, cesa la curaduría de los bienes; un caso de inversión completa de los mismos bienes sería la situación administrativa del patrimonio del ausente, del cual resultare que el pago de las deudas excediere al cobro de los créditos, y en el pago de estos últimos se invirtieren, -- según cuenta detallada los bienes que correspondan al ausente. Por regla general, el curador de los bienes de una persona ausente, el de una herencia yacente, el curador de los derechos eventuales del que está por nacer, están sujetos en su administración a todas las trabas de los tutores o curadores, y además, se les prohíbe ejecutar -- otros actos administrativos que los de mera custodia y conservación, y los necesarios para el cobro de los créditos y pago de las deudas de sus respectivos representados, Art. 486.- Nuevamente nos convencemos que este régimen, análogo al del ejercicio de la patria potestad, sigue los lineamientos del mandato, por lo cual han sido llamados por algunos autores mandatos no contractuales o legales.

CAPITULO XI

ALGUNA CRITICA A LA REGLAMENTACION DEL PATRIMONIO DE LOS PUPILLOS

La experiencia en nuestros tribunales y las cosas que hemos visto a través de nuestros años de vida, nos obligan ahora en este --

trabajo de tesis, a enarbolar algunas críticas cuyo único mérito - consiste en la sana intención que las anima y en el firme deseo de - evitar desafueros frecuentes, encubiertos bajo el manto de la ley, que redundan y han redundado en grave perjuicio para el patrimonio de los pupilos y aun en su total despojo, Como evidentemente no -- existe en nuestra legislación la acción "in fraudem legis" o acción en fraude de la ley, estos atentados, revestidos de los formalismos legales, consagran depredaciones y pérdidas en el dominio de los menores. Nos referimos a continuación a una de las principales res-- tricciones impuestas a la actuación patrimonial de los guardadores, contemplado en los Arts. 413 y 414 C., que respectivamente, dicen: "No será lícito al tutor o curador, sin previo decreto judicial, - enajenar los bienes raíces del pupilo que valgan más de doscientos pesos, ni gravarlos con hipotecas o servidumbres, ni enajenar o en peñar los muebles preciosos; ni podrá el Juez autorizar esos actos sino por causa de utilidad o necesidad manifiestas. Exceptúase el caso de que la venta de los muebles preciosos corresponda al giro ordinario de los negocios del pupilo. Se entiende por muebles preciosos aquellos cuyo valor excede de quinientos pesos", y "La venta de cualquiera parte de los bienes del pupilo enumerados en el artícu lo precedente, se hará en pública subasta conforme el Código de Pro-- cedimientos Civiles". Aquí vemos que la ley excluye la pública su-- basta de los bienes del pupilo cuando valen menos de doscientos pe-- sos, porque en pasando de dicha cantidad, es necesario lo que llama la ley decreto judicial por causas de "utilidad y necesidad", cuya tramitación está contenida entre los Arts. 816 y 820 del Código de Procedimientos Civiles. Al recordar y contemplar los atropellos que

se cometen contra el patrimonio de los menores, examinaremos primero la puerta falsa de estos artículos, por donde los guardadores -- atacan el patrimonio pupilar. Es frecuente, y conozco más de algún caso, con conocimiento de personas y hechos, que proceden así, para burlar las disposiciones protectoras que hemos transcrito. De un inmueble que vale muchos miles de pesos, desmenbran una porción los guardadores, que dicen vale menor de doscientos pesos y lo venden por esa suma. Esta operación frecuentemente es ayudada por la pésima forma de nuestro Registro en el cual, por guardar concordancia con el antecedente, se sigue diciendo que un terreno que es de una manzana en el papel, en realidad contiene muchas manzanas. Falta, pues, mucho de agrimensura técnica en nuestro Registro; pero esto lo decimos únicamente para señalar un elemento conyuvante, como sería el caso de que se dice vender media manzana y en realidad se han vendido -- cuatro, más o menos. Pero este tema nos lleva lejos del que tratamos y volviendo a él, hagamos un análisis. Un representante legal, padre, tutor o curador, verifica una operación y vende por doscientos pesos o por menos un inmueble considerablemente superior en precio; como -- aquí no entra la prohibición, el comprador inscribe en el Registro de la Propiedad Raíz su título de dominio y en el lapso de diez años, su propiedad sería inatacable porque con título inscrito se prescribe y en esta situación, nadie podrá alegarle prescripción adquisitiva, con base en ninguna posesión, que sólo tendría lugar en el caso que él otorgara otro instrumento público, de donde ella naciera, pero esto ya sería un acto voluntario suyo, Arts. 765 y 2244 C.- Pero circunscribiéndonos al orden de ideas que tratamos de desarrollar, no hay más que aceptar, que desde el punto de vista literal, estas ventas,

tales como las hemos expuesto, caen fuera de la prohibición protectora del artículo 2 que ya hemos aludido y en consecuencia, tienen que ser imperfectas. Pero, insistimos, en nuestro régimen de libre contratación, tratándose de menores incapaces, en dónde está la manera de regular el precio? queda a opción del guardador?. Esto último lo consideramos altamente dañino y peligroso para los intereses patrimoniales del pupilo, pues hay que poner coto a todas aquellas flaquezas humanas que puedan dañar a otro o conducir al delito; siendo este el momento en que nos parece sería oportuna la intervención del Ministerio Público, lo cual no será ninguna novedad, pues en países avanzados, la Tutela y Curatela están estrictamente controladas por organismos administrativos o por Consejos de Familia, que continuamente están en contacto con organismos estatales de los cuales reciben protección. Esta ingratisima muletilla que hemos esbozado ha sido usada en gran número de casos, hasta el grado de que mediante esta operación repetida, con la complicidad de guardadores irresponsables o ebrios, y Notarios sin ningún escrúpulo ni ley que los frene, han quedado en la indigencia numerosas familias en nuestra tierra, utilizando nuestra ley como trampolín para su mejoramiento económico, en detrimento de la justicia real y en denérite de la ley que está llamada a una correcta regulación de la vida social. Nos parece razonable una reforma en este sentido, con algunas prevenciones en estos casos, para los que ejercen el Notariado y sobre todo estableciendo en la ley civil o en la administrativa, como un acto de previo y especial pronunciamiento, un avalúo que no permita que se defraude al pupilo vendiendo jurídicamente bienes que valen menos de doscientos pesos, cuando de hecho valen hasta miles de pesos y todo queda externamente co-

recto, por que no existe la acción en fraude de la ley, que permita la rescisión de tales ventas. Con respecto a la gravación con hipoteca o servidumbre, existen homólogas razones que en nada varían cuanto hemos dicho acerca de este punto. Con relación a la prueba que se ---vierte en los juicios de utilidad y necesidad para gravar o hipotecar los bienes del pupilo, frecuentemente viciada, encontramos los mismos defectos y nos sugieren las mismas razones que ya hemos dejado relacio_u nadas. Efectivamente, no hay en tan importante trámite la mirada vigilante del Ministerio Público, como en otras naciones, sino que siendo nuestro sistema de prueba puramente formal, el Juez simplemente se ve compelido a decidir según la prueba vertida y aun cuando de hecho se perpetrara de alguna anomalía, no puede más que actuar conforme a ---nuestro sistema legal de prueba.

B I B L I O G R A F I A

- Elementos de Derecho Romano Juan Heineccio.-
- Elementos de Derecho Romano Eugéne Potit.-
- La Tutela Eloy Escobar de la Riva.-
- El Derecho de la Familia en la
Legislación Comparada Luis Fernández Clérigo.-
- Código Civil de 1.860.
- El Código Civil del año de 1.860
con sus modificaciones: 1860-1948 Dr. Belarmino Suárez.-
- La Institución del Registro Civil
desde el punto de vista técnico y
administrativo Alirio A. Castro.-
- Ley Orgánica del Ministerio Público.
- Constitución Política de 1950.

I N D I C E

			Pág.
CAPITULO	I	LA TUTELA Y LA CURATELA DENTRO DEL DERECHO ROMANO	4
CAPITULO	II	EVOLUCION JURIDICA ACTUAL DE LA TUTELA .	12
CAPITULO	III	DEL CONSEJO DE FAMILIA EN NUESTRA LEGIS- LACION	15
CAPITULO	IV	LA TUTELA Y LA CURATELA EN NUESTRAS LEYES	21
CAPITULO	V	DERECHOS Y PROHIBICIONES DE LOS TUTORES Y CURADORES	30
CAPITULO	VI	INCAPACIDADES DE LOS TUTORES Y CURADORES	49
CAPITULO	VII	REMOCION DE TUTORES Y CURADORES	55
CAPITULO	VIII	RESEÑA SOBRE LAS CURADURIAS	57
CAPITULO	IX	FENECIMIENTO DE LA TUTELA	62
CAPITULO	X	FENECIMIENTO DE LA CURATELA	65
CAPITULO	XI	ALGUNA CRITICA A LA REGLAMENTACION DEL PA- TRIMONIO DE LOS PUPILOS	69