

Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español

Hasta la aparición del Código civil de 1889, en España existen dos instituciones para la guarda de menores e incapaces: la tutela y la curatela. Partidas, inspiradas en el derecho justiniano, perciben claramente la posibilidad de asimilarlas, pero las regulan como dos vehículos jurídicos diversos, en atención a los distintos supuestos que cubren y cierta diferencia de poderes de que gozan los tutores y curadores. En los proyectos de código civil del siglo xx español—proyectos de 1821 y 1851—se mantienen separadas ambas instituciones, si bien muestran ya indicios ciertos de una muy pronta unión. Es el Código civil de 1889 el que realiza definitivamente la asimilación. Quisiera exponer con brevedad y atendido a sus aspectos esenciales, cuáles son las causas y cuál la técnica de esta simplificación jurídica, que se había realizado—en otro estilo—por el Código civil francés de 1804. Su unificación no respondió tan sólo a una cuestión de nombres, de terminología, sin mayor contenido, sino al cambio de situaciones y a nuevas soluciones y técnicas jurídicas (1).

(1) Este estudio es uno de los temas y resultados de las clases complementarias del cuatrimestre de Historia del Derecho privado, quinto curso, durante el año 1969-1970. Es justo citar aquí a algunos de los alumnos que en ellas participaron, en la imposibilidad de nombrarlos a todos, por el trabajo y ánimos que aportaron en el estudio de éste y otros temas. Quede constancia de los nombres de los alumnos: Selma Ramos, Herrero Guillem, Bolás Alfonso, Rodríguez Mira, Giménez Duart, Valiente Edo, Belenguer Prieto, Soto Ibáñez, Toboso Gimeno, Beltrán Oliver y Ferrando Colom.

1. *Sobre la técnica jurídica.*

El concepto de técnica jurídica se ha hecho hoy esencial para una comprensión de la elaboración del derecho, de la actividad de los juristas. Sin embargo, este concepto dista mucho de hallarse precisado enteramente. Se usa con frecuencia, pero sin matizar su exacto significado. Desde SAVIGNY y JHERING, la idea ha expresado felizmente un sentido y un resultado de la activa labor de los juristas, pero sin que pueda delimitarse con precisión su ámbito y alcances. Me serviré—en orden a su comprensión—de las páginas de François GÉNY, en su *Science et technique en Droit privé positif*. La técnica jurídica estriba en una serie de procedimientos, que procuran, dentro del mandato general de las normas, dotarlas de una mayor simplicidad y economía, una lógica y coherencia, una seguridad de resultados, un realismo y adecuación que busquen su “realizabilidad”—según el barbarismo adoptado en las traducciones de JHERING—. La idea en su trazo general parece clara; sin embargo, no es lo suficientemente operativa para poder llevarla a aplicación, sin más, y poder delimitar su contenido. Ni siquiera cuando la defina GÉNY, más estrictamente, como “la construcción esencial y ampliamente artificial de los datos, obra de la acción más que de la inteligencia, donde la voluntad del jurista se puede mover más libremente, dirigida sólo por el fin predeterminado de la organización jurídica, que sugiere los medios de la propia realización” (2). En el autor francés el derecho y su elaboración se enfrentan con una serie o cúmulo de datos jurídico-científicos de muy diversa índole, que el jurista—mediante la técnica—procura llevar a la realidad de una aplicación más fácil, más certera y adecuada. Los datos, que son ideas de justicia, realidades históricas, leyes y disposiciones y aspiraciones colectivas, van logrando posibilidad de aplicación, gracias a unos procedimientos técnicos. La técnica del legislador, de los jueces o de los juristas en general, facilitan al derecho una mayor oportunidad de alcanzar una realización segura, justa, simple. Pero—sigo insistiendo—los mecanismos técni-

(2) F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vols., París, 1914-1924, III, 23.

cos concretos no logran una formulación precisa, indubitable. Quizá por ello la idea de técnica se oscurece y desvirtúa en los sucesores del profesor François GÉNY, pierde fuerza y uso en la doctrina jurídica actual (3).

Pero ahora nos interesa tan sólo percibir una de las esencias y finalidades más indiscutidas de la técnica jurídica: su búsqueda de mayor simplicidad dentro del derecho. Para GÉNY la tutela y curatela, como cualesquiera otras figuras del derecho, entrarán dentro de las construcciones jurídicas, de las formas de abstracción del derecho. La ciencia jurídica recoge la realidad dada en unos conceptos, lo más cercanos posible a la vida jurídica. Sobre ellos, y a través de ellos sobre convicciones e intereses, la unidad de la mente humana concentra—como recipientes de la realidad—amplias masas de materia jurídica. Después, llegado el momento técnico, el jurista los separa y arranca del trasfondo de que nacen. Olvida que son derivados de una realidad y, desde ellos, la reconsidera y le da un nuevo orden y combinación, para imponerse sobre las mismas realidades. “En efecto—dirá—, la forma característica del procedimiento intelectual, aplicada a las cosas del derecho, consiste en aislar por un esfuerzo de abstracción los conceptos que parecen dominar las realidades jurídicas; después considerarlos en sí mismos, analizarlos, modificarlos, arreglarlos y combinarlos, para crear entidades independientes, capaces, por tanto, de regir los hechos de la vida social en virtud de la idea que los anima. Esto es lo que se llama la *construcción jurídica*, esencialmente realizada por medio de la representación de conceptos y cuyos resultados se traducen en hipótesis y teorías para atender a la sistematización completa del derecho” (4). La construcción jurídica—exacta, coherente, realista—economiza pensamiento, al par que brinda posibilidades para nuevas soluciones, en contraste y en contra de los hechos e intereses. Quien haya meditado alguna vez sobre el derecho y la

(3) Puede verse G. RENARD, *Le Droit, la Justice et la Volonté*, París, 1924; G. RENARD, *Le Droit, la Logique et le Bons Sens*, París, 1925, especialmente, 42, 89, 111 y sigs.; 125 y sigs.; G. RENARD, *Le Droit, l'Ordre et la Raison*, París, 1927; J. DABIN, *La Philosophie de l'ordre juridique, spécialement dans les rapports de droit privé*, París, 1929, 112 y sigs., 152 y sigs., 295 y sigs., 315 y siguientes; J. DABIN, *La technique d'élaboration du droit positif, spécialement du droit privé*, Bruselas-París, 1935.

(4) F. GENY, *Science et technique...*, III, 191; también 198, 207 y sigs.

doctrina jurídica, encontrará muy penetrantes y sugestivas estas ideas de GÉNY, enormemente aptas para entender el mundo de los juristas. Y, desde luego, es evidente que la simplicidad es una de las metas de toda construcción jurídica, aunque no sea, ni con mucho, la más importante. Pues, como él indica, está subordinada a un realismo, a su adaptación a las necesidades prácticas. En la construcción jurídica "su verdadero valor sólo se puede medir en la perfección relativa a su efecto. Y se debe, sin titubeos, multiplicarlas, cambiarlas y quebrarlas para una mejor adaptación a los hechos" (5).

La asimilación de la curatela a la tutela, en una sola figura o construcción jurídica es una muestra de habilidad legislativa. Es un paso técnico de cierta importancia. Analizando cómo se realizó, podemos percibir una simplificación de pensamiento, ensayada a la vista de la realidad, del cambio de circunstancias. Simplificación realista. Concretamente, creo que la asimilación de ambas figuras se debe a una modificación esencial en el mundo jurídico español en los albores del siglo XIX. A una importación del norte de los Pirineos de la unificación de la capacidad de obrar en una sola edad y la fijación de ésta hacia los veinte años. Esta edad, unificada para la capacidad, surge como consecuencia de la Revolución francesa, al crearse una esfera de derechos para el hombre y el ciudadano y atribuir su ejercicio a una edad determinada de veintiún años. Si el derecho público—nuevo, pujante—fija una madurez unitaria para el ciudadano, el privado no tardará en imitarle en el Código civil de los franceses. La unicidad de edad para la capacidad se transmite a España y, como inmediata consecuencia, corroe la distinción tradicional entre tutela y curatela, que tampoco mantenía el *Code* napoleónico. Curiosamente—la importación no es del todo coherente—en España se produce una diferenciación entre edad política y edad civil. Pero no quiero adelantar más conclusiones, me propongo mostrar estas influencias y cambios en el derecho hispano.

(5) F. GENY, *Science et technique...*, III, 211; en general, 209 y sigs.

2. *Tutela y curatela en el derecho tradicional español.*

No me remontaré a la regulación de estas instituciones en derecho romano. Sin duda posee gran importancia en el recorrido histórico de ellas, hasta el punto de ser base y lugar donde se halla su origen. Tampoco expondré el derecho local y territorial anterior a Partidas. Me contento con iniciar mis consideraciones en las Partidas, en la sexta primordialmente. Y es porque para analizar la unión de estas instituciones—o la absorción de ambas en la tutela—en nuestro Código civil, basta una perspectiva que nos sitúe en la Edad Moderna, en el siglo XVIII o XIX. Partidas sigue siendo el texto fundamental vigente, cuando escribe Juan GUTIÉRREZ en 1602, como en las obras de ASSO y MANUEL, SALA O GÓMEZ DE LA SERNA (6). En aquel cuerpo de la recepción romanista en España se hallan reguladas la tutela y la curatela, al modo romano justiniano, y su vigencia las traslada hasta el siglo XIX. Por tanto, un esquema legal—una construcción jurídica—se transmite desde la Antigüedad hasta el siglo XIX, manteniendo ambas instituciones separadas. Luego, tras los titubeos de los proyectos de 1821 y 1851, la regulación cambia radicalmente. Pero, ¿por qué razón?

Empezaré por describir la normativa de Partidas, aunque sea a grandes rasgos. “Tutela tanto quiere dezir en latín—señala el viejo texto (7)—como guarda en romance, que es dada e otorgada al hérmano libre menor de catorze años e la huérfana menor de doze años, que non se puede nin sabe amparar”. Una guarda general para cuidar la persona y bienes del menor impúber, falto de padre

(6) Para el conocimiento de estas instituciones en épocas más antiguas, J. BENEYTO PÉREZ, *Instituciones de Derecho histórico-español*, prólogo de R. Altamira, 3 vols., Barcelona, 1930-1, I, 143 y sigs.; J. LALINDE ABADÍA, *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, 1970, 634 y sigs., donde puede encontrarse una selección de la bibliografía. Respecto del Derecho romano, en términos generales, puede bastar: P. BONFANTE, *Corso de Diritto romano*, Roma, 1935-30, I, 403 y sigs.; JÖRS-KUNKEL-WENGER, *Römischen Recht*, 3.^a edición, Berlín, 1949, 296 y sigs.

(7) P. 6, 16, 1. Usaré la edición de Madrid, 1789, en la oficina de Benito Cano.

Sobre la definición latina y de Partidas, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de tutelis et curis minorum, deque officio et obligatione tutorum, ac curatorum, et mercede ipsorum*, Salamanca, 1602, I, cap. 1, núms. 1 y sigs, págs. 4 y sigs. Véase, además, D. 26, 1, 1.

que ejerza la patria potestad. La madre no la tenía, si bien era llamada en primer lugar a la tutela legítima.

Por lo demás, el esquema clásico se conservaba en las tres clases de tutela, testamentaria, legítima y dativa. El tutor testamentario podía ser nombrado por el padre y, en su defecto, por el abuelo; la madre sólo en el caso de que le deje heredero de sus bienes, como cualquier otro extraño que le designe heredero, siempre que el juez acepte estos nombramientos (8). Hay que advertir que el abuelo—todavía se respira la familia romana—ejercía la patria potestad en defecto del padre, por ello puede designarle tutor testamentario y no cuenta en la tutela legítima. Pero, por las leyes de Toro, perdió esta posición y facultades, definitivamente (9). Para la tutela legítima llama Partidas a la madre y, en su defecto, a la abuela, después al pariente más cercano. La madre, o la abuela, no deberían contraer nuevas nupcias, pues entonces han de renunciar a la tutela; asimismo, para acceder a ella, deben renunciar a la protección que le otorga el derecho a las mujeres, al privilegio de no poderse obligar por otra persona. A falta de ellas, o bien cuando no quisieren ejercer la guarda los ascendientes, cualesquiera parientes que heredarían al menor—o los amigos—piden al juez que designen un

(8) P. 6, 16., 3 y 5, 6 y 8. en esta última sobre la tutela del hijo natural. Sobre las diversas clases de tutelas y sus problemas, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, caps. 3 a 15; L. MOLINA, *De Justitia et Jure*, 5 vols., Colonia, 1733, I, trat. 2, d. 220, núms. 4 a 23, págs. 517 y sigs.

