

Esta terminada este capítulo, debo advertir que en las herencias de intestado en que constare haber herederos que puedan entrar de de luego en posesion y que de la herencia no deben intervenir jueces eclesiasticos ni seculares, sino que se entienda que en la herencia, a fin de no ser en los terminos y casos prevenidos por la ley 13 tit. 20 lib. 10 de la Nov. teniendole dichos herederos la obligacion de haber de enterrar, expiar y demás rituales segun lo establecido en las leyes donde ha sido el ducado, la cual da de la herencia y calidad y puesto del heredero. Si hubiere omision en esta por parte de los parientes del finado, los herederos, debers el juez de paz, o el juez de primera instancia competente a ello, mande sin necesidad de intervenir los jueces, ni hacer ninguna otra gestion sobre la herencia. Ley 14 del tit. 7 lib. 10.

Pero si los herederos son menores y no tienen tutor que pida o forme el inventario, o teniendolo este ausente, podra la autoridad judicial nombrar a otro y previene el Sr. Mariscal mandando hacer el inventario de oficio, entregando despues los bienes a los herederos y tutor o curador de estos sin deducion de ninguna especie de todo habido. Ley 15 del tit. 7 lib. 10.

FIN DE LA TERCERA PARTE

## COMPENDIO RAZONADO

### DEL DERECHO DE TESTAR

CUARTA PARTE.

Ó SEA

#### DE LOS TESTAMENTOS A LA LUZ DE LA FILOSOFIA

#### PARTE CUARTA.

#### CAPITULO I

DERECHOS PÓSTUMOS DE LOS PADRES.

DERECHOS PÓSTUMOS DE LOS PADRES;  
TUTORES Y CURADORES; SUSTITUCIONES; ALVAREAS; COLACION, PARTICION, INVENTARIOS Y MODO DE ELEVAR Á INSTRUMENTO PÚBLICO LOS TESTAMENTOS CERRADO Y VERBAL.

La potestad de con- siderarlo; pues al- tad se estiendo de hecho y de derecho, mas allá de la muerte del jefe doméstico ó padre de familias; y debe estenderse igualmente mas allá de la vida del ministro del mismo poder, ó sea de la madre; pero el derecho civil, quizá conforme y

COMPENDIO RAZONADO

DEL DERECHO DE TESTAR

Ó SEA

DE LOS TESTAMENTOS A LA LUZ DE LA FILOSOFÍA

PARTE CUARTA.

DERECHOS PÓSTUMOS DE LOS PADRES;  
TUTORES Y CURADORES; SUSTITUCIONES; ALVA-  
REAS; COLACION, PARTICION, INVENTARIOS Y MO-  
DO DE ELEVAR A INSTRUMENTO PÚBLICO  
LOS TESTAMENTOS CERRADO Y VERBAL.



CUARTA PARTE.

Derechos póstumos de los padres; tutores y curadores; sustituciones, alvaceas; y por último, colacion, particion inventarios y modo de elevar á instrumento público al testamento cerrado. En otros tantos capítulos trataremos esta parte cuantas son las materias que acabamos de nominar.

CAPÍTULO I.

DERECHOS PÓSTUMOS DE LOS PADRES.

**Y** A hemos definido antes, qué es patria potestad; cuantas y cuales son sus especies ó modos de considerarla; pues ahora decimos que esta patria potestad se estiende de hecho y de derecho, mas allá de la muerte del gefe doméstico ó padre de familias; y debe estenderse igualmente mas allá de la vida del ministro, del mismo poder, ó sea de la madre; pero el derecho civil, quizá conforme y envuelto en

las ilusiones quimeras y ficciones caprichosas y nada adoptables á las ideas de la época y tendencias del siglo, del derecho romano, casi nada concede á las madres para despues de la muerte, en favor de la conducta y suerte de sus hijos, sino con apoyo del juez. ¡Como si la prevision del amor materno fuera menos desconfiada y segura que la del paterno! Persuade mas y mas esto, si consideramos que tanto el padre como la madre tienen patria potestad; y que los derechos póstumos de los padres son efectos lógicos y naturales de dicha patria potestad. Que ambos padres tienen patria potestad, lo convence el precepto divino de „honrarás á tu padre y madre.” que se encuentra repetido en el Exodo versos 12 y 20, Deuteronomio 5 y 16. Mateo 15, 4 así como en el Eccls. 3 v. v. desde el 8 hasta el 18. Donde se encuentran marcadas las penas, castigos de no cumplir con dichos preceptos. Estos divinos preceptos no son mas que los naturales, publicados por la recta razon é impresos en el corazon del hombre; pero que reciben el nombre de positivos divinos por ser republicados por medio de la revelacion; de cuya materia no nos es dado ocuparnos ahora por ser objeto de otra ciencia, que quizá algun dia estudiaremos.

En otro lugar probamos que la patria potestad emanaba y tenia por fundamento las relaciones del padre con sus hijos y muger; y esto nos servirá ahora para convencernos mas y mas de que siendo relaciones esenciales no pueden dejar de existir respecto á la madre, tan solo porque es muger: que por tanto, aunque el derecho civil actual y sobre todo el nuestro, no reconozcan en la madre la patria potestad, ni como consecuencia de esta, los derechos póstumos de aquella, tiene tambien dicha patria potestad y sus efectos ó sean derechos póstumos. De manera que no habria como establecer una igual

indemnizacion en un punto en que la naturaleza habia establecido una igualdad de penas, de cuidados y de afectos. La ley en este caso, repararia con una disposicion tan equitativa la injusticia de muchos siglos; haciendo entrar á la madre por la primera vez en la familia, como ministerio de ella, y reintegrándola en el goce de los derechos imprescriptibles que tiene por la naturaleza misma, y que tanto tiempo ha contrariado el derecho civil, como dice J. Gauhur.

Los poderes omnímodos, absolutos y sin reglas de conducta, darian por resultado la destruccion de la sociedad en que se ejercieran teniendo que constituirlos bajo el mismo aspecto. Por lo mismo, y para evitar éstos males, el poder de la madre, está subordinado al del padre; no obstante tener el mismo origen, la generacion, el mismo fin, la felicidad de los hijos; el mismo objeto; el establecimiento de ellos en la sociedad, los mismos medios de lograrlo, la crianza, la conservacion y educacion de los hijos mismos. Y nada de esto serviria si no tuvieran padres é hijos reglas á que sujetarse; independientes del cariño de la preocupacion y sentimientos mal dirigidos; mas no faltan dichas leyes en esta sociedad; y son sus mayores salva guardias, la moral que los regula; la religion que los consagra; y la ley que los reconoce, garantiza y reglamenta. Esta ley es la natural y las civiles ó aplicaciones de aquella. Probado, como queda, el origen de la patria potestad y el de los derechos póstumos de los padres, como efectos de aquella; solo nos falta, para completar esta materia, explicar; ¿en qué consisten estos derechos? Lo sabremos en los siguientes párrafos.

§ I.

¿EN QUÉ CONSISTEN ESTOS DERECHOS PÓSTUMOS?

El padre, determinado por el impulso de la naturaleza, quiere hacer caminar su influjo tanto como sus previsiones y sus afectos; y ya que no le es dado dirigir á sus hijos, hasta el momento de establecerlos, elige un digno sucesor entre las personas que mas intimamente se le allegan por los vínculos de la naturaleza ó de la sociedad, y entre quienes distingue aquellas cualidades y prendas que garanticen la mas caracterizada confianza que un hombre puede hacer de otro hombre. El padre, nuevo Jacob, bendice al morir á sus hijos; pero necesitan por su edad y lo escabroso del camino que van á recorrer, á que llaman vida, un mentor que pueda precaverles los peligros, y mostrarles el verdadero camino de la felicidad temporal y eterna, y este mentor, lo encuentra y nombra el padre de entre sus mas íntimos amigos. Esta persona recibe el cargo de desempeñar al padre para atender á la conservacion, educacion y establecimiento del hijo. Esta inspección y gobierno es toda de proteccion y seguridad; esto forma las atribuciones de estas personas; y por estas razones, el que ejerce tales cargos, recibe el nombre de tutor. Por esto la ley ha dicho que „tutela es guarda que es dada al huérfano libre menor de catorce años; é á la huérfana menor de doce.“ El derecho de nombrar tutor á los hijos, fundado, como acabo de decir, en los afectos paternales, y las necesidades imperiosas de la infancia, es, un derecho de la naturaleza; y por esto le vamos á ver, reconocido y garantizado por la ley civil.

El tutor, aceptado el cargo, contrae las obligaciones de un padre; por lo que, está sugeto á la imputacion moral en el fuero de la conciencia y á la civil, ante los tribunales del estado; en confirmacion de todo esto consultése el último párrafo del cap. 2.º de la sucesion del derecho social de Ahrens, en su obra de Filosofía de Derecho.

Los derechos póstumos consisten, pues, en la facultad natural que tanto el padre como la madre, tienen de nombrar, tutor, ó curador á sus hijos; cuando á ellos no les es posible llevar á efecto por sí mismos, todo lo relativo á la conservacion, educacion y establecimiento de los repetidos hijos. Esto dicen los principios; pero el derecho civil, la aplicacion de estos principios ¿qué dice? Segun él ¿pueden tanto el padre, como la madre, nombrar tutores, y tienen estos el mismo valor? ¿Cuántas clases hay de tutores? ¿Quiénes pueden serlo? ¿Puede alguno dejar de serlo; y porqué motivos? ¿Cuáles son los derechos y deberes de los tutores y curadores? ¿Cuáles los de los tutoreados, ó curados? ¿Cuándo cómo y porqué pueden dejar de serlo? He aquí las cosas, cuyo indispensable estudio nos aclarará todo lo relativo á estos derechos póstumos de los padres, en el fuero civil.

PARTE PRIMERA

Ante todo es preciso definir qué es tutor y qué es curador. Y luego sabremos quien puede nombrarlos. Tutela es segun la ley 1.º tit. 16 part. 6.º, la guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años é á la huérfana menor de doce. Curatela es conforme á la ley 13 tit. 16 part. 6.º, „La que se dá al huérfano; libre, mayor de catorce años y menor de veinticinco; y á la huérfana mayor de do-

de años y menor de veintitres: ó aunque mayores de estas edades, pero que tengan alguno otro impedimento, como locos, fatus &c."

El fundamento de la tutela es la patria potestad, y por lo mismo, como las leyes 1, 3 y 5 solo al padre conceden la patria potestad, se infiere lógicamente, que solo ellos tienen la facultad; de nombrar tutor á sus hijos; mas no las madres; pero yo tengo probado que ambos padres tienen dicha patria potestad; y por tanto debe inferirse, que ambos tienen facultad de nombrar tutores á sus hijos. Lo mismo de-

bo decir de los curadores; y de unos y otros; que cuando el padre nombra dicho tutor en testamento, á sus hijos legítimos no necesitan confirmacion del juez; pero si, si lo nombra á sus hijos naturales. Leyes 3 y 8 tít. 16 part. 6. La madre tambien nombrará tutor á sus hijos legítimos ó naturales; pero este nombramiento para llevarse á efecto necesita, primero confirmacion del juez; y segundo, que el hijo sea instituido heredero; pues del otro modo no debe ni puede nombrarlo; y si lo hiciere será tenido por tutor testamentario, solo confirmando el juez; pues en rigor, segun la ley, solo tienen valor dichos nombramientos, habiendo autorizacion del juez. Ley 6 tít. y part. citada. Lo mismo debe decirse del curador; pues ni el padre puede hacer

que tenga valor su reputacion; sino que le viene de la autoridad del juez y esto aun siendo testamentario dicho curador, ¿y qué sucede con esos derechos que tienen ambos padres por la naturaleza para hacer tales nombramientos ¿guste ó no al juez? Que como otros muchos son ultrajados.

Como acabamos de ver, el juez debe discernir, confirmar la tutela; sin cuyo requisito nada pueden hacerlos tutores; y si lo hacen no valdrá: exceptuandose de esta disposicion general, los tres casos siguientes: 1.º La tutela que dé el padre en su tes-

tamento á sus hijos legítimos, la cual no necesita confirmacion, como lo dije antes: 2.º La tutela confiada á la madre ó abuela; pues estas son tutoras por naturaleza; y en esto se diferencian de los demás tutores, y 3.º cuando el testador, ordena en su testamento ú otra disposicion válida que sin decreto judicial pueda el tutor mezclarse en la administracion, porque la voluntad de aquel debe observarse euando no es opuesta á la ley. Leyes 4, 6 y 8 tít. 16 part. 6.

Hemos visto que la madre, por naturaleza tiene la patria potestad, subordinada á la del marido si vive, independiente si ha muerto; pues bien; esto prueba lo que dictan los principios filosóficos del derecho, y lo que la ley civil ha ordenado, consecuente á las preocupaciones, ignorancias y poco adelantamiento en las ideas, del tiempo en que ha sido dada. En consecuencia, el padre y la madre en virtud de sus relaciones con sus hijos, ó sea, de su patria potestad pueden y deben nombrarles tutores y curadores á sus hijos, y esos cargos no necesitan confirmacion.

PARTE SEGUNDA.

¿CUÁNTAS SON LAS ESPECIES DE TUTORES Y CURADORES?

El mismo derecho y la misma obligacion que tienen los padres para dar sus bienes á sus hijos, en virtud de sus relaciones y para el establecimiento de estos; ese mismo tienen, como queda dicho, para nombrarles tutor y curador que acaben de educarlos y establecerlos. Y asi como cuando no testa el padre, ni nombra tutor ni curador, ni la madre, á sus hijos, la ley llama á aquellos á quienes ya por razones naturales ó de congruencia conviene poner de here-