

recía de la *testamenti factio*, el nombramiento podía ser confirmado por el magistrado aun sin previa información, procedimiento que era necesario si se trataba de tutor nombrado por la madre y aun por un extraño (1). La persona designada como tutor debía ser una persona cierta, expresa y claramente nombrada, pues indicaciones vagas eran indignas de tomarse en cuenta, porque no garantizaban al impúber (2). Como lo hemos notado en otra parte (núm. 119), el tutor debía ser uno, no permitiéndose que fuese dado para negocios determinados, porque esto traería la multiplicidad y el consiguiente desorden en la administración de la tutela; era lo que expresaba la regla: *tutor personæ, non causæ vel rei, datur* (3). Finalmente, el tutor testamentario, como queda también ya dicho (núm. 121), podía ser nombrado bajo condición ó á término, lo cual podía igualmente suceder de una manera tácita (4). Las leyes antiguas españolas no innovaron esta legislación, sino en puntos de insignificante importancia, de los cuales no creemos necesario por el momento ocuparnos.

171. En lo esencial estos antecedentes no han recibido verdadera reforma en las legislaciones modernas, como pasamos á hacerlo manifiesto. Es siempre la patria potestad la que hace decir en el Código de Napoleón (art. 397), que el derecho individual de elegir un tutor, pariente ó extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. ¿Por qué? porque el derecho de designar un tutor para después de la muerte, no puede ejercitarse sino en el caso de que ó falte persona á quien corresponda la patria potestad, ó pertenezca la tutela por precepto legal.

Y como, según lo hemos ya manifestado (núm. 11), la tutela

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 5.—*Cód.*, lib. 5, tít. 29, 1, 2.—*Dig.*, lib. 26, tít. 3, ll. 1, § 1, 2, y 4.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 27 *in fine*.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 4.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 2.

pertenece de derecho á la madre, muerto el padre, claro es que aquella no tendrá el derecho de nombrar tutor sino en el caso de que fallezca con posterioridad á éste, quien á su vez no tiene el derecho de hacer el mismo nombramiento, sino cuando fallezca después de la madre, porque ella, es conforme á la ley, tutora legítima de sus hijos.—Tal es el texto del art. 397 francés, según el cual el derecho individual de elegir un tutor pariente ó aun extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. Se dice: "derecho individual," porque en principio, cuando el tutor no es designado por la ley, su nombramiento no pertenece sino al consejo de familia (núm. 123). Se dice: "al último moribundo de los padres," porque si quedara un supérstite, éste y no otra persona sería el tutor legítimo,

172. El nombramiento de tutor testamentario sólo puede hacerse, según la legislación francesa, en las formas que ella misma prescribe para el de los consultores que el padre tiene derecho de nombrar á la madre supérstite y tutora, y bajo ciertas excepciones y modificaciones. Así lo prescribe el art. 398 del Código de Napoleón, cuyo sentido se comprenderá suficientemente con sólo referirnos á lo que hemos dicho en otra parte (núm. 51). En cuanto á las excepciones y modificaciones á que se alude, de ellas tratan los arts. 399 y 400 del mismo Código. Según el primero, la madre viuda y no mantenida en la tutela de los hijos de su primer matrimonio (núm. 65), no puede nombrarles tutor. La razón es, que no siendo la madre vuelta á casar, tutora cuando su muerte, no puede transferir un poder que no tiene, y además se ha creído encontrar en su conducta fundamento de legítima sospecha después de que el consejo de familia la ha separado de la tutela. Pero por de contado que esta excepción no se refiere á los hijos del último lecho, respecto de los cuales, á no dudarlo, y por lo mismo que desempeñaba su tutela después de la muerte del último marido, podría ejercer el derecho consignado en términos generales en el art. 397.

173. El segundo de los textos legales citados, ó sea el art. 400, declara: que cuando la madre viuda, pero mantenida en la tutela, hubiera hecho designación de un tutor á los hijos de su primer matrimonio, tal designación no sera válida sino en tanto que la confirme el consejo de familia. Este texto merece explicarse, pues se incurriría en grave error, si se pensara que la nulidad de tal nombramiento ó designación, por no ser confirmada por el consejo de familia, llegaba hasta el extremo de dar lugar á la tutela legítima, como si absolutamente faltara la testamentaria. A reserva de explicar más adelante este punto, creemos necesario decir por el momento que, si bien es cierto que el consejo de familia debe confirmar la designación hecha por la madre viuda y mantenida en la tutela, la falta de esa confirmación sólo produce el efecto de que el tutor designado no desempeñe la tutela; pero no el de que se llame desde luego al tutor legítimo. Por manera que si existe algún ascendiente, éste podrá ser nombrado sólo en calidad de tutor dativo (1).

174. No poco diversa de la anterior es nuestra legislación nacional en la materia de que tratamos, pues á causa de lo que en varios puntos de esta obra hemos hecho notar, no existe entre nosotros la tutela desempeñada por los padres, porque esto se ha considerado, salvo el caso de la tutela legítima de los dementes, depresivo de la patria potestad. Inútil, en consecuencia, buscar en nuestra legislación la taxativa puesta por la francesa en orden á que ha de ser precisamente el último moribundo de los padres el que nombre tutor en testamento. En efecto, no hay, según las leyes mexicanas, ningún inconveniente en que el padre nombre tutor testamentario para cuando falte la madre, ó al contrario, como se desprende de la generalidad de términos en que han sido redactados los

(1) Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 1,014.—Arntz, tom. 1, núm. 701.—Laurent, tom. 4, núm. 398.

arts. 329 del Código del Estado de México, 335 del de Tlaxcala, 526 del del Distrito Federal de 1870 y 428 del actual, según todos los cuales los que ejercen patria potestad tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes la ejercen. Sólo el Código de Veracruz (arts. 382 y 384), sigue otro sistema, estableciendo que en principio, la facultad de nombrar tutor en testamento pertenece al padre, no correspondiendo sino en su defecto á la madre. Es siempre una modificación del art. 397 francés, según el cual, como hemos visto, nada importa que el padre muera primero para atribuirle el derecho de nombrar tutor, que no debe ser designado sino por el último moribundo de los padres, sea el hombre ó la mujer.

175. Si sobre el orden en que los padres tienen derecho de ejercitar la facultad de nombrar tutor testamentario, existen las diferencias señaladas entre nuestras leyes y la francesa, no sucede lo mismo respecto de otros puntos que pasamos á exponer. Ciertamente, los textos acabados de citar de nuestros varios Códigos, reconocen á una que el derecho de designar tutor en testamento, no pertenece á los padres sino á condición de que, al verificar este acto, se hallen en ejercicio de la patria potestad de la cual se deriva precisamente ese derecho (1). Decimos *al verificar este acto*, porque para juzgar de la capacidad del testador, debe atenderse al estado en que se hallaba al hacer el testamento (arts. 3424 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, 3287 del actual y 2725 del de Tlaxcala). Por manera que, aunque al tiempo de morir una persona, ya hubiera vuelto al ejercicio de la patria potestad; si de ella estaba privada ó suspensa por alguna de las causas de que hemos hablado en otra parte (núms. 37 á 45), al otorgar testamento, la designación hecha en éste del tutor, no valdría

(1) Duranton, tom. 3, núm. 436.—Aubry et Rau, tom. 1, § 99 bis.—Dembombe, tom. 7, núm. 161.—Laurent, tom. 4, núm. 397.

en virtud de que resultaría inconsecuente que quien había dado mérito para ser destituido de la autoridad paterna, ejercitase sin embargo uno de los más importantes derechos que de esa autoridad proceden.

176. ¿Qué edad deben tener los padres para nombrar tutor testamentario?—Ociosa parece esta cuestión, que no era tratada en el antiguo derecho sino desde el punto de vista general de la facción testamentaria (1). Sin duda por tal motivo el Código francés guarda silencio sobre este punto, conformándose con expresar en términos también generales la facultad del último moribundo de los padres para nombrar tutor. Nuestro derecho nacional, en obvio de cualquiera duda fundada en la incapacidad proveniente de no haber cumplido la persona la mayor edad, establece expresamente que los que ejercen patria potestad, *aunque sean menores*, tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes ejercen esa autoridad. Por de contado que la minoridad á que se refiere la ley mexicana, no es ni podía ser inferior á la época del desarrollo físico y moral fijada desde antiguo para el matrimonio y la testamentifacción, ó sea la edad de catorce años en el hombre y de doce en la mujer, pues seguramente el legislador no podía menos que considerar cómo antes de esos límites se estaba en la absoluta imposibilidad de ejercitar actos válidos. Es que los afectos naturales despertados por la paternidad han parecido suficiente garantía de que el testador no hará, á pesar de su inexperiencia del mundo, una desacertada elección de la persona que haya de reemplazarle, después de la muerte, en la dirección de los hijos. Fuerza es convenir, sin embargo, en lo aventurado de esa esperanza en la mayoría de los casos. Veremos más adelante cuán serias precauciones han tomado los legisladores para evitar los funestos errores del joven emancipado, cuando se trata, de la enajenación ó gravámen de sus

(1) *Dig.*, lib. 26, tit. 2, l. 1

bienes raíces y de los asuntos judiciales en que pudiera comprometerse. Y ¿será negocio menos importante que éstos el nombramiento de tutor testamentario? Pero tal es nuestra ley y tal se ha mostrado también la jurisprudencia francesa (1). Los textos de nuestros Códigos que tratan de este punto, quedan citados en el número anterior.

Débase, con todo, señalar una no poco importante excepción del sistema anterior, y es la que se refiere al caso de los hijos naturales reconocidos. Los comentadores franceses están divididos sobre este punto, opinando unos, en virtud del absoluto silencio de la ley, que en el supuesto aludido debe recurrirse á la tutela dativa (2), y enseñando otros que aun entonces debe seguirse el principio general establecido por la ley (3). Tal es también nuestro parecer, sin que nada signifique en contra la propia reticencia que en la ley mexicana pudiera hacerse notar, toda vez que ella no es sino aparente, desde que se considera que los textos legales se refieren á los padres que ejercen la patria potestad. Y ¿no hemos dicho que ésta se ejerce también sobre los hijos naturales reconocidos (núm. 12)? Esto nos parece evidente. Pero queda una dificultad: hemos expuesto en otra parte (4) que nuestra legislación se muestra dividida sobre la edad necesaria en el autor del reconocimiento, pues mientras unos Códigos establecen que para tal acto el padre ó la madre ha de ser mayor de diez y ocho años, otros expresan que basta que tengan un año más de la edad requerida para contraer matrimonio, ó sea quince años el hombre y trece la mujer. Esto supuesto, debemos decir, en obediencia rigurosa á la lógica, que según los primeros de nuestros Códigos

(1) Aubry et Rau, tom. 1, § 99, bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 152.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, tom. 1, núm. 585.—Demolombe, tom. 8, núm. 386.

(3) Aubry et Rau, tom. 6, § 571.—Laurent, tom. 4, núm. 416.—Taulier, tom. 2, pág. 23.—Magnin, tom. 1, núm. 465.—Arrêt, Trib. Civ. de la Seine, 19 mai 1868 (*Le droit*, 28 mai 1868).

(4) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 193.

gos, tratándose de hijos naturales reconocidos, no cabe nombrarles tutor testamentario por el autor del reconocimiento, si no es que éste tenga mas de diez y ocho años cumplidos, como según los otros tampoco cabe, á no ser que los padres hayan cumplido la edad indicada.

177. Los mismos textos citados y que tratan en general de la facultad perteneciente á los que ejercen patria potestad de nombrar tutor testamentario, se ocupan de las personas para quienes tal nombramiento puede hacerse. Hemos visto (núm. 97) cuán amplia era esta facultad en el antiguo derecho, extendiéndose al hijo simplemente concebido y aun al desheredado, quien no por la falta de derecho sobre los bienes del testador, dejaba de estar sometido al omnímodo poder que las leyes conferían al *pater familias*. En el moderno derecho, no es por cierto el Código francés el modelo de nuestra legislación sobre esta materia, acerca de la cual deja mucho que desear este cuerpo de leyes, que no habla ni sobre la desheredación, ni respecto de los póstumos, ya que aquella no es considerada con el carácter de facultad perteneciente al testador en ciertos y determinados casos. Nuestros Códigos, empero, inspirándose á una en las tradiciones romanas y españolas, proceden de otro modo que, á no dudarlo, cuadra mejor con las indicaciones de la naturaleza humana. Si los bienes materiales no constituyen sino el lado secundario de la felicidad del hombre, que debe esperarlo todo más bien de la educación y del cultivo de la inteligencia, nada parece más natural que el que el padre de familia, no obstante no dejar al morir bienes á su hijo, le nombre la persona que haya de dirigirlo en cuanto á la moralidad de sus acciones. Y como innegables motivos de justicia y de humanidad imponen el deber de considerar como nacido á los seres simplemente concebidos, siempre que se trate de su utilidad, pues en otra parte lo hemos ya dicho (1),

(1) Véase el tomo 1.º de esta obra, núm. 95.

en el término fatal de la naturaleza esos seres tienen que ser co-participantes, como los ya nacidos, de la vida civil; las leyes positivas sobre la tutela testamentaria no podían mostrarse indiferentes en orden á ellos, más dignos de solicitud y cuidado, mientras más expuestos al desamparo de la orfandad y á la falta absoluta de las caricias paternas. Nuestros Códigos no han defraudado en ninguno de esos dos conceptos á los votos de la naturaleza, y así vemos que todos, sin excepción, expresan que el que ejerce patria potestad tiene el derecho de nombrar tutor en su testamento, lo mismo al desheredado que al póstumo. Del primero no habla el Código actual del Distrito Federal, para mostrarse consecuente con el principio de la libre testamentifacción, implantado entre nosotros desde el año de 1884.

178. Hasta aquí parece que la facultad de nombrar tutor testamentario sólo ha sido reconocida por las leyes en favor de los que ejercen patria potestad y sobre los seres sujetos á ella. Esa facultad, que es como una prolongación después de la muerte de la autoridad ejercida durante la vida, no deriva á primera vista sino de la misma patria potestad, no teniendo por consiguiente razón de ser respecto de personas que son extrañas al testador. Mas, como según ya lo expusimos en otra parte (núm. 121), el respeto de la ley al derecho de propiedad, aun más allá de la muerte, es causa de que las leyes, desde el antiguo derecho, hayan considerado sin más excepción que su oposición con la justicia expresa en aquellas, las condiciones todas que al testador plazca poner en la disposición de sus bienes, el nombramiento de tutor testamentario ha entrado bajo el imperio de este principio, estableciéndose que por el solo hecho de dejar una persona, al morir, bienes á otra, que se encuentre por razón de edad ó de incapacidad en el caso de no poder administrarlos por sí misma, tiene el derecho de nombrarle tutor, independientemente de cualquiera relación de superioridad por razón de parentesco. De la aplicación de este

principio á la materia que nos ocupa, podría derivarse la gravísima consecuencia de quedar sacrificados los derechos inviolables del padre de familia sobre el hijo que le debe estar sujeto en su persona y bienes, para que sólo prevalezcan los fueros del propietario que por una mera liberalidad ha beneficiado á aquel, instituyéndolo heredero ó legatario. Ante tal conflicto la ley ha debido retroceder, pues nunca el respeto á la propiedad podía llegar hasta el extremo de menospreciar una institución que, como la de la patria potestad, radica en la misma naturaleza humana. En esta virtud, después de reconocer las leyes el derecho que al propietario asiste de nombrar tutor testamentario al menor ó incapaz á quien deja bienes, para sólo el efecto de la administración de éstos, han cuidado de expresar que el ejercicio de tal derecho sólo tiene lugar, cuando el heredero ó legatario no se encuentre bajo la patria potestad de otro, lo cual quiere decir, que si lo contrario sucede, la administración de tales bienes pertenecerá á la persona á quien el heredero ó legatario esté sujeto, no obstante cualquier nombramiento de tutor hecho por el testador. En este sentido son terminantes en nuestro derecho los arts. 330 del Código del Estado de México, 383 del de Veracruz, 337 del de Tlaxcala, 527 del del Distrito Federal de 1870 y 429 del actual.

179. Esto supuesto, ocurre la siguiente importantísima cuestión: ¿deberá subsistir el nombramiento de tutor testamentario en favor de un extraño, que carecía de padre conocido, aun después de que ha sido reconocido por alguien conforme á la ley? Por mucho que á primera vista repugne que el autor de un reconocimiento tardío y tal vez interesado, adquiera la administración de bienes dados al hijo, que en su desamparo llegó hasta á inspirar compasión á un extraño, la verdad es que las leyes no han reparado en este punto, sino en lo que respecta á los derechos sucesorales *ab-intestato*, seguramente atendiendo á que es un derecho que de ningún modo puede disputarse

á la patria potestad, el de administrar los bienes de los que están sujetos á ella (núms. 19 y 22). Considérese á qué graves y funestísimos conflictos para la familia, primera escuela donde el hombre aprende la trascendental virtud de la obediencia y respeto á los mayores, daría lugar esa independencia del hijo respecto de sus padres por el sólo hecho de haber heredado bienes de un extraño. Si por otra parte, se toma en cuenta que el reconocimiento de un hijo natural es meramente declarativo y no atributivo de la paternidad (1), habrá que convenir en que existiendo ésta desde que el hijo adquirió aún la existencia intrauterina, ningún acto posterior puede servir para que la paternidad no sea considerada con todos los derechos y prerrogativas que la ley, de acuerdo con la naturaleza, le ha otorgado. Así, pues, el nombramiento de tutor testamentario á que nos hemos referido, ya no producirá ningún efecto desde que aparezca el padre del menor favorecido por la herencia, porque sólo á él pertenece la administración de los bienes de éste.

180. Del principio conforme al cual puede nombrarse tutor testamentario aun á la persona sobre quien no ejercemos patria potestad, si le dejamos bienes, y sólo para el efecto de la administración de éstos, se sigue que esa facultad tiene lugar en favor de los hijos espúrios sobre quienes, rigurosamente hablando, la patria potestad no existe. Hacemos, empero, sobre este punto las reservas que hemos expresado en otra parte (núm. 13). Tal es el texto de los arts. 528 del Código del Distrito Federal de 1870 y 430 del actual.

181. Una de las cuestiones más controvertidas, desde á raíz de publicado el Código francés, es la de si cabe también tutela testamentaria para los incapacitados. Después de numerosas y contrarias decisiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es Merlin quien logró fijar el verdadero sentido de

(1) Véase tