

ignarus conditionis ejus, ha servido de fundamento al Código civil, que establece, que las nulidades á que nos hemos referido solo pueden ser alegadas, ya como accion, ya como excepcion, por el mismo incapacitado ó en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que hayan dado al tiempo de otorgar la obligacion, ni por los mancomunados en ella; y que la accion para pedir la nulidad prescribe en los mismos términos que prescriben las acciones personales ó reales, segun la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende. (Arts. 516 y 517, Cód. civ.) (1)

Sin embargo, ni los menores de edad ni los pródigos pueden alegar las nulidades á que nos hemos venido refiriendo, en las obligaciones que hubieren contraido sobre materias propias de la profesion ó arte en que sean peritos; ó cuando los menores han presentado certificados falsos del Registro civil, para hacerse pasar por mayores; pues la ley ha querido proteger á los incapaces en los actos que por su estado pueden perjudicarles, pero no en aquellos en los cuales no solo tenian un perfecto conocimiento, sino hasta pericia proveniente de la profesion ó arte que poseen; ni en aquellos en que obrando dolosamente, léjos de ser engañados, se han convertido en engañadores.

VI.

De la tutela testamentaria.

Se llama tutela testamentaria aquella para cuyo desempeño es nombrado el tutor en testamento.

Si hay algun consuelo para el padre moribundo que deja á sus hijos en tierna y peligrosa edad, es sin duda alguna el poder que tiene de elegir entre sus parientes ó amigos, la persona que por su inteligencia y probidad le inspire mayor confianza, para encomendarle la guarda de las personas y de los bienes de esos hijos.

Y si la voluntad del que muere merece respeto, esta última mani-

(1) Artículos 424 y 425, Código civil de 1884.

festacion de la ternura paternal la reclama mayor, porque tiene por objeto el bien de séres débiles que quedan en la orfandad, y porque el ejercicio de ese derecho de eleccion no es más que la consecuencia justa del de patria potestad.

Por este motivo, ha sido consagrada esa prerrogativa tomada del derecho Romano y trasmitada á la legislacion de las Partidas, por el artículo 526 del Código civil, que declara, que los que ejercen la patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, á aquellos sobre quienes la ejercen, incluso el desheredado y el póstumo. (1)

Si es cierto que este precepto consagra un derecho, que no es más que la consecuencia del ejercicio de la patria potestad, es consiguiendo que la ley se lo otorgue á todos aquellos individuos que la ejercen, sobre las personas que están sometidas á ella, sin distincion alguna de sexo ni edad, así como tampoco hace distincion alguna al sancionar el derecho que la naturaleza otorga al padre y á la madre para el cuidado de sus hijos y la administracion de sus bienes; pues ese derecho lo adquieren no por su edad, sino por el hecho solo de ser padres, que les obliga al sublime sacerdocio de la paternidad.

Tal es la razon por la cual tienen tambien "los que ejercen la patria potestad, el derecho de nombrar tutor testamentario al desheredado y al póstumo; pues la circunstancia de haberse visto el padre en la dura necesidad de castigar las faltas del hijo con la desheredacion, no le priva del ejercicio de aquel derecho; y el póstumo, aunque no ha nacido, y por lo mismo, pudiera decirse que carece de capacidad jurídica, se considera como ya nacido en virtud de que se trata de su beneficio, y del artículo 12 del Código civil, segun el cual, desde el momento que un individuo es procreado, entra bajo la proteccion de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el mismo Código. (2)

Los términos del precepto á que nos referimos nos obligan á deducir la siguiente conclusion. Si la facultad de nombrar tutor testa-

(1) Artículo 428, Código civil de 1884. Se suprimieron en este precepto las palabras relativas al hijo "desheredado," porque esta distincion no puede existir, supuesta la libre testamentificacion sancionada por aquel ordenamiento.

(2) Artículo 11, Código civil de 1884.

mentario es una consecuencia del ejercicio de la patria potestad, es evidente que no puede disfrutarla la madre mientras viva el padre.