(9) Ley 47 de Toro, en Nov. 3, 5, 10. Esta interpretación se basa en que el padre, al contraer matrimonio, sale de la patria potestad del abuelo, y, por tanto, éste no la recobrará sobre el hijo, A. GÓMEZ, *Ad leges Tauri commentarium absolutissimum*, Lyon, 1701, 546 y sigs., en 549, dice: «Septimo, quod licet de jure communi nepos natus ex filio conjugato sit in potestate avi, ut juribus supra dictis; tamen hodie per istam legem nepos non erit in potestate avi, sed patris». Le siguen J. SALA, *Ilustración del Derecho real de España*, 2 vols., 2.ª edición, Madrid, 1820, I, 67; S. DEL VISO, *Leciones elementales de Derecho civil*, 4.ª edición, 2 vols., Valencia 1879, I, 217; P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALBÁN, *Elementos del Derecho civil y penal de España*, 8.ª edición, 3 vols., Madrid, 1868-69, I, 371. En cambio, esta doctrina no parece recibida, salvo por GÓMEZ, en épocas anteriores; véase J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, cap. 3, núm. 1. pág. 22, y cap. 20, núms. 34 y sigs., página 227; L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2, d. 220, núm. 3, pág. 517, ni en los comenarios de J. LÓPEZ DE PALACIOS RUBIOS, *Glossemata legum Tauri*, en «Opera varia», Amberes, 1616, 667 y sigs., o de S. DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-jurídico-literal a las 83 Leyes de Toro*, Madrid, 1827, 118 y siguientes, quien indica su posible apoyo de la Ley 47, en F. R. 1, 11, 8; los comentarios de L. VELÁZQUEZ DE AVENDAÑO no alcanzan a esta Ley.

tutor o guardador dativo, o bien puede designarlo el mismo juez de oficio (10).

“E la guarda de cada uno destos guardadores debe durar fasta que el moço sea de edad de catorze años, e fasta que la moça sea de edad de doze, quier sea establescido el guardador en testamento o de otra guisa; e de allí adelante deven los judgadores dar e otorgar al moço otro guardador, a que llaman en latín *curator*, tomando tal recabdo del como del tutor. E este atal dévele aver en guarda, fasta que el huérfano sea de edad de veinte e cinco años” (11). He aquí la curatela, que se insinúa en la última ley, específicamente dedicada a tutores del título XVI de la Partida sexta. Y, con toda brevedad, Partidas describe la línea general de esta institución en esta ley. Son curadores los guardadores de los mayores de catorce —o doce— y menores de veinticinco, nombrados siempre que ellos lo pidiesen o tuvieren que intervenir en juicio; asimismo, decía la ley citada, debe dársele curador a los locos y desmemoriados, mientras en otras añade a los pródigos. Finalmente, se establecía la unicidad de la curatela, pues en ningún caso ha de nombrarse un segundo, salvo que fuese persona no aconsejable y se removiese o, transitoriamente, si enfermase o hubiere de ir en romería. Solución distinta a la de tutor, en cuyo cargo pueden coincidir ambos, de cualquiera de las clases testamentaria o legítima, debiendo juntarse todos para decidir acerca de los asuntos de la tutela; salvo los casos en que no sea posible o que no se pusieren de acuerdo, pues entonces, a petición de cualquier de ellos o de oficio, el juez designa al que deba ejercer la tutela (12).

A continuación, Partidas contempla unidas ambas instituciones, en orden a establecer incapacidades o a regular las excusas, describir las obligaciones y actuaciones de los guardadores. ¿Podía

(10) P. 6, 16, 9 y 12; también las 4 y 5. Extensamente sobre la madre tutora y sus segundas nupcias, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 8 y 9, págs. 59 y sigs., 85 y sigs.

(11) P. 6, 16, 12.

(12) P. 6, 16, 11 y 13; véase P. 3, 18, 60 y 5, 11, 2 y 5. Sobre la tutela de varios, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 14, 125 y sigs. y c. 15, 127 y sigs.; cuando la ejercen varios conjuntamente responden—según este autor—solidariamente frente al pupilo, a menos que el testador o el juez divide la tutela en partes determinadas; examina si tienen beneficio de orden, de división, *de cedendarum actionum*, etc. Véase también J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia sive Juris responsa*, 2 vols., 1740, II, cons. 177, n. 23, pág. 464.

haber suprimido la diferencia entre ambas? A mi juicio, no. Evidentemente la regulación podía ser conjunta y así se redacta en Partidas, pero la conveniencia de dos vehículos jurídicos era indudable, aparte la curatela de incapaces, que pudo dejarse separada o llamársele tutela. La protección del menor conservaba dos formas distintas, porque dos eran las edades centrales para alcanzar la plena capacidad. Hasta los catorce—o doce las hembras—la capacidad de obrar civil es muy limitada, por tanto la tutela. A partir de esta edad es más amplia, pero siempre podría completarse mediante el curador, que es una réplica del tutor, pero más restringido, voluntario. Tan sólo se requiere indispensablemente para ir a juicio, ya que la capacidad procesal no se alcanza hasta los veinticinco años. La pubertad, de acuerdo con el derecho común, se sitúa en los catorce y doce años, representando el momento en que se adquiere una parte de la capacidad. En concreto, se exige en Partidas para el matrimonio, para tener obligación de ir a la guerra los varones, para recibir beneficios eclesiásticos o profesar de religiosos, para la testamentificación activa, para salir de la tutela, etc. Pero, en todo caso, hasta alcanzar los veinticinco años no se sale de la curatela, ni se puede demandar en juicio, ni recibir castillos en guarda, etc. Sin embargo, no sólo existen estas dos edades fundamentales, como quizá podría parecer desde la perspectiva de la guarda del menor. Desde los siete años cabe celebrar esponsales,—desde los diez y medio se posee cierta responsabilidad criminal—o conforme a supuestos romanos ser emancipado, si bien pronto se hace intervenir al Consejo de Castilla en emancipaciones, situándola en edad posterior. En otros supuestos, por ejemplo para manumitir o para ser jueces se requiere veinte años en Partidas y, para la ordenación de presbítero—aparte de señalar edades para las diversas órdenes—se toman los treinta como edad usual. También el consentimiento paterno para el matrimonio jugó con otras edades en su regulación del siglo XVIII, borbónica (13). En definitiva, puede decirse que la mayoría de edad plena era la de veinticinco años y, como en Roma, la patria potestad se prolonga—salvo emancipa-

(13) Sobre los catorce años, P. 4, 1, 6; P. 2, 19, 3; P. 1, 16, 3; P. 1, 7, 4. Los veinticinco, P. 3, 2, 11; 3, 11, 3; P. 2, 18, 5, glosa 1; P. 6, 16, 4. Los veinte en P. 3, 3, 5; P. 4, 22, 1. La responsabilidad penal, P. 6, 19, 4. Véase nota 85.

ción—durante la vida del padre, a pesar de haberse alcanzado la capacidad plena. Por todo ello, si la madurez jurídica se iba confi-riendo paulatinamente—sin perjuicio de la patria potestad—, especialmente centrada en las dos edades de catorce y veinticinco, no es de extrañar que las instituciones de guarda del menor se des-doblen también en la tutela y la curatela.

Todavía existía una mayor diversidad de edades, si atendemos a otros textos jurídicos vigentes en Castilla. Textos que además, en virtud del orden de prelación de Alcalá y sus análogos (14) podían interpretarse de anterior aplicación a las Partidas, tales como el Fuero Juzgo o el Fuero Real (15). Pero, en verdad—testigos los prácti-cos como GUTIÉRREZ o los manuales de los siglos XVIII y XIX—, las edades de Partidas prevalecían (16). Pero, además, en otros terri-torios regían otras edades, también múltiples. En Aragón, por ejem-plo, se sitúa la mayoría de edad en los catorce y en los veinte años.

Mas volvamos ahora a examinar los preceptos dedicados por Partidas a los tutores y curadores. Primeramente, las incapacidades para desempeñar la guarda de menores, para ser tutor o curador. No pueden serlo los obispos, monjes o religiosos, ni los clérigos, salvo de sus parientes, las personas al servicio del rey o los caballeros en el mismo supuesto o cuando sirven a otro señor. Tampoco, por razón de su persona, los pródigos, los mudos, sordos y menores de veinticinco años, ya que ellos mismos están sujetos a guarda; ni las mujeres—salvo las excepciones de la madre y la abuela—. Por fin, se excluyen los deudores del menor, las personas de malas cos-

(14) El problema estriba en la prioridad de los fueros en el ordenamiento de Alcalá de Henares, 28, 1. Para la época más reciente véase el auto acordado de 1713, de los que acompañan a la *Nueva Recopilación*, 2, 1, 1.

(15) F. J. 3, 2, 3 y 3, 7, 1; F. R. 1, 2, 7. Sobre la cuestión A. GARCÍA GALLO, *Curso de Historia del Derecho español*, II, 1. Madrid, 1950, 80.

(16) J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 1, 5; J. SALA, *Ilustración...*, I, 66; I. JORDÁN DE ASSO, M. DE MANUEL RODRÍGUEZ, *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, 5.ª ed., Madrid, 1792, 5 y sig., 21; J. M. ALVAREZ, *Instituciones del Derecho real de España*, 1829, I, 89 y sigs.; P. GÓMEZ DE LA SERNA, J. M. MONTALBÁN, *Elementos...*, I, 447 y sigs. También cuando lo examinan en forma retrospectiva, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, 10 vols., 2.ª ed., 1899-1910 con apéndices, V, 2, 1.275 y sigs., jurisprudencia en 1.284 y sigs.; V. VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, 3.ª ed., 5 vols., Valladolid, 1925-26, apéndice 1932, IV, 585 y sigs.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente*, 27 vols., Madrid, 1902 y sigs., IV, 169 y sigs.; J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, 4.ª ed., 12 vols., Madrid, 1914 y sigs., II, 130 y sigs.

tumbres y las que no pudieren atender a la tutela (17). La doctrina, apoyada en el derecho común, extendía un tanto estas incapacidades, no pudiendo ser tutor quien es acreedor del menor o el fiador de su deudor o quienes poseen alguna cosa en común con él. En cambio, era tolerante cuando la deuda es de escasa cuantía, pues la controversia que pudiera originarse sobre ella no importa (18). Asimismo, es posible excusarse de la tutela en juicio por una serie de causas y motivos, también recogidos del derecho romano, y que se van transmitiendo hacia la época presente. Algunas excusas se refieren a incapacidades personales, como el que no sabe leer ni escribir o es tan necio o simple, que no resulta oportuno que ejerza la guarda. Otras aluden a la imposibilidad de desempeñarla por diversas circunstancias, tales como tener cinco hijos, tener ya tres guardas a su cargo, hallarse enfermo o ser tan pobre que no le es posible atenderla. O bien por razón de los oficios que desempeñan, como recaudadores de rentas, mensajeros o jueces y oficiales de la justicia, caballeros al servicio del monarca, maestros de gramática, retórica, dialéctica y física, así como los maestros en leyes al servicio real y los filósofos. Por fin, en otros supuestos se contempla una incompatibilidad con los intereses del menor, por tener pleito con él o haber tenido gran enemistad con su padre; a este apartado pertenece la prohibición de que el marido sea tutor de su mujer menor, porque ella “por amor que ha a su marido, non le demandaría emienda del daño o del menoscabo que fiziesse... e que gelo perdonaria todo de ligero” (19). También podría excusarse el tutor de ser curador del mismo menor, cuando éste alcance los catorce años. Aparte retoques doctrinales, también parece frecuente como excusa la dispensa concedida por el rey a algunas personas humildes, para poder rechazar la tutela, cosa que después—quizá se abusaba—fue suprimida (20).

(17) P. 6, 16, 14 y 4; la Ley 20 que no sea su heredero en caso de muerte.

(18) Sobre incapacidades J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 1, n. 26 y sigs., páginas 11 y sigs., I, c. 20, n. 2, 5, 9, 13, págs. 218 y sigs., también el excomulgado, el judío, en n. 23 y sigs., 29, págs. 224 y sigs.; L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2, d. 221, págs. 521 y sigs., al principio se ocupa del siervo, que se permite ser tutor testamentario según P. 6, 16, 7.

(19) P. 6, 17, 2 y 3, sobre procedimiento 1 y 4.

(20) Nueva, 6, 14, 21. Otra cosa es que el marido es curador *ad litem* de su mujer y el padrastro puede serlo de sus hijastros, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 20, n. 32, pág. 226 y c. 8, n. 77, págs. 78 y sigs.

Tutela y curatela, incapacidades y excusas. El esquema legal de la guarda de menores clásica va delineándose ante nuestros ojos, con base en Partidas. El orden sistemático adoptado en estas páginas es distinto, pero los rasgos de la institución son éstos. Falta por describir las obligaciones del tutor y del curador, la extinción de la guarda y la responsabilidad de los protectores del menor. Incluso haré una mínima referencia a la *restitutio in integrum* en favor del guardado, tan esencial en el mecanismo antiguo de defensa de los menores.

La protección del menor se atiene al cuidado de su persona y bienes. Procura educarle de acuerdo con su rango, en todo caso enseñarle a leer y escribir y el correspondiente menester u oficio, darle de comer y vestirlo, conforme señale el juez; también éste determinará el lugar donde ha de criarse el menor o mozo, si no lo hicieron en testamento el padre o el abuelo; la madre y la abuela, también participan, si viven, en estos extremos (21).

En lo referente a bienes las disposiciones de Partidas son más amplias y minuciosas. Como medida de precaución, el guardador debe inventariar, con intervención de juez y escribano, todos los bienes que pertenecen al menor, así como dar fiadores que garanticen su gestión. “E después que esto oviere fecho—siguen Partidas—deven los guardadores endereçar las casas del huérfano que non cayan e fazer labrar las heredades e criar los ganados que fallaren en los bienes del finado. E esto deven fazer a buena fe e lealmente” (22). Una economía rural y agrícola se trasparenta en este precepto. Si acudimos a GUTIÉRREZ y otros autores más modernos per-

(21) P. 6, 16, 16; P. 6, 16, 20 y 19, en esta última que puede dejarse al cuidado de la madre si existe y no se vuelve a casar. Sobre el sentido de la tutela como protección de la persona e indirectamente de los bienes, J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia...*, I, cons. 36, n. 17, pág. 262; J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I, c. 1, n. 4, pág. 5, sobre educación del pupilo, II, c. 3 y 8, 203 y sigs. y 362 y sigs.

(22) P. 6, 16, 15; P. 6, 18, 1. La doctrina, además del inventario ve una hipoteca. J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 1 y 16. págs. 249 y sigs. y 430 y sigs.; J. GUTIÉRREZ, *Repetitiones sex, et quatordecim iuris allegationes*, Madrid, 1604. acompaña a esta obra sus *Consilia*, con igual paginación, *R. nemo potest*, n. 404. página 101. sobre inventario; sobre el juramento del tutor, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de iuramento confirmatorio*, Madrid, 1597, I, c. 73, n. 1, págs. 246 y sig.; J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia...*, cons. 148, n. 1, pág. 277; J. DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Opera omnia*, 11 vols., Lyon, 1725-1726. VIII, c. 45, n. 28. También sobre juramento, L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2. d. 223, págs. 525 y sigs.; J. SALA, *Ilustración...*, I, 81.

cibimos un panorama económico distinto. Dejan bien sentado que no pueden prestar para usura las rentas del menor, pero podrán emplearlas, además de en comprar inmuebles, en darlas a un mercader, honesto, no usurero, por un módico rédito, o emplearlas en censos, en cambios, etc. El tutor no responde de la posible pérdida del capital, salvo que lo hiciese sin garantías, fuera negligente en reclamarlo o casos semejantes. En cambio, sí respondería de haber mantenido inactivo el dinero. Una economía más ágil, comercial y burguesa aflora en los textos más tardíos de la doctrina (23).

No pueden los guardadores enajenar inmuebles del menor, salvo que traten de pagar sus deudas o para casar al menor o alguna de sus hermanas u otra razón justificada, siempre con otorgamiento del juez. Tampoco enajenar siervos que estaban ya en la casa del padre, "porque estos atales suelen ser provechosos en la casa e son sabidores de los bienes del finado". Le defenderá en juicio cuando haya de proponerse demanda o tuviere que defenderse en algún pleito; curiosamente se establece que pueda hacerlo el tutor por sí solo, sin consultar a otros tutores, cuando el menor fuere mayor de siete años (24). Puede apreciarse que la edad de siete años también comunica algunos matices a la tutela.

(23) J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 9, págs. 371 y sigs.; contrasta con L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2, d. 223, n. 17, págs. 530 y sig.; que se mantiene en la antigua postura de comprar predios y no caer en usura, que la Ley portuguesa prohíbe expresamente; de obtener lucro honesto hablará, J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia...*, II, c. 148, n. 8 y 13, pág. 278; sobre la usura y la colocación del dinero por el tutor, D. COVARRUVIAS, *Opera*, 2 vols., Ginebra, 1723-24, II, 267 y sigs., en especial 275, que son los capítulos 1 y 2 y sigs. de sus *Variarum Resolutionum*. Del mayor interés es A. AIERBE DE AIORA, *Tractatus de partitionibus bonorum*, Ed. novissima. Cura et studio J. Marín, Valencia, 1766, I, c. 4, págs. 49 y sigs., también 59 y sigs.; A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTÓYA, *Instrucción política y práctica judicial*, Madrid, 1641, c. 7, 188 v.º ss. se ocupa de la rendición de cuentas e indica que el tutor pagará intereses si no ha empleado el dinero «en bienes raíces o censos», 189 v.º.

(24) P. 6, 16, 17. Sobre administración y enajenación, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 5, 6 y 7, págs. 315 y sigs., 345 y sigs. y 351 y sigs.; F. MUÑOZ ESCOBAR, *De ratiociniis administratorum et computationibus variis altis tractatus praegnantissimus*, Lyon, 1733, en general, sobre la forma de llevarla y darla. Sobre la prohibición de comprar los bienes del menor y la representación en juicio, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 15 y 4, 419 y sigs. y 308 y sigs.; J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia...*, II, cons. 109, n. 16 y sig., pág. 48; J. GUTIÉRREZ, *Tractatus de iuramento...*, I, c. 40, n. 1, págs. 152 y sigs.; J. GUTIÉRREZ, *Repetitiones...*, cons. 52, pág. 730; el problema de la representación del tutor extensamente en B. ROBLES SALZEDO, *Novus et methodicus tractatus de repraesentatione in tres libros divisus*, Madrid, 1624, en especial, 3, 2, 329 y sigs.; acer-

Por último, veremos la extinción de la guarda y la remoción de quienes la ejercen, para terminar con esta visión genérica de la normativa de Partidas, que prolongará su vigencia a visperas de la codificación. Porque las leyes posteriores no alcanzan a modificar decisivamente estas materias, si bien la completan en algún extremo importante; así en la prohibición—del siglo xiv—de que los guardadores no puedan adquirir bienes de sus pupilos y algunos otros menores, que veremos después (25). La extinción se contempla en Partidas desde la tutela primordialmente. Se mencionan una serie de causas como muerte, desterramiento o servidumbre de tutor o tutelado, cumplimiento de término o condición, porfijamiento—adopción—de cualquiera de ellos, excusa aceptada y, por último, remoción del tutor por causa de sospecha. Todas ellas aplicables, sin duda alguna, a ambos tipos de guarda (26). La remoción del guardador, por otro lado, se regula ampliamente, estableciendo las causas que pueden provocarla y las personas que pueden solicitarla. Son causas el gastar, con mala administración, los bienes de los huérfanos, las malas costumbres, el haber desempeñado mal con anterioridad una guarda, la enemistad con el menor o sus parientes, no hacer inventario, no amparar los bienes del menor en juicio y fuera de él, esconderse y no presentarse a ejercer la guarda, decir al Juez que no posee bienes para dar de comer al tutelado y, a continuación, descubrirse que era mentira. La acción para reclamar la remoción es pública, correspondiendo a la madre, la abuela, la hermana y “otra persona qualquier. También muger como varón, que se mueva a fazerlo por razón de piedad”, incluso el mismo huérfano si es mayor de catorce años, con consejo de sus parientes, puede actuar contra el curador; y, por fin, el juez de oficio (27).

Por lo demás, el guardador debe dar cuentas y resarcir de cuantos daños hubiese ocasionado en su gestión, quedando en los su-

ca de su acción en juicio, que puede continuar tras haber fenecido la tutela. A. DE AZEVEDO, *Tractatus de curia pisana*, Lyon, 1737, II, c. 18, n. 35, pág. 72. Sobre casamiento del pupilo, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 11 y 12, 391 y sigs. y 395 y sigs.; D. COVARRUVIAS, *Opera*, I, 231.

(25) *Nueva*. 5, 11, 23; *Nov.* 10, 12, 1. De Alfonso XI y Enrique III en el Ordenamiento de penas de Cámara.

(26) P. 6, 16, 21. Véase L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2, d. 225; 535 y sigs. y J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, II, c. 18, págs. 442 y sigs.

(27) P. 6, 18, 1 y 2.

puestos más graves infamado, no pudiendo desempeñar cargos que requieren buena fe. Y, por su parte, aunque Partidas nada dice, en virtud de disposiciones del Fuero Real tiene derecho a cobrar una décima parte de las rentas, como retribución de sus tareas. Partidas, más romanizada, la reputó quizá gratuita. Los prácticos hicieron hincapié en este aspecto. GUTIÉRREZ, el más extenso en esta materia, le dedica muchos folios, toda la tercera parte de su *Tractatus de tutelis et curis minorum*. Tal vez era la parte que más podía interesar a sus posibles lectores, a los que aconsejaban a los tutores o curadores. Su casuismo no es posible traerlo aquí, pero está previsto todo, las personas que han de percibirlo y su cuantía, su determinación y los supuestos en que nace (28). Aparte la dación de cuentas y el resarcimiento, existe un mecanismo jurídico fundamental para la protección del menor, la restitución o vuelta a la situación anterior, que puede esgrimirse contra terceros para defensa del menor.

"*Restitutio* en latín—aclaran Partidas, tan aficionadas siempre a etimologías y definiciones—, tanto quiere dezir en romance como demanda de entrega que faze el menor al Juez, que le torne algún pleyto o alguna postura, que ha fecho con otro a daño de sí, en el estado primero en que antes estava; e que revoque el juyzio que fuesse dado contra él e torne el pleyto en el estado en que era ante que lo diessen. E tiene pro esta entrega a los menores, ca por ella son guardados de daño que les podría venir por su liviandad o por engaño que les oviessen fecho" (29). Después, en forma muy casuística, se establece los casos en que es posible y necesaria la restitución y cuáles no. Pero termino aquí la exposición de Partidas, del derecho tradicional castellano en materia de tutela y curatela.

La legislación posterior apenas retoca este cuadro general, que

(28) F. J. 4, 3, 3 y F. R. 3, 7, 2. J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, toda la parte tercera; L. MOLINA, *De Justitia...*, I, trat. 2, d. 224, pág. 535, en cambio, lo trata muy de pasada, con distancia de la realidad que los prácticos tan bien conocen; J. B. VALENZUELA VELÁZQUEZ, *Consilia...*, II, cons. 179, n. 70, pág. 480, reconoce el carácter gratuito de la tutela pero puede asignársele un salario por justa causa; véase también F. MUÑOZ ESCOBAR, *De ratiociniis...*, c. 29, páginas 197 y sigs.

Sobre las cuentas, A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política...*, 188 v.º sigs.

(29) P. 6, 19, 1. Véase las leyes 4 y siguientes y el procedimiento en la Partida tercera.

llega en vigor hasta el siglo XIX. Es la base de nuestro derecho para la protección de menores, hasta que la influencia francesa trastorquó el derecho patrio. Las recopilaciones—las leyes de Toro en ellas insertas—apenas establecen algunas modificaciones. Las leyes de Toro, en 1505, establecieron que el menor que contrae matrimonio, quedaba emancipado, y por interpretación derivada se consideró que la patria potestad no pertenecía al abuelo, en defecto del padre, con lo que los abuelos pasaron a primer lugar en la tutela legítima, de ascendientes; también prohibieron que el comisario para testar pudiera dar tutor a los menores, hijos del difunto, a no ser que éste les hubiera encomendado especialmente esta materia (30). Otra disposición—más antigua—recababa como de competencia real el nombrar tutor o curador a los Grandes de España, en su caso, pues correspondía al monarca hacer este nombramiento, no dejándoselo a Jueces ni a las Audiencias (31). En suma, éste era el esquema general de nuestro derecho histórico, en materia de tutelas y curatelas: Partidas, con algunos retoques menores, complementada, por la interpretación romanista de la doctrina.