La razon es obvia, porque correspondiendo á la madre el ejercicio de la patria potestad en defecto del padre, no puede disfrutar de los derechos y facultades que le son inherentes, sino cuando por muerte, interdiccion ó ausencia declarada de aquel, es llamada por la ley al ejercicio de aquella potestad.

En ésta materia, el Código ha introducido una importante reforma á los principios establecidos por la ley 6^a, tít. 16, Part. 6^a, segun la cual, la madre podia nombrar tutor testamentario á sus hijos huérfanos de padre, pero á condicion de instituirlos sus herederos, y si no llenaba este requisito, aunque los instituyera sus legatarios, perdía esa facultad.

El Código no impone tal condicion, y solo exige que la madre se halle en el ejercicio de la patria potestad para que pueda nombrar el tutor.

Sin embargo, la ley autoriza tambien en los casos siguientes el nombramiento de tutor testamentario por las personas que no ejercen la patria potestad:

1.º Cuando alguno deja en su testamento bienes, sea por herencia, sea por legado, á un incapaz que no está en su patria potestad, ni en la de otro, puede nombrarle tutor solo para la administracion de los bienes que le deja. (Art. 527, Cód. civ.) (1)

2.º Cuando se trata de los hijos espúrios, pues el padre puede nombrarles tutor testamentario para la administracion de los bienes á que conforme á la ley tengan derecho. (Art. 528, Cód. civ.) (2)

3.º Cuando el padre ejerce la tutela de un hijo sujeto á interdiccion por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela. (Art. 536, Cód. civ.) (3)

La prueba de afecto que dá el extraño al dejar toda su fortuna ó

(1) Artículo 429, Código civil de 1884. En este precepto se refundieron los artículos 527 y 529 del Código de 1870.

(2) Artículo 430, Código civil de 1884.

(3) Artículo 437, Código civil de 1884.

parte de ella á un incapaz, hace presumir en él acierto en la eleccion de la persona que debe cuidar de la administracion de los bienes.

«Es sin duda muy justo, dicen los redactores del Código civil, que el que hace un beneficio á un menor, tenga derecho de proveer á la conservacion de los bienes que deja, ya para que el mismo heredero no los dilapide, ya para que los que le representen, no los conviertan en su propio provecho.»

La ley ha querido respetar en todo caso el derecho de patria potestad, y por tal motivo, no concede al extraño que instituye su heredero ó legatario á un incapaz, la facultad de nombrarle tutor testamentario, sino cuando, hallándose fuera de la patria potestad, está sujeto á tutela; pues en tal caso ningun respeto le obliga á tener confianza en el tutor.

Pero aun así, el nombramiento del tutor solo surte efecto en cuanto á la administracion de los bienes que el testador deja en su testamento al incapaz, y de ninguna manera en cuanto á la guarda y vigilancia de su persona.

Las mismas razones militan respecto del nombramiento del tutor que administre los bienes dejados al hijo espúrio, y cuando el testador es un menor no emancipado que carece de herederos forzosos; pues si tiene la libre disposicion de sus bienes y ejerce un acto de liberalidad, justo es que se le permita nombrar persona que cuide de la conservacion de los bienes que deja, mientras el incapaz se halla en aptitud de administrarlos. (Art. 529, Cód. civ.) (1)

En cuanto al tercer caso, debemos advertir que la madre goza tambien de la facultad de nombrar tutor testamentario del hijo en estado de interdiccion por demencia, cuando por la ley ha sido llamada á desempeñar su tutela. (Art. 537, Cód. civ.) (2)

Pero téngase presente, que nunca son llamados los padres al ejercicio de la tutela del hijo privado de las facultades mentales, sino cuando éste carece de hijos varones mayores de edad, que se encarguen de ellas. (Art. 550, Cód. civ.) (3)

Nada es más justo y natural, que el que los padres provean al cui-

(1) El artículo 529 del Código civil de 1870, se refundió en el 429 del de 1884.

(2) Artículo 438, Código civil de 1884.

(3) Artículo 450, Código civil de 1884.

dado de la persona y de los bienes de sus hijos, víctimas de la mayor desgracia, para evitar que queden en el mayor abandono.

Sin embargo, la madre no goza de este derecho cuando la interdicción del hijo proviene de su prodigalidad, porque siendo por lo común, grande la influencia que los hijos ejercen sobre la madre y la debilidad de ésta para con ellos, por exceso de ternura, la ley ha querido evitar una culpable complacencia que produjera por resultado la ruina del pródigo.

Así es que, si la interdicción proviene de prodigalidad, solo el padre puede nombrar tutor testamentario á su hijo pródigo, aun cuando viva la madre. (Art. 538, Cód. civ.) (1)

Esta es una excepcion de la regla, segun la cual, el padre, y en su defecto la madre, pueden nombrar tutor testamentario al hijo incapacitado; pues la mente del legislador ha sido siempre respetar los derechos de los padres ya sea ejerciendo la patria potestad, ya la tutela legítima de sus hijos en estado de interdicción; por cuyo motivo subordinó la facultad del padre para dicho nombramiento, á la falta de la madre por fallecimiento y á su incapacidad legal para ejercer la patria potestad de la cual no puede excluirla. (Art. 531, Cód. civ.) (2)

Fuera de los casos expresados no hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado, así como tampoco lo hay respecto del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, legalmente emancipado. (Art. 539 y 540, Cód. civ.) (3)

La tutela es, como dijimos en el artículo I de esta lección, un cargo público que tiene por objeto la guarda de las personas y de los bienes de los incapaces, que debe su origen á la impotencia de éstos para gobernarse por sí mismos y atender á la administracion de su patrimonio. De aquí se infiere, que cuando cesan las causas á que debe la tutela su origen, cesa necesariamente ésta.

Tal es la razon que motiva la declaracion de los preceptos del Código á que nos hemos referido; pues si el hombre ha adquirido la madurez del juicio y de la razon; si por su edad se halla en aptitud

(1) El artículo 538 fué suprimido en el Código de 1884, por referirse á la prodigalidad.

(2) Artículo 432, Código civil de 1884.

(3) Artículos 439 y 440, Código civil de 1884.

de gobernarse por sí mismo, no hay razon suficiente que autorice á nadie para que coarte la libertad de las personas que gozan de esa aptitud, nombrándoles un tutor.

El nombramiento de tutor testamentario, hecho por el padre ó por la madre, excluye de la patria potestad á los ascendientes en quienes hubiera de recaer ese derecho, en defecto de ellos; pero en tal caso, si el ascendiente en quien debe recaer la patria potestad es de segundo ó ulterior grado, y á la muerte del testador está impedido de ejercerla, cesando el impedimento, cesa la tutela y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, á no ser que aquel haya declarado expresamente, que la tutela continúe aun despues de que haya cesado el impedimento. (Arts. 530 á 533 Cód. civ.) (1)

La razon de esto es, el deseo del legislador de que los huérfanos queden bajo la guarda de las personas que mejor puedan atender á sus necesidades; y es evidente que, cuando los abuelos, por su edad ó por otras causas no son á propósito para el ejercicio de la patria potestad, asiste al padre un justo motivo para elegir un tutor cuya intervencion evite graves perjuicios á sus hijos.

De manera, que la patria potestad concedida á los abuelos tiene esta restriccion, que importa nada ménos que la exclusion completa del cónyuge y de los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren, cuando alguno de aquellos es el que hace el nombramiento de tutor. (Art. 532 Cód. civ.) (2)

Como la exclusion de los ascendientes del ejercicio de la patria potestad, por el nombramiento de un tutor testamentario, es hasta cierto punto depresiva, la ley presume que el padre hace tal nombramiento por hallarse impedido el abuelo, y por lo mismo, ordena que cesando la causa cesen sus efectos, y que éntre éste en el ejercicio de la patria potestad cuando termina el impedimento, salvo el caso de que el testador haya ordenado expresamente que continúe la tutela aun despues de que haya cesado el impedimento, pues entonces no hay motivo alguno para admitir tal presuncion.

Si fueren varios los menores, puede nombrarles el padre un tutor

(1) Artículos 431 á 434, Código civil de 1884.

(2) Artículo 433, Código civil de 1884.

testamentario comun, ó bien designar uno para cada uno de ellos; pero como en el primer caso es posible algun conflicto de intereses entre los menores, es obligacion del tutor, cuando exista tal conflicto entre aquellos, comunicarlo al juez, quien debe nombrar un tutor especial que defienda los intereses de los menores que designe, mientras se decide el punto de oposicion: de manera que terminado éste, continúa el tutor testamentario en el ejercicio de su tutela. (Arts. 534 y 535, Cód. civ.) (1)

Si el padre nombra varios tutores, como no pueden ejercer la tutela á la vez por prohibicion expresa del artículo 434 del Código, establecida para el beneficio del incapaz, la debe desempeñar el primer nombrado, á quien sustituyen los demás en el orden de su nombramiento en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remocion, á no ser que el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela. (Arts. 541 y 542, Cód. civ.) (2)

En este punto tambien diverge nuestro derecho actual del Romano y del de las Partidas (3), segun los cuales, si los tutores hubieren sido nombrados en testamento y se dudare quién debia administrar, habia de preferirse al designado por el testador, y si éste no habia hecho la designacion, debian ellos mismos elegir, y en caso de discordancia debia hacerse la eleccion por el juez.

Este sistema producía generalmente moratorias y discordias perjudiciales á los incapaces, las cuales se han cortado de raíz por la reforma introducida por el Código civil.

Las mismas razones que han servido al legislador para permitir á los padres la facultad de nombrar tutor testamentario á sus hijos incapaces, determinaron tambien la concesion del derecho de establecer reglas, limitaciones y condiciones para la administracion de la tutela, siempre que no sean contrarias á las leyes; y los jueces están obligados á hacer que se observen tales reglas, á no ser que, oyendo al tutor y al curador, las considere dañosas para los menores; pues

(1) Artículos 435 y 436, Código civil de 1884.

(2) Artículos 441 y 442, Código civil de 1884.

(3) Leyes 3, § 6, tit. 7, lib. 36, D. y 11, tit. 16, Part. 6.ª

en tal caso puede dispensar su observancia ó modificarlas. (Art. 543, Cód. civ.) (1)

De aquí es que el testador puede nombrar al tutor pura y simplemente, bajo condicion y para tiempo determinado. Si en este último caso, ó por algun otro motivo faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez debe nombrar uno interino, prefiriendo al pariente á quien corresponda el ejercicio de la tutela legítima. (Art. 544, Cód. civ.) (2)

VII.

De la tutela legítima.

Se llama tutela legítima aquella para cuyo desempeño llama la ley á los parientes más próximos, en los casos en que no hay tutor testamentario.

En otros términos: la tutela legítima es la que se otorga por ministerio de la ley, designando para ejercerla á las personas que ésta señala en defecto del tutor testamentario.

La tutela legítima se funda en la presuncion de cariño que admite en los parientes para el incapaz, y en el principio tomado del derecho Romano, en que dice: "*Ubi sucessionis est emolumentum ibi et tutela onus esse debet.*" Es decir, que la ley impuso la obligacion á los parientes del incapaz, de desempeñar su tutela en recompensa del derecho que tienen de heredarle.

Segun la legislacion de las Partidas y la jurisprudencia antigua, de donde pasó á la legislacion actual, la tutela legítima comprendía al abuelo paterno y en su defecto al materno, y á falta de éste á la abuela paterna, y por su muerte á la materna, y faltando todos, debia nombrarse un pariente próximo al arbitrio del juez, quien podía escoger entre los más próximos del incapaz, aquel que juzgare más digno.

(1) Artículo 443, Código civil de 1884.

(2) Artículo 444, Código civil de 1884.

Segun la antigua legislacion, la madre y la abuela solo podian ejercer la tutela legítima llenando los requisitos siguientes:

- 1.º Que prometieran al juez no casarse durante la tutela:
- 2.º Que renunciaran al beneficio que gozaban las mujeres, de no quedar obligadas por las fianzas que otorgaran.

La ley 4.ª, tít. 16, Part. 6.ª, que imponia tales condiciones, dá las siguientes razones para justificarlas:

1.ª Si se permitiera á la madre ó abuela casarse y que continuaran en el desempeño de la tutela, el amor hácia su marido las haria negligentes en el cuidado de la persona y la administracion de los bienes del incapaz:

2.ª Si no hicieran la renuncia indicada, se retraerian los hombres de contratar con ellas, y quedaria perjudicada la persona que tuvieran bajo su guarda.

Multitud de dificultades surgian de este sistema adoptado por la antigua legislacion; pero sobre todo, cuando existian varios parientes del mismo grado, pues las disputas que se suscitaban acerca de quien de ellos debia desempeñar la tutela, daban lugar á moratorias perjudiciales para los intereses del incapaz.

Todos esos males se han cortado con el sistema adoptado por el Código civil, que como hemos dicho, ya no confiere á la madre y la abuela el cargo de la tutela de sus hijos menores, sino que les otorga el ejercicio de la patria potestad, ni llama tampoco á la tutela legítima á todos los parientes.

A ejemplo de la legislacion antigua, el artículo 545 del Código declara que hay lugar á la tutela legítima:

- 1.º En los casos de suspension ó pérdida de la patria potestad ó de impedimento del que deba ejercerla:
- 2.º Cuando no hay tutor testamentario:
- 3.º Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio. (1)

Corresponde el ejercicio de la tutela legítima:

- 1.º A los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas.

La ley supone mayor cariño en los hermanos unidos por vínculo más estrecho, esto es, cuando son hijos de un mismo padre y de una

(1) Artículo 445, Código civil de 1884.

misma madre, que cuando son hermanos uterinos ó hijos de distinta madre; y prefiere á aquellos para el mayor bien del incapaz.

2.º Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tios, hermanos del padre ó de la madre. (Art. 546, Cód. civ.) (1)

Parece desprenderse de las palabras de la ley, que son llamados indistintamente al ejercicio de la tutela los tios del incapaz cualquiera que sea la línea á que pertenezcan, paterna ó materna, y que no pueden pretender el derecho de preferencia los de la primera sobre los de la segunda.

Si hubiere varios hermanos de igual vínculo ó varios tios de igual grado, el juez debe elegir entre ellos al que juzgare más apto para el cargo, supuesto que por prohibicion de la ley, no todos pueden ejercer á la vez ese cargo respecto de una misma persona, y que no todas las aptitudes personales son igualmente convenientes para el fin que tiene la tutela. (Art. 547, Cód. civ.) (2)

La falta del tutor legítimo se suple mediante el nombramiento de un tutor interino. (Art. 548, Cód. civ. (3)

VIII.

De la tutela legítima de los dementes, idiotas, sordo-mudos y pródigos.

Ya hemos dicho al principio de esta leccion que el Código civil adoptó respecto de la tutela un sistema que diverge del que dominaba en la legislacion antigua, segun la cual solo estaban bajo la guarda del tutor los menores de catorce años, si eran varones, y de doce, si eran mujeres, pues los individuos mayores de esa edad y menores de veinticinco años estaban sujetos á la autoridad de un curador.

(1) Artículo 446, Código civil de 1884.

(2) Artículo 447, Código civil de 1884. Este precepto se adicionó, otorgando al menor que hubiere cumplido ya catorce años facultad para que haga la eleccion de su tutor, como cuando se trata de la tutela dativa.

(3) Artículo 448, Código civil de 1884.