3. *La originalidad del Código francés de 1804.*

A fines del siglo XVIII y principios del pasado se produjo un hecho fundamental para el derecho, para sus leyes y doctrinas. Los movimientos e ideas revolucionarios franceses condujeron a la aparición de un auténtico derecho público, así como a la sistematización y codificación racionalista del privado. El ciudadano fue obsequiado con una serie de derechos fundamentales que conferían y mantenían su esfera de libertad y actuación política en la declaración de derechos francesa de 1789 y las subsiguientes constituciones. Y entonces, para el disfrute de aquel conjunto de derechos públicos, se opta por la determinación de una edad unitaria—la clásica de veinticinco años en la constitución de 1791—. El derecho

(30) Sobre la modificación de las leyes de Toro, véase la nota 9. Sobre el comisario testador en relación con tutela, *Nueva*, 5, 4, 5 y *Nov.* 10, 19, 1.

(31) *Nueva*, 2, 5, 14 y 6, 1, 17. Sobre la tutela del rey, J. GUTIÉRREZ, *Tractatus...*, I. c. 18, págs. 190 y sigs.

anterior jugaba con infinidad de edades para ir estableciendo posibilidades y capacidad a las personas; la influencia romana, el origen paulatino de las instituciones antiguas, no hacía extraño la existencia de múltiples edades en el derecho civil; la diversidad de territorios o zonas jurídicas históricas reforzaba esta variedad. Pero ahora se ha producido un acontecimiento tajante, de enorme trascendencia. Ha salido a luz—de pronto—una nueva área de posibilidades para el hombre, para el ciudadano. También la edad se centrará prontamente en veintiún años, por sencillez racionalista. Es verdad que existían precedentes civiles en las costumbres de Normandía, Bretaña y otras, pero el establecimiento de esta edad, con carácter general, se hace por la Convención, a efectos políticos y civiles, por Ley de 20 de septiembre de 1792, cuyo artículo 2.º del título cuarto preceptúa: “Toda persona será mayor a los veintiún años cumplidos”. Y de aquí partirán las constituciones francesas, desde el proyecto girondino de 1793 y, sobre todo, la constitución de 24 de junio del mismo año; esta determinación pasará asimismo al Código civil, manteniendo la armonía de una sola edad en el derecho galo. La edad política y civil queda idéntica y, además, centrada en un solo momento de la vida de los individuos (32).

El Código civil de los franceses pone esta edad, como único grado y límite de capacidad civil, en su artículo 488: “La mayoría de edad se fija a los veintiún años cumplidos; a esta edad se es capaz para todos los actos de la vida civil” (33). Como lógica consecuencia, la

(32) Sobre la Ley de 1792, C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoleon*, 31 vols., París, 1880-82, en el *Traité de la minorité, la tutelle et de l'émancipation*, VII, 9; C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 5.ª ed., 15 vols., París, 1830-34, I, 308 y sigs.; también G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, 29 vols., París, 1907 a 1909 y apéndices, V, 359.

Para las constituciones, L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 6.ª ed., París, 1943, art. 2, sect. II, tit. III, de 1791, pág. 204; art. 1, tit. II del proyecto girondino de 15-16 de febrero de 1793 (año II), pág. 232, que dice: «Tout homme âgé de vingt et un ans accomplis, qui se sera fait inscrire sur le tableau civique d'une assemblée primaire, et qui aura résidé depuis, pendant une année sans interruption sur le territoire français, est citoyen de la République»; art. 4 de la constitución de 24 de junio de 1793, pág. 260, dice: «Tout homme né et domicilié en France, âgé de vingt et un ans accomplis»; se continúa en el artículo 8 de la constitución de 5 de fructidor del año III—22 de agosto de 1795—, página 271; y en el art. 2 de la constitución del año VIII—1799—, pág. 304.

(33) *Code civil*, art. 488. Uso edición *Les trente-six codes français*, Marsella, 1845. Acerca del *Code*, A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code*

dualidad entre tutela y curatela pierde su significado en la guarda del menor, que todavía en POTHIER (34) se halla vivo, operante. Está abierto el camino para una unificación de ambas instituciones o aspectos de la protección de menores y, llevando más adelante las cosas, para hacer la unión total de las mismas. Esta es la aportación del Código francés, respecto de nuestro derecho, pues su modelo será conocido e imitado en España. Si bien, por el contraste con nuestro derecho tradicional o por meditación de quienes codificaron, se varía hondamente sus esquemas a la hora de recibirlos en las páginas de nuestra codificación civil.

La regulación francesa contrasta ciertamente con el esquema clásico de Partidas. En ella, la patria potestad se quiebra en su significado continuo, ilimitado. Un artículo dejaría como último vestigio de aquella patria potestad romana un deber moral genérico: "El hijo, en toda edad, debe honor y respeto a su padre y madre" (35). Cesa la patria potestad por la mayoría de edad—pensemos que el ciudadano era cada individuo—, así como por emancipación, por matrimonio o hecha por el padre tras alcanzar los quince años el hijo. Los padres ejercen la autoridad paterna sobre la persona y bienes de sus hijos hasta que fueren mayores o emancipados. Y, además, ejercen la tutela sobre ellos, pues el *Code des français* denomina así la administración de bienes de los hijos menores por el padre y, en defecto de él, por la madre, auxiliada por un Consejo que puede nombrarle el padre para determinados actos, bien por testamento o por su declaración ante el juez. Sin embargo, la madre puede renunciar a la tutela, nombrándose entonces otra per-

civil français, París, 1969. Otras edades, para el matrimonio, art. 44, 148 y sigs.; para disposición de bienes, art. 903.

Es frecuente entre los comentaristas aludir a la necesidad de unificar, aunque en distinto sentido a la supresión de las edades escalonadas. «L'âge où l'homme n'a plus besoin de secours ni de conseils pour se conduire, où il peut sans danger être abandonné à lui-même, et devenir maître de sa personne et de ses droits, n'est point le même pour tous les individus; mais la loi civile, qui ne peut consulter ces diversités, a déterminé cette époque d'une manière uniforme...», C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil...*, II, 307; C. DEMOLOMBE, *Cours...*, VII, 8, V. MARCADE, P. PONT, *Explication théorique et pratique du Code civil*, 7.^a ed., 22 vols., París, 1873-1874, II, 190 y sigs.; 191.

(34) POTHIER, *Oeuvres, annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle par M. BUGUET*, 10 vols., París, 1845-48, I, 203 y sigs. al hablar de la costumbre de Orleáns y IX, 55 y sigs., 74 y sigs.

(35) *Code civil*, art. 371.

sona que la desempeñe y, si contrajere nuevas nupcias, el Consejo de familia decidirá si puede continuar en ella o cesar; en el primer supuesto, el nuevo marido actuará de cotutor (36). El sistema tradicional, romanista, ha variado. La madre ocupa un lugar intermedio, pues se le concede cierta autoridad paterna a la viuda y se llama tutores al padre y a la madre; las nuevas nupcias no determinan automáticamente el fin de la tutela de la madre. En suma, hay bastante distancia entre el sistema vigente en España a comienzos del xix y el novísimo Código de los franceses.

Después, en sus clases se conservan los cauces tradicionales para acceder a la tutela, pero con la aparición de un organismo central y decisivo, del Consejo de familia. En primer término, pueden nombrar tutor el padre y la madre, el último que de ellos viviere, por testamento o declaración ante el juez. La madre, si se hubiere casado de nuevo, sólo podrá nombrarlo si hubiere sido mantenida en la tutela y, además, el Consejo de familia confirma al designado (37). La tutela legítima se establece a favor de los ascendientes masculinos tan sólo, con especificación de a quienes corresponde. Por último, a falta de éstos, será nombrado el tutor por el Consejo de familia, organismo integrado por seis parientes, los más próximos y equilibrados en ambas líneas de parentesco, y presididos por el juez de paz. Salvo cuando concurren un número suficiente de hermanos, que deben ser siempre preferidos para integrar el Consejo de familia a otros parientes. El Consejo de familia no era novedad en la legislación anterior francesa, aunque es transformado, precisado y ampliado en sus atribuciones; en cambio, lo será cuando se importe a nuestros códigos. Otra novedad— la constituirá el

(36) *Code civil*, arts. 371 y sigs., 389 y sigs., 476 y sigs.; 394 y sigs. Téngase, además, en cuenta, en esta mezcla de patria potestad y tutela, que sólo la primera se considera de derecho natural en la época. BURLAMAQUI, *Elementos del Derecho natural*, Madrid, 1820, 352-381.

Sobre los comentarios a la tutela, C. B. M. TOULLIER, *Le Droit civil...*, II, 310 y sigs., 333 y sigs., con referencias al Derecho romano; V. MARCADE, P. PONT, *Explication...*, II, 314 y sigs., 327 y sigs.; C. DEMOLOMBE, *Cours...*, VII, 16 y sigs. M. DURANTON, *Cours de Droit civil suivant le Code français*, 12 vols., Bruselas, 1841, II, 136 y sigs. Más reciente, M. PLANIOL, J. RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*. Trad. de M. DÍAZ CRUZ, 14 vols., Habana, 1945, I, 416 y sigs.; la primera visión sistemática aunque muy sucinta es la de C. S. ZACHARIAE AUBRY ET RAU, *Cours de Droit français*, 3 vols., Bruselas, 1850, I, 89 y sigs.

(37) *Code civil*, arts. 397 y sigs.

tutor subrogado, que actúa cuando los intereses del menor se hallan en oposición con los del tutor, y que es nombrado, a la vez que éste, por el Consejo en la persona de un hermano o un pariente de la línea a que no pertenezca el tutor (38).

En cuanto a la imposibilidad de ejercer la tutela o las causas de eludirla, siguen distribuidas en el *Code* en dos sectores diversos, recordando el derecho anterior. Se habla de incapacidades y dispensas, en correspondencia con lo anterior, con nulidad en el primer caso y posibilidad de aducir la dispensa al Consejo, para que le excluya de su desempeño. No pueden ser tutores—son incapaces—los menores, a excepción del padre y la madre, las mujeres, salvo la madre y ascendientes, los interdictados, los condenados a pena aflictiva o infamante, los que ellos o sus padres tienen proceso frente al menor acerca de su estado civil o gran parte de su fortuna, y, en general, las personas de mala conducta notoria o que en su gestión dan muestras de incapacidad o deslealtad. Dichas incapacidades son también aplicables a los posibles miembros del Consejo familiar. Por su parte, servirá de excusa o dispensa para la tutela el desempeño de una serie de cargos públicos—no nos interesa su precisión—, el ser extraño cuando existan parientes del menor en un radio de 40 kilómetros, la edad de sesenta y cinco años, una enfermedad grave, hallarse ya encargado de dos tutelas, ser padre de cinco hijos. Las excusas se ventilan ante el Consejo de familia, con intervención de quien la presenta, pudiendo, si se le desestima, acudir a tribunales (39). Muchas de las incapacidades y excusas es evidente que recogen derecho romano, aunque con modificaciones.

Para terminar esta breve exposición del Código francés, que intenta precisar sus rasgos y estructura genérica en la materia, me referiré a la administración del tutor y restantes órganos de protección del menor, así como al fin de la tutela. Son primeras obligaciones del tutor la de hacer inventario y vender todos los muebles

(38) La legítima, *Code civil*, arts. 402 y sigs.; Consejo de familia y protutor en los arts. 405 y sigs., 420 y sigs. G. BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique...*, V, 464, se expresa en estos términos: «Nous devons l'institution du Conseil de famille à notre ancien droit coutumier. Mais le code civil l'a transformée et en a précisé et élargi les attributions».

(39) *Code civil*, arts. 442 y sigs., 427 y sigs.

que el Consejo de familia no le haya permitido mantener *in natura* —de lo que, naturalmente, se exceptúan el padre y la madre, aun cuando sean tratados como tutores, según la ley francesa—. El Consejo decide, asimismo, la cantidad que debe gastar anualmente en el menor, y señala administradores especiales, en su caso. Por lo demás, “el tutor cuidará de la persona del menor y le representará en todos los actos civiles. Administrará sus bienes como un buen padre de familia y responderá de los daños e intereses que pudieran resultar de una mala gestión. No puede comprar los bienes del menor...” (40). Los tutores, incluso los padres, no pueden enajenar los bienes inmuebles, ni hipotecarlos, sin contar con la anuencia del Consejo, que sólo lo admitirá en casos de necesidad extrema, revisando cuentas y señalando cuáles deban alienarse; la venta será pública, con asistencia del tutor subrogado—subtutor o protutor—. Por último, se determinan las facultades del tutor en orden a la aceptación y renuncia de herencias, donaciones, actuaciones en juicio, particiones, transacciones, etc (41). Al final de la tutela da cuentas de su gestión—y durante la misma por períodos al tutor subrogado—, debiendo satisfacer cuanto debiere al tutelado; los tribunales entenderán de las diferencias que pudieran surgir en la rendición de cuentas. Por lo demás, la restitución por lesión se conserva en favor de los menores, respetando el sistema anterior en cierta parte (42).

He aquí suprimida la distinción entre tutela y curatela. No parece hacer falta en el esquema del Código francés, pues los menores de veintiún años disfrutan de la tutela por su falta de capacidad, y entre los veintiuno y veinticinco, en donde podría parecer necesario complementarla, recordando el derecho romano, no es necesario, ya que son ciudadanos en el pleno disfrute de los derechos políticos. Tampoco la curatela especial de dementes se halla en el texto napoleónico. El imbecil, el demente o el furioso están sujetos a interdicción o inhabilitación judicial, con informe del Consejo de familia, idéntico al de los menores. El interdictado, luego es do-

(40) *Code civil*, art. 450.

(41) *Code civil*, arts. 461 y sigs.

(42) *Code civil*, arts. 469 y sigs., art. 1.305.

tado de un tutor, que será el marido, la esposa—con algunas excepciones—, o el pariente nombrado por el Consejo. Su actuación es semejante, con iguales requisitos y prevenciones, que las de tutores de menores. Por su parte, los pródigos, para evitar sus dispendios en actos dispositivos, se colocan bajo la vigilancia de un Consejo especial, nombrado por el juez (43). No es menester, por tanto, la curatela para estas dos categorías, quedando prácticamente, de hecho, desterrada del *Code civil*.

Aun con buena dosis de romanismo, no hay duda de que el texto francés está lejos del sistema clásico o antiguo, que hemos podido examinar—en tanto nos interesaba—sobre Partidas. Es verdad, que se conserva—aproximadamente—las tres clases de tutela: las incapacidades y excusas, las reglas de administración y enajenación—me refiero en sus líneas generales—. Pero ha desaparecido la curatela de menores, como la de enajenados y pródigos. Prescindiendo del estudio detallado de las fuentes del Código francés, no me es posible precisar bien el adelanto que significa; respecto de POTHIER, sin discusión alguna. En conjunto, se advierte que la solución francesa se sitúa en una línea de evolución y simplificación más retrasada que nuestro código actual. Es anterior en su cronología; pero, además, al conectar demasiado la patria potestad con la tutela—para situar a la madre a la altura o nivel del padre—muestra una solución más complicada, más tosca. En todo caso, la supresión de las dos formas de guarda quedaba ya realizada en los comienzos del xix, disponible un espejo en donde reflejarse a los futuros codificadores españoles. Las traducciones del Código francés son muy precoces y son muestra del gran interés que despertaba en la época, en que el francés es—como tantas otras veces—el segundo idioma de todo español culto. ¿Cómo aprendieron la lección los codificadores españoles?

(43) *Code civil*, arts. 489 y sigs., art. 509, en general 504 y sigs., arts. 513 y sigs. Véase sobre la tutela de hecho, M. PLANIOL, J. RIPERT, *Tratado práctico...*, I, 486 y sigs.

4. *La codificación española. El proyecto de 1821.*

A partir de 1808 se origina en España el clima indispensable para que la codificación pudiera comenzarse. Códigos y constituciones son las nuevas formas jurídicas que provienen de las ideas revolucionarias francesas, del liberalismo, en suma. Instaladas las Cortes de Cádiz, existía ya el órgano necesario para propulsar una codificación de nuestras leyes. Entre las primeras comisiones que se crean aparecen tres que habrían de dedicarse a la legislación civil, criminal y de comercio. Respondían a aquella famosa propuesta de Espiga y Gañea en 9 de diciembre de 1810 para adelantar la sistematización y ordenación liberal de nuestra legislación. Su opinión prevalecerá en punto a la composición de las comisiones, que, frente a Argüelles, quiere que sean mixtas, con individuos de las Cortes y otros de fuera de ellas, para mayor amplitud de conocimientos, incluso de representación (44).

Estas comisiones no pudieron—falta de tiempo, problemas más acuciantes—avanzar en su labor. La constitución de 19 de marzo de 1812 fue la única compilación extensa de las nuevas ideas liberales. En su artículo 258 se condensaba la aspiración liberal de que “el código civil, y criminal y de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes” (45).

Tras el paréntesis absolutista, las Cortes del trienio llevarán más adelante la codificación. Un código penal aprobado, sendos proyectos de código civil, de procedimientos criminales y de sanidad son un balance muy elevado para los tres años escasos de poder de los liberales entre 1820 y 1823. Concentrémonos en el proyecto inaca-

(44) Sobre la codificación española, F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, I, 510 y sigs. F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, 2 vols., Madrid, 1952, I, 185 y sigs. Sobre la labor en las Cortes de Cádiz, *Diario, 1810-1813*, ses. 9 diciembre 1810, 5 febrero, 9 y 18 abril, 22 septiembre de 1811, 14 abril 1813, I, 153, 500, II, 849; 880, III, 1.897, 1.901 y sigs., VII, 5.055 y sigs.; *Diario, 1813-1814*, 1 de octubre, 6, 15 y 29 de noviembre de 1813, 24 de enero de 1814, 9 s., 205, 247, 326 y 379; *Diario, 1814*, ses. 17 de marzo de 1814, 128. Tengo en prensa, M. PESET REIG, *La primera codificación liberal en España (1808-1823)*, «Anuario de Historia del Derecho español», XL (1971).

(45) Art. 258 de la Constitución de 19 de marzo de 1812, D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, 2 vols., Madrid, 1969, I, 198 s. Sobre la discusión del mismo, *Diario, 1810-1813*, ses. 21 de noviembre de 1811, III, 2.305 s.

bado de código civil de 14 de octubre de 1821. Una comisión formada de miembros de las Cortes se preocupó de su elaboración, llegó a darle lectura parcial en el seno del organismo parlamentario y, también, imprimió una parte del mismo. De él hemos de partir para comprender la influencia francesa y el camino hacia el Código civil actual, en la materia que nos interesa (46).

En verdad, el proyecto de 1821 tiene una marcada influencia francesa. Todavía no han sido estudiados suficientemente los textos de la codificación española, en sus relaciones con el derecho patrio y extranjero. Ahora aportaré algunos datos sobre los proyectos oficiales de 1821 y 1851, que exponen la trayectoria de las instituciones de tutela y curatela. En ambos, la influencia esencial de Francia viene temperada por una amplia utilización del derecho anterior hispano. Por ello, no se suprime la dualidad entre ambas formas de protección del menor e incapacitados hasta el Código civil vigente de 1889.

En la recepción del derecho francés por el proyecto de 1821 hay cierta timidez, por lo que se recoge en algunos extremos y se conserva lo anterior en otros. Ello da cierta inconsecuencia al sistema; la coherencia de las distintas partes de un sistema jurídico necesita a veces de años para realizarse, sobre todo, si representa la entrada de influencias extranjeras sobre un fondo distinto. El proyecto civil del trienio adopta una edad central para la capacidad de veinte años, cercana a la francesa, pero con alguna raigambre en Castilla y Aragón. Pero establece todavía una serie de edades para ir alcanzando la plena capacidad, por pasos, según los negocios y tipos de actos; no pueden olvidar sus redactores el sistema romanizado de Partidas, en las que se han formado. No hay, pues, una sola edad, sino varias, aunque la de veinte años funcione decisivamente en la mayor parte de los casos. Por otro lado, el soporte de una edad polí-

(46) *Proyecto del Código civil que presenta la comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820*. Impreso de orden de las mismas. En la imprenta nacional. Año de 1821. La comisión la componían—según el mismo—Cano, Silves, Hinojosa, Cuesta, San Miguel, Navarro (Felipe) y Garelli. Se había propuesto que se empezase la codificación en 16 de julio de 1820, por el diputado de Murcia Damián de la Santa, sobre esta propuesta y formación de las comisiones, *Diario, 1820*, I, 168, 205, 468 y sigs. 530; comisiones I, 610; véase, II, 1.021, III, 2.050, 2.115 sigs.

Las lecturas de la parte del proyecto que se redactó, *Diario, 1821*, I, 255, 273, 276, 293, 332, 357.

tica unitaria—decisivo en Francia—no existe en España. La Constitución de 1812, entonces vigente, establecía la romana de veinticinco años para ser elector, es decir, para adquirir la capacidad política (47). Es verdad, que se determinaba una edad unitaria en nuestro primer texto político, pero su conservación de la romana podía permitir la interpretación de que era una edad más, la última, en la paulatina adquisición de derechos.

El proyecto, en su preliminar, argumentaba desde una posición más antigua, que la ley sería notoriamente injusta si diese derechos y exigiera obligaciones con una igualdad aritmética. La Constitución niega al menor de veinticinco años ciertos derechos que concede al mayor; niega al simple español todos los que atribuye al ciudadano..." (48). La posibilidad de una edad unitaria—estilo francés—era negada. El proyecto consagra la edad de veinticinco años para obtener cargos públicos de justicia y de gobierno, e, indirectamente, al hacer referencia a ciudadanos y a la constitución, sin duda acepta los dictados de aquella en cuanto a edad política (49). Pero, en conjunto, sigue las tendencias de edad escalonada, de capacidad paulatina. En lo criminal, son incapaces de delinquir los menores de siete años y sólo a los mayores de catorce se les aplicarán penas no correccionales. Para el matrimonio coloca la capacidad en los dieciséis y catorce, según el sexo, aceptando la misma para poder hacer testamento. Pero los veinte años es el momento en que se sale de la tutela, se les puede emancipar, pueden obligarse por contrato, cuasicontrato y cuasidelito, así como hacer testamentos y contratos. Sin embargo, la patria potestad, aunque no indefinida, persiste hasta los veinticinco, y se requiere esta edad para desempeñar el cargo de tutor o curador (50). En suma, varias edades que apuntan hacia un núcleo fundamental de los veinte años para adquirir la capacidad civil de obrar.

En cuanto al esquema de protección del menor y del incapaci-

(47) Art. 45 de la constitución de 1812, que ya estaba en la instrucción para elección de diputados de 1 de enero de 1810; en el art. 21 de la constitución, se les escapa—sin duda por influencia francesa—una edad de 21 años, al tratar de ciudadanía; por lo demás, el Rey sería mayor a los 18, D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, I, 168, 72, 164 y 190.

(48) *Proyecto...*, 1821, pág. 18.

(49) *Proyecto...*, 1821, arts. 34 y 66.

(50) *Proyecto...*, 1821, arts. 57 y sigs., 378, 381 y 382.

tado, también se aparta del Código francés, pero con su ayuda modifica sustancialmente la regulación tradicional española. Por de pronto, distingue con claridad la patria potestad—que confiere al padre y a la madre—de la tutela, sin concebir entrelazada a ella la protección de los padres sobre los hijos. La patria potestad dura hasta los veinticinco años, a no ser que emancipe antes el padre, o el rey por justa causa a solicitud del hijo, o por matrimonio del mismo (51).

Cuando han fallecido los padres o caso de que la madre contraiga nuevo matrimonio, el menor, desamparado, entra en las vías de la tutela o curatela si todavía no ha cumplido los veinte años. Y en este punto hay que advertir necesariamente que el ejemplo del Código francés y el deseo de no abandonar senderos centenarios del derecho español, lleva al proyecto de 1821 a una defectuosa estructuración de ambas formas de protección del menor. La tutela es encargo de cuidar y proteger las personas y bienes de los célibes menores de veinte años, huérfanos de padre y madre, o cuando esta última ha contraído de nuevo matrimonio. La curatela, la curaduría como él la llama siguiendo la denominación tradicional, se ejerce sobre “los mayores de veinte años, huérfanos, y los mayores de veinticinco libres de la potestad patria, cuando unos y otros se hallan incapacitados de administrar sus cosas por algún impedimento físico o moral” (52). ¿Qué quiere decir? Sin duda hay cierta recundancia—extraña al espíritu de precisión jurídica—al repetir junto a los mayores de veinte a los de veinticinco, si en todo caso se exige esa incapacidad que completa inmediatamente refiriéndose a los locos, los mentecatos y los habitualmente disipados o pródigos. La razón estriba en que los comprendidos entre ambas edades, están todavía bajo la autoridad paterna; pero mejor hubiera sido decir simplemente “mayores de veinte años” y hacer la salvedad o llamar en primer término a esta curatela al padre que está ejerciendo la potestad sobre el incapaz. En Partidas, la curatela continúa a la tutela como protección de menores, aquí todavía queda este rastro, si bien cuando los huérfanos tienen algún impedimento

(51) *Proyecto...*, 1821, arts. 370 y 378 y sigs.

(52) *Proyecto...*, 1821, la cita art. 394. véase para tutela 386, las causas de incapacidad, art. 395.

físico o moral, pues en otro caso no es necesaria al haber elevado la edad de salida de la tutela a los veinte años. En definitiva, la tutela de menores quedaba separada de la curatela de incapacitados—por influencia francesa diluida en la tradición española—, y esta solución se conservará en el proyecto de 1851, más afrancesado.

En las formas de la tutela se mantiene la testamentaria, conferida por el padre o, en su defecto, por la madre viuda y la que el proyecto del segundo período liberal llama tutela legal, que engloba las otras dos, legítima y dativa (53). Si el Código francés había establecido una tutela del padre o la madre, otra designada por éstos—en testamento o declaración judicial—, la tercera de ascendientes y la cuarta nombrada o dada por el Consejo de familia, el proyecto español de 1821 es más sencillo y, también, más tradicional. En él se unen la legítima de los abuelos y parientes y la dativa, en la que a falta de parientes el alcalde, con el procurador síndico y el regidor más antiguos del municipio—es decir, dos concejales—designan al tutor (54). La curaduría para enajenados y pródigos posee un orden legal: la mujer—o el marido—, hijos mayores de veinticinco años, padres, abuelos, parientes más cercanos y, a falta de estas personas nombrado como el tutor. Nótese, en conexión con las consideraciones que antes hice, que si llama a los padres—aquí referido a los mayores de veinticinco años—podía haber redactado con mayor elegancia la definición de curaduría. También se admite la designación testamentaria de los padres, siempre que el incapacitado no tuviere mujer ni hijos mayores de veinticinco (55).

En incapacidades y excusas pone al día y modifica un tanto las de Partidas. Son incapaces las mujeres, salvo de sus nietos o de su marido o hijo incapacitados, los menores de veinticinco años, los obispos y personas que ejerzan la cura de almas, los religiosos y los clérigos, salvo que para éstos se trate de parientes; los empleados en la inmediata recaudación o custodia de rentas públicas, los secretarios de despacho, jefes políticos, jueces de primera instancia y los militares en activo; los que tuvieren pleito pendiente, cuentas o intereses en oposición con el menor, los que no tengan empleo o for-

(53) *Proyecto...*, 1821, arts. 387 y sigs.

(54) *Proyecto...*, 1821, arts. 387 y sigs.

(55) *Proyecto...*, 1821, arts. 398 y sigs., procedimiento 396 y 397.

ma de vivir conocida y, por último, los que tuvieran malas costumbres o fueren ineptos para desempeñar una tutela o curatela. Adaptación de Partidas a tiempos coetáneos del proyecto. Otro tanto cabe decir de las excusas o causas de exoneración, que el futuro tutor puede aducir. Son estas: tener cuatro hijos bajo patria potestad, estar desempeñando otra tutela o curatela, la pobreza, la enfermedad, el traslado a otra provincia distinta de la en que se halla la mayor parte de los bienes, tener setenta años o hallarse ejerciendo empleo o cargo público que impida el cabal desempeño del encargo o protección (56).

En la regulación de la actividad del guardador el proyecto de 1821 es muy ordenado. Primero la admisión en la tutela y la curaduría; después, el ejercicio de estas funciones; por último, la extinción y cese en ellas. El nombrado tutor o curador debe aceptar con palabras expresas el cargo y jurar su buen y fiel desempeño, así como dar fiadores para sus resultas, salvo que sea el cónyuge o los parientes en línea recta del menor o incapaz, o hubieren sido nombrados por los padres. El alcalde, a continuación discierne el cargo, una vez cumplidas ante él las formalidades exigidas (57). Después ha de formular inventario al mismo alcalde, pudiendo ya entrar en el cuidado de la persona y bienes del protegido. Posee los poderes del padre para la corrección del menor, sus mismas obligaciones de educarlo y alimentarlo, conforme a las instrucciones del alcalde, regidor y procurador síndico aludidos (58). Los tutores y curadores poseen facultades de administración, pero naturalmente no pueden disponer de inmuebles, ni de los muebles que pueden conservarse sin menoscabo, salvo casos especiales, con intervención del juez de primera instancia y en subasta pública. En esta zona, la dependencia con el Código francés se hace más transparente, a mi entender. El artículo 431 del proyecto, por ejemplo, resume una serie de disposiciones de aquel, sigue sus pautas: "Se entiende por enajenación prohibida al tutor o curador todo acto de venta, permuta, donación, cesión, imposición de servidumbre o hipoteca; la tolerancia de la prescripción, la transacción, el desistimiento de un pleito, la

(56) *Proyecto...*, 1821, arts. 403, 404, procedimiento de exoneración, 406 y siguientes, mientras la lleva un tutor interino, art. 413.

(57) *Proyecto...*, 1821, arts. 414 y sigs., 418, 421 y sig.

(58) *Proyecto...*, 1821, arts. 423 y sigs., en conexión con 371 y sigs. y 377.

renuncia de una herencia y, en general, todo desprendimiento absoluto y todo gravamen afecto a las cosas". Como aquel Código, y con la anuencia de las Partidas, continúa la restitución por lesión a los menores (59).

La protección de menores, pródigos y alienados cesa—según el proyecto—por cumplir veinte años o contraer matrimonio y, en las dos últimas categorías, por haber cesado el impedimento o incapacidad. Por parte de los tutores o curadores por muerte natural o civil, por exclusión o exoneración previas—en caso que ya se hubiesen nombrado—y por remoción en caso de hacerse sospechoso durante el desempeño de la guarda. De nuevo, muy nítida, una línea de influencia de Partidas. Y termina con extensa regulación de las cuentas, con mayor desarrollo que en el Código francés; se especifica cómo deben hacerse, qué partidas deben estar documentadas, la responsabilidad y posible resarcimiento del tutor, la intervención del procurador síndico en ellas, etc.; también fija la remuneración del tutor entre el 4 y el 10 por 100 del producto anual de los bienes (60).

En suma, tras esta exposición de los preceptos de 1821, que no llegaron a vigor, nos queda la convicción de que GARELLI y los otros redactores no pretendieron separarse excesivamente del derecho de Partidas. Traen cosas del Código francés, detalles y mejoras, pero no su esquema fundamental. Sigue en el derecho tradicional y hemos de esperar a 1851 y 1889 para que la recepción del Derecho francés se haga plenamente en estas materias. La descripción de estas instituciones en el proyecto civil del trienio nos permite apreciar que no ha variado su esquema básico, ni tampoco ha importado la pieza central del sistema francés, el Consejo de familia. Edades múltiples, tutela separada de la curatela. Pero cabe percibir que la edad para la capacidad se va centrando en torno de los veinte años y, con esta edad más avanzada como fundamental, la curatela de los menores desaparece y queda relegada a institución para los incapacitados por su estado mental o sus costumbres de dilapidación o prodigalidad. Hay una amplia cuña de influencia francesa,

(59) *Proyecto...*, 1821, cita del artículo 431, sobre restitución art. 112 y siguientes; 127 y sigs.; 434 y sigs.

(60) *Proyecto...*, 1821, arts. 438 y sigs., 444 y sigs., 454.

siquiera se mantenga el espíritu y estructura de las viejas Partidas, que llevaban entonces cerca de cinco siglos de vigencia. Eran la normativa vigente para los autores del proyecto y, aunque ellos tengan espíritu y ánimos de una época nueva, no pueden olvidarlas, dejar de utilizarlas. En el preliminar se expresan así sobre las Siete Partidas y los otros cuerpos vigentes: "Sin duda se hallan en ellos muchísimas decisiones de justicia y de utilidad tan notoria e inalterable, que no podrían ser desatendidas, sino por la frivolidad o por el espíritu inquieto de innovarlo todo. La comisión se honrará prohibiéndolas; porque 'en las cosas que se hacen de nuevo debe ser catado en cierto la pro dellas, ante que se parta de las otras'. Para no dejar ilusorio este principio, la comisión hubo de entrar en el penoso examen de todas las leyes no derogadas. Esta operación prolija le dio resultados generales; y sin descender ahora a pormenores minuciosos se puede asegurar, que las bases político-legales de nuestras compilaciones son esencialmente distintas de las que la constitución ha sentado. Penetrada la comisión de estas verdades, que sólo indica, conoció que cualquiera sea el mérito de los códigos actuales, ninguno de ellos podía aplicarse al sistema constitucional, ni satisfacer la justa impaciencia del poder judicial, que suspira por la publicación de uno que le sirva de pauta y guía, ni ofrecer siquiera a la comisión un modelo de imitación" (61).

Pero parten de lo que está vigente. Por ejemplo, saben trasladar el sistema de varios tutores anterior al de uno solo. Sin forzamientos, con suavidad. El proyecto no reconoce más que un solo tutor—o curador—, pero "si hubiere muchos nombrados por los padres o si fueren muchos los parientes llamados a la tutela o curaduría, deben convenirse entre sí para designar la persona que haya de ejercer el encargo; y si no se convienen, se hace esta designación por el alcalde en unión con el regidor y procurador síndico más antiguos" (62). Pero admite que sean varios cuando los bienes se hallan dispersos en varios lugares, nombrándose para cada distrito y debiendo dar cuentas separadas cada uno de ellos al término de su gestión.

(61) *Proyecto...*, 1821, pág. 11.

(62) *Proyecto...*, 1821, arts. 419 y 420, 452. Véase P. 6, 16, 12 y la interpretación de J. SALA, *Ilustración...*, I, 71 y sig.

5. *Tutela y curatela en el proyecto de 1851.*

En el proyecto de 1851 se impone, definitiva, la influencia francesa. El anterior que he descrito, el de 1821 guardaba un cuidadoso equilibrio y, si recoge preceptos y soluciones nuevos, no cabe duda alguna de que la trama fundamental de su articulado conserva lo anterior. No innova demasiado. El proyecto de la comisión presidida por GARCÍA GOYENA, en cambio, da entrada franca a las influencias exteriores, en un intento de alcanzar un texto acompasado a la legislación mundial. Es una obra más meditada y reposada, más técnica; es un código hecho por quienes conocen y tienen a la vista los diversos códigos europeos, hijos y nietos del francés. Las *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, publicada por FLORENCIO GARCÍA GOYENA en 1852, nos muestra ese contacto directo con la legislación del mundo civilizado del momento, la cantidad de materiales tenidos a la mano, la intención de que el derecho patrio tradicional quedase subsumido en soluciones sacadas de muy diversos lugares, que, en general, responden al Código francés. El derecho patrio está anticuado y es múltiple—ya han surgido las reivindicaciones forales—, pero el derecho extranjero no puede introducirse, sin más, en la vida jurídica española. Por ello la orden de 12 de junio de 1851 (63) prevé un periodo de espera y consulta antes de publicar y aprobar el texto de la comisión. Y, después, quedará sin vigor, inútil, salvo en lo que sirve de paso o transmisión hacia el Código civil actual.

Nos interesa examinar su tratamiento de la tutela y la curatela, distinción que mantiene, a pesar del Código francés, como dos vehículos de protección para menores e incapaces, respectivamente. Como en el proyecto de 1821, establece la tutela para los menores de veinte años y para los incapacitados la curatela. La razón que pre-

(63) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 4 vols., Madrid, 1852, I, págs. 7 y sig. A partir de esta publicación se tendrá en cuenta por la doctrina aunque no esté vigente, por ejemplo, véase S. DEL VISO, *Lecciones...*, o B. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos...*

No he tenido en cuenta, por su carácter privado a P. GOROSABEL, *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos de derecho y leyes sueltas de esta nación*, Tolosa, 1832, 2.ª ed., Tolosa, 1846.

senta GARCÍA GOYENA es doble, a la hora de justificar la solución del proyecto, es decir, la separación de la tutela y curatela. Se basa en la supresión de la curaduría respecto de menores y, en consecuencia, dejarla sólo para los incapacitados. La razón o fundamento jurídico es doble; por un lado, precedentes del derecho nacional se refieren—Fuero Juzgo o Fuero Real—tan sólo a la tutela de menores, aunque se habían oscurecido por una práctica dimanada de Partidas y una teórica romanista que seguía centrada en la pubertad; por otro, que “el acortamiento de la menor edad por los citados Fueros y códigos—aquí hace ver que ha sido suprimida por todos los códigos afrancesados, con excepción del de Luisiana—es otro motivo para recomendar su desvío del derecho romano...” (64). En suma, el derecho patrio y el ejemplo de las nuevas codificaciones, al suprimir la curatela de menores autorizaría a prescindir de la distinción, pero el proyecto en lugar de unificar la terminología, como el Código francés o el español actual, prefiere—y no es tan desacertado como podría creerse—mantener la denominación de curaduría para los órganos de protección de incapacitados. Sigue, sin cita alguna, el proyecto de 1821.

El artículo 276 del proyecto de GARCÍA GOYENA establecía que “la mayor edad empieza a los veinte años cumplidos” (65). Ya estaba presente una edad unitaria para la capacidad civil de obrar, con algunas leves referencias en otros puntos a mayorías diversas, por ejemplo para matrimonio, consentimiento paterno, salida de la casa paterna para las hembras mayores, etc. (66). Pero se alcanza una edad unitaria central en el derecho español. Los redactores del proyecto—pulcramente—pasaron revista a las diversas soluciones de la codificación moderna y encontraron amplia variedad: los veintitún años del Código francés inspira a muchos, otros, también de influencia francesa, prefieren los veintitrés; algunos más antiguos—austriaco, prusiano, bávaro—llegan a veinticuatro o veinticinco, más cercanos al recuerdo romano. A la hora de decidir, opta por veinte, en que le acompañan los Fueros Juzgo y Real, el derecho de Aragón e, incluso, algunas costumbres francesas. Son, dice, “la

(64) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, pág. 184.

(65) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, art. 276.

(66) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, art. 142, art. 277, art. 273.

venerable autoridad de *Fueros verdaderamente españoles*" (67). A mi juicio, como tanto da un año más o menos, el aragonés GARCÍA GOYENA y la comisión, encontraban en esta edad la solución francesa con apoyos de derecho propio, castellano y aragonés. Lo importante fue el establecimiento de una edad sola y ésta, además, un tanto elevada respecto de la pubertad del romanismo clásico y justinianeo. Con ello pueden prescindir de la curatela de menores, participando de la unificación que se está realizando en toda Europa y América, por influencia de la Revolución francesa y la aparición de un nuevo derecho público; una edad unitaria y, en consecuencia, un solo vehículo para la protección del menor; sobra la tutela o la curatela. "La tutela y la curaduría—escribe GARCÍA GOYENA—han sido, son y serán siempre, en su fondo y esencia una misma cosa; sus motivos y objetos son los mismos, *la incapacidad y la beneficencia*... Así es que algunos códigos, como el francés, el napolitano y sardo han conservado las palabras *tutor y tutela* en la materia de este título, otros, como el de la Luisiana, bávaro, austriaco y prusiano, las han convertido en las de *curador y curaduría*, pero todos están acordes en el fondo" (68).

Todos, menos el propio proyecto, que mantendrá la curatela para los incapacitados. Veamos cómo estructura ambas instituciones. La tutela es la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado, ni sujeto a patria potestad. Se ejerce por un tutor único, que ha de aceptar necesariamente el cargo, auxiliado y controlado por el protutor y el consejo de familia, organismos nuevos ahora, afrancesados, por más que GARCÍA GOYENA quiera ver precedentes en el derecho anterior español (69).

(67) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, cita en pág. 265, ver las 263 y sigs.

(68) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, pág. 267.

(69) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias*..., I, arts. 171 y sigs., sobre medidas previas por el alcalde, 174 y sigs., el apoyo en Fuero Real y Fuero Juzgo, pág. 186, en F. R. 3, 7, 3 y F. J. 4, 3, 3.

La insistencia en el origen hispano—con todas las reservas—del consejo de familia se inicia en J. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular*, 2 vols., Barcelona, s. a., 2.ª ed., al referirse al Consejo de familia en el Alto Aragón, I, 48-80; en pág. 48 dice: «Tiénese comúnmente el Consejo de familia por institución de origen moderno, y aun ha sido atribuido a la revolución; pero le sucede a ésta lo mismo que a las demás instituciones de derecho: aquella que más nueva parece, ha pasado por un alumbramiento secular y dejado huellas de una larga infancia en la historia»; véase también, 59, 53 y sigs., 73 y sigs. Entre los historiadores del derecho, J. BENEYTO PÉREZ, *Instituciones*...

Las clases de tutela son las tradicionales, sin que se atreva a admitir la tutela del padre y la madre—estilo francés—, por considerarla depresiva de la patria potestad y contraria a la esencia de la tutela, que es subsidiaria, para huérfanos. La testamentaria es concretada por el padre y, en defecto, por la madre; nunca por un extraño, como en Roma o nuestro derecho de Partidas; por otro lado, la madre podrá hacerlo sólo en caso de que sea depositaria de la patria potestad, que puede perder por tener hijo ilegítimo o contraer segundas nupcias (70). En la tutela legítima la solución es intermedia entre el amplio llamamiento que hace Partidas a los parientes y la restringida de ascendientes del Código francés. Este, con mayor lógica, consideraba que, salvo ascendientes, masculinos, el consejo familiar que reunía a los parientes más cercanos podría y debería decidir quién era el más apto para conferirle la tutela. El texto de 1851, desde una postura ecléctica, amplía los llamamientos de la tutela legítima a los abuelos, paterno y materno, las abuelas, paterna y materna, y, por fin, los hermanos varones, con preferencia del doble vínculo y la mayor edad. Idéntica al Código civil actual (71). Por fin, la tutela dativa se establece—a falta de los anteriores o por su cese—por decisión del Consejo de familia. Se hallaba este formado por cuatro parientes, dos de cada línea, avunculados en el lugar o a distancia menor a seis leguas; entre ellos se cuentan los maridos de hermanas, mientras éstas vivieron. Todo ello, por razón del punto de origen de la importación, está extraído del Código galo, con menudas alteraciones. Son cuatro los parientes, la distancia de vecindad se alarga un poco, de los afines sólo son admitidos los cuñados, porque la afinidad es vínculo de menor fuerza que la consanguinidad. La razón de variar el número y ampliar la distancia, aclara el comentador GARCÍA GOYENA, es porque nuestro

I. 154 y 155 y sig. O entre los civilistas cercanos al código, C. VALVERDE y VALVERDE, *Tratado...*, IV, 579 y sigs.; con toda claridad lo vio, como totalmente ajeno al derecho hispano, Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil...*, V, 316, como «edificio construido de buena fe en terreno propio (Derecho civil común) con materiales ajenos»; y no admite las apreciaciones de GOYENA, sino más bien se quiso traer para que la familia tuviera mayor preponderancia que los extraños en sus propios asuntos, V, 336, y sig.; al parecer, tras el proyecto de 1851, se estableció también en la junta de parientes de la Ley de 20 de junio de 1862.

(70) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 177 y sigs., en relación con 175 y sigs., y 165 y sigs.; sobre la unidad de la tutela arts. 179 y 180.

(71) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 181 y 182.

país está menos poblado. El Consejo de familia, naturalmente, se regula siguiendo muy de cerca el modelo francés, tanto en las personas que serán miembros de él preferentemente, como en las formas de su convocatoria y funcionamiento (72).

En materia de incapacidades para la guarda—creo que el detalle no interesa—sigue muy directamente al Código francés, salvo en algunas, por ejemplo, el deudor de cantidades considerables al menor y alguna otra. Bien es verdad, que a la hora de comentarlas se cuida de hacer las referencias a Partidas y al derecho romano; no se olvide que el código de la Revolución francesa poseía también grandísima dosis de derecho romano en esta materia de incapacidades y excusas. Junto a las incapacidades—rompiendo la continuidad del texto francés—establece las causas de separación de la tutela, en forma más lógica, más técnica. Pero, con alguna modificación, están sacadas de él: podrán ser separados por el Consejo de familia, cuando no reúnan a éste antes de empezar la tutela, el testamentario y el legítimo; el que entre a desempeñarla antes de otorgar hipoteca legal o hacer el inventario, los que se conducen mal respecto de la persona o bienes del menor y los que, con posterioridad, son declarados inhábiles (73). La distinción entre incapacidades y causas de separación—remoción en Partidas—creo que remonta su sistemática a nuestro derecho tradicional. Las excusas, por su parte, puede afirmarse que están muy conectadas con el proyecto de 1821—que se cita, además, en el comentario para seguirlo en un punto—, si bien se vuelve a retomar el Código francés para completarlas y mejorar su redacción (74). La exposición de estas comparaciones que he ido haciendo a lo largo de estas páginas exigiría traer a doble columna el cotejo de los textos. Aunque lo he realizado, no creo que al lector le interese todo el detalle de la comparación y me contento con darle los resultados a que he llegado, resultados no definitivos, pero sí orientadores de las líneas de evolución del derecho de tutelas y curatelas. Intento sólo explicar los rasgos ge-

(72) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 190 y sigs., procedimiento, 194 y sigs. también 183 y sig. y 196 y sig.

(73) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 202 y sigs., procedimiento, 205 y sigs., sobre inventario e hipoteca, arts. 225 y sigs.

(74) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 220 y sigs.

nerales del cambio paulatino de estas instituciones en la legislación española, hacer ver el sentido que tiene la asimilación última de las dos instituciones, a la luz de unas nuevas concepciones de la mayoría de edad, por razones políticas o de derecho público, que pesan en modo decisivo sobre los movimientos codificadores de Francia, más directamente, y de España, por reflejo.

A este respecto, resulta iluminador el contemplar cómo en España sigue manteniéndose en estos años y hasta el siglo **xx**, una diferencia sustancial entre la edad política y la civil. Francia, en un esfuerzo de racionalismo liberal, ha señalado una edad de veintiún años para toda la amplitud de su derecho, público y privado. España no recoge esta idea central, unitaria. En materia civil se está intentando variar a través de los proyectos de 1821 y 1851, pero subsiste la edad de Partidas, o mejor las edades variadas. La codificación mercantil optó por los veintiún años franceses, la penal usó de otras edades. La idea de sencillez y de unidad, de coherencia, no parece encarnarse en las vicisitudes diversas de la codificación española. En materia política la divergencia era más curiosa. La Constitución de 1812 adoptó los veinticinco años, lo vimos. Era la edad civil entonces vigente. En adelante, los diversos textos políticos españoles—constituciones o leyes electorales—siguen esta senda marcada por los primeros liberales gaditanos. En civil, en los proyectos, se está debatiendo el tema de la edad, pero las disposiciones políticas no parecen tener ningún interés en rebajarla o en unificarla. Solamente en la época de la primera República española, a pesar de no existir un Código civil aprobado, parece verse clara la importancia de una unificación en la edad. Los textos de aquella época, la constitución de 1869 y la ley electoral de 1870, requieren para ser elector el ser “mayor de edad”, o que se hallen en pleno goce de los derechos civiles, conforme a la legislación de Castilla. Idéntica tendencia puede descubrirse en la constitución de 1876, tras la Restauración, o en su primera ley electoral. Pero pronto se vuelve a los veinticinco años, que no se modificarán ni con la aparición del Código civil. Cuando CÁNOVAS concede el sufragio universal en 1890 también toma esta edad. Seguramente no le convenía a los conservadores el voto de los que se hallaban entre los veinti-

trés y veinticinco (75). Mas volveré al examen del proyecto de 1851, en materia de tutela.

En la administración tutelar sigue al Código francés y sus derivados, procurando GARCÍA GOYENA hacer ver en sus comentarios que sus soluciones no están muy lejos del derecho romano y de nuestras leyes patrias. El tutor cuida de la persona del menor y le representa en todos los actos civiles. Le alimentará y educará conforme a su clase y fortuna, fijando el Consejo de familia estos extremos, así como el destino que debe darse al sobrante de sus rentas (76). Los actos de enajenación y gravamen de inmuebles requieren especial y detallado permiso del consejo, se venden en pública subasta y se refrendan por el juez de primera instancia, oído el ministerio público—como en el francés—. El tutor no puede adquirir bienes del menor, ni en éste ni en ningún otro caso. Además, se le ponen cortapisas para los arrendamientos, particiones, retirar capitales invertidos, recibir cantidades, aceptar o renunciar herencias y legados, donaciones, gastos extraordinarios, transacciones, demandas, et-

(75) La edad política de veinticinco años campea por todos nuestros textos políticos y electorales, puede verse en el Real Decreto de 20 de mayo de 1834, en el art. 5 del Estatuto Real de 1834, en los arts. 4, 44 y 70 del Real Decreto de 24 de mayo de 1836, en el art. 23 de la constitución de 1837, en el art. 7 de la Ley electoral de 28 de julio de 1837, en el art. 22 de la constitución de 1845, en los arts. 4 y 14 de la Ley electoral de 18 de marzo de 1846, en el art. 1 del proyecto de Bravo Murillo sobre organización del Senado, en el art. 33 de su proyecto para elecciones de diputados a Cortes, art. 26 de la constitución de 1856, en los arts. 8 y 15 de la Ley electoral de 18 de julio de 1865, en el art. 1 del Decreto de 9 de noviembre de 1868, concediendo el sufragio universal, en el art. 4 y en el 11 de la Ley electoral de 20 de julio de 1877, en los arts. 7 y 15 de la de 1878, en los arts. 1 y 3 de la Ley electoral de 1890—que concede el sufragio universal—, y en los arts. 1 y 4 de la Ley electoral de 8 de agosto de 1907. En cambio, parecen querer unificar con legislación civil el art. 66 de la constitución de 1869, que dice «mayor de edad», la Ley electoral de 23 de junio de 1870 dice «que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles», así como los hijos de españoles que sean mayores de edad conforme a la legislación de Castilla, así como—tras la Restauración—la constitución de 1876, en su artículo 29 sigue diciendo «mayor de edad» y su primera Ley electoral de la misma, en su art. 3 se referirá a la legislación de Castilla. D. SEVILLA ANDRÉS, *Constituciones...*, I, 254, 271, 298 y sig., 328; 339; 374; 383 y sig.; 403; 466; 505 y 507, 511, 625 y 627, 631 y 632, 635 y sig. La otra tendencia puede verse en los textos citados, páginas, 532, 545, 604 y 614. En todos estos textos aparecen otras edades, para ser senadores o bien a veces para ser diputados, más elevadas, que no interesan al problema.

El problema no se solucionó, mientras que el Código suizo adaptó la edad política para lograr la unificación, según J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios...*, II, 754.

(76) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 218 y sigs., art. 228.

cétera. En numerosas ocasiones interviene en estos y otros casos el protutor, en especial cuando existe oposición de intereses con el menor (77). Se modifican detalles, soluciones a veces, pero siempre dentro del esquema legal del más viejo e importante de los códigos liberales europeos: el Código de Napoleón. La remuneración del tutor, en cambio, es una aportación hispana; **Fuero Juzgo** y **Fuero Real** señalaron una décima parte de las rentas anuales, frente a la gratuidad romana; el Código francés calló y algunos de sus descendientes admitieron un premio o indemnización, sin fijar cuanto, mientras el proyecto de 1821 concretaba entre el 4 y el 10 por 100 de las rentas de los bienes. Pues bien, el de 1851 le siguió, rebajando el tope máximo a un 8 por 100, pudiendo fijarlo los padres en el testamento y, en su defecto, el Consejo. Todos sabemos cómo ha quedado en el código actual (78).

Después un solo artículo se refiere a la extinción de la tutela, en un epígrafe propio que no existía en el Código francés. Sin embargo, no añade apenas nada al contenido de la institución. Es una mejora de sistemática, como cuando distingue entre incapacidades y causas de separación de la tutela. Es un recuerdo de aquella parte tan extensa dedicada en Partidas a la remoción y de un epígrafe del proyecto de 1821. En suma, es un artículo auxiliar, como son las definiciones o estos que ordenan mejor la materia ya tratada desde otros puntos de vista, asegurando mejor una sistemática. "Acábase la tutela—dice—: 1.º Por muerte del tutor, su separación o excusa superviniente declarada legítima. 2.º Por muerte, emancipación, adopción, mayoría de edad y casamiento del menor, salvo en este último caso, lo dispuesto para los que no hubieren cumplido los dieciocho años..." (79). Y termina el proyecto sus disposiciones con las cuentas de la tutela y su rendición, también muy atendidas en el anterior proyecto como en el Código francés, a los que sigue. Debe darse en plazo de dos meses del término de la tutela, al menor, sus representantes o al tutor que le sustituya. Anualmente debe darlas al protutor, que las eleva al Consejo de familia si existe alguna cosa que llame su atención. El tutor anticipa gastos y se resarce después,

(77) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 229 y sigs., arts. 185 y sigs.

(78) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, art. 253. Véase la nota 28.

(79) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, art. 254

repara daños y responde de su gestión. Puede llegar a un convenio o arreglo en las cuentas y, en otro caso, el saldo de ellas produce interés; las acciones, en general, prescriben a los diez años de terminada la tutela (80).

Por su parte, la curaduría se da al mayor de edad incapaz de administrar sus bienes, en concreto al loco o demente, al sordo-mudo que no sabe leer ni escribir, al pródigo y al que está sufriendo interdicción civil. Se establece el procedimiento para solicitarla (81). El mantenimiento y la estructura de esta institución depende del proyecto de 1821, pues se separa bastante del Código francés. Pero mantiene su orden diverso para locos y dementes y para pródigos, introduce el Consejo de familia y el curador-adjunto, semejante al protutor. Pero la fuente para conservar la dualidad entre tutela y curatela es el proyecto de 1821; sin embargo, entonces, se colocó la tutela testamentaria sobre la legítima y la dativa, mientras en 1851 el orden sería: legítima del cónyuge, hijos y padres entre sí y, a continuación, la testamentaria de los padres, quedando, por último, la dativa del Consejo de familia. Respecto de los pródigos, llama primero a los padres y después, confiere al Consejo la facultad de designar al tutor. Por lo demás, artículos de referencia de los pródigos a la curatela de locos y dementes, de ésta a la tutela, nos indican que esta materia no llegó a estructurarse del todo, completa (82). No es, pues, ilógico que el Código civil actual en un intento de simplificación y haciendo más caso del Código francés, optase por una solución distinta englobando toda la materia en la tutela. Me pregunto ¿era viable haber conservado esta solución de 1821 y 1851, separando tutela y curatela, para menores e incapacitados? Ambas estaban muy cercanas ¿por qué dejarlas separadas?

Pero, creo que estas últimas consideraciones pueden hacerse mejor en el siguiente epígrafe, al ocuparme del código actual y de la conclusión de estas páginas.

(80) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 255 y sigs. Prescindo de estas instituciones referidas a hijos naturales, en los arts. 267 y sigs.; en nuestro derecho anterior, P. 4, 16, 8. Su falta en el *Code*, V. MARCADE, P. PONT, *Explication...*, II, 195.

(81) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 278 y sigs.

(82) F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias...*, I, arts. 292 y sigs., 299 y sigs. Véanse las referencias en los arts. 299 y 307.

6. *Últimas consideraciones sobre la solución del Código civil actual.*

Tras unos tanteos—unos proyectos—la legislación civil española alcanza su código en 1889. La Ley de bases de 1888 facilitó un cauce predeterminado para la confección del Código civil de 1889, y aunque hubo que hacer dos ediciones, pues no convenció la primera a las Cortes, se llega a la aprobación del primer Código civil liberal en España (83). Veamos qué significa respecto de las Instituciones de protección de menores e incapacitados; veamos cómo une la curaduría a la tutela, estructurando en una sola figura toda la guarda de menores e incapaces. Como es de esperar no describiré la regulación del código vigente, que está en la mente—o al fácil alcance—de cualquiera. Me limitaré a comentar la meta final de la unión de instituciones, que venía preparándose, que estaba ya en el Código francés (84).

Por de pronto, el código actual no podía hacer marcha atrás. Cada tiempo exige unas soluciones y los redactores no podían sentir agrado en una vuelta a Partidas. Además, la mayoría de edad se establecía en los veintitrés años y, por tanto, no quedaba lugar para una curatela de menores. Era una edad unitaria y tardía. Se optó, con un criterio de transacción por situar la capacidad plena en los veintitrés años, siguiendo, al parecer la Ley de 20 de junio de 1862, que había usado de ella para fijar límites del consentimiento paterno. Se recibe en la base 8.^a de la Ley de 1888 y, sin discusión en Cortes, pasa aprobada para redactar el código (85). Para los meno-

(83) Sobre la aprobación del Código civil vigente puede verse, F. DE CASTRO, *Derecho civil...*, I, 193 y sigs.

(84) Sin embargo, la solución del Código es muy diferente de la francesa, posee una intención de mayor unión, pues en el *Code*, se estructura para menores, primordialmente, se adapta un tanto para interdictados y se deja fuera del mecanismo a los pródigos. Lo hemos visto.

(85) El artículo primero de la Ley de 20 de junio de 1862: «El hijo de familia que no ha cumplido veintitrés años y la hija que no ha cumplido veinte, necesitan para casarse del consentimiento paterno». Sobre esta materia en época anterior Nov. 10, 2, 9 y siguientes, extensamente; sistematizadas en J. SALA, *Ilustración...*, I, 26 y sigs. En la Ley 18 aparece la cifra de 23, para las mujeres, creo que por primera vez en nuestro derecho, en cuestión de edades.

La aludida Base 8.^a empezaba así: «Se fijará la mayor edad en los veintitrés años para los efectos de la legislación civil...». Naturalmente no afecta a los

res, por tanto, bastaba la tutela. Y en la configuración de ella, en sus soluciones se adoptaba el esquema fundamental del proyecto de 1851, con nueva consulta del Código francés y otros europeos. En general, la tendencia sería de simplificar la minuciosidad y extenso detalle del proyecto de 1851, variar algunas de sus soluciones.

Respecto de los incapacitados se renuncia a hablar de curatela. Son también tutelas las del loco o la del pródigo. La variación terminológica permitía construir en un solo bloque toda la institución de la tutela; respetando diferencias—piénsese, por ejemplo, en la de pródigos—, pero con una estructura unitaria. La solución parece, al pronto, más sencilla, más técnica. Pero también presentaba como problema el unificar situaciones y realidades muy distintas. La simplificación siempre corre riesgo de crear soluciones que no sean bastante adecuadas—flexibles—para la realidad. En todo caso, sería cuestión a dejar a los civilistas que se preocupan de la teoría y práctica de estas instituciones el dictamen sobre la unión. A mí me basta con hacer ver el camino hasta ella. En conjunto, el Código español logra en la tutela un tratamiento unitario de variadas situaciones análogas, una construcción más unitaria incluso que la del Código francés.

En general, los autores más inmediatos a la promulgación del Código civil no alaban demasiado la construcción nueva. SÁNCHEZ ROMÁN, por ejemplo, dirá que “subsiste todavía en el código cierta desordenada variedad”, en materia de tutela y se lamenta de que no se haya conservado la curatela con un sentido transitorio y menor, sin haberla incluido en todo el aparato orgánico de la tutela (86). VALVERDE hará ver que con otro nombre—administrador—, y aun a veces con el mismo de curador se ha mantenido en otros lugares del código protectores limitados, que ya no era posible hacer

territorios forales. Su discusión en Cortes, con una enmienda que no le afectaba en *Diario 1887-1888*, V, 2.157 y apéndices 15.º, 2.335 y sig. La cuestión no le parece decidida a algún autor, que propone dejar 23 para varones y exigir 25 para hembras, A. COMAS, *Proyecto de reforma del Código civil español*, 6 vols., Madrid, 1895-1900, art. 362, pág. 103.

(86) F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, V, 1.309, 1.313 y sig., se plantea tres cuestiones fundamentales acerca de si se hace bien al introducir en el amplio organismo los casos menores, si se ha logrado, en verdad, ensamblar la institución y—la tercera—si es clara, sistemática y expedita; en general, se muestra reticente.

entrar en la institución de la tutela (87). En general, siempre se ha visto la tutela un tanto demasiado francesa, un tanto demasiado complicada. La práctica, por lo demás, sólo parece encontrar trabas y formalismo en las disposiciones destinadas a la tutela. Pero—re-pito—no me corresponde hacer estas valoraciones. Nos encontramos en una etapa de síntesis y construcción compleja de la tutela para incapacitados y para menores de veintiún años huérfanos y no emancipados, que es nuestro Código civil vigente. El futuro seguirá completando—en el tiempo—esta evolución, cuyo último paso fue en 1889. Las instituciones civiles, es evidente, cambian con ritmos lentos, seculares.

MARIANO PESET REIG.

(87) C. VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado...*, IV, 553, hace ver que se han dejado instituciones muy similares—administradores, curador en algún caso—fuera del mecanismo general de protección en los arts. 70, 73, 129, 165, 317, 324 y 1.794. Esto mismo ocurría en *Proyecto...*, 1821, arts. 85 y sigs.; o en el de 1851, arts. 310, 331, 396, 82, 83, etc.

Puede verse la crítica de la unión, en J. M. MANRESA NAVARRO, *Comentarios...*, II, 193 y sigs.; Q. MUCIUS SCAEVOLA, *Código...*, V, 339 y sigs. Sin embargo, A. COMAS, *Proyecto de reforma...*, III, 167 y sigs., en los arts. 579 y sigs., seguirá cauces similares, con la especialidad de restaurar la curaduría, véase artículos 379 y sigs., III, 105, 108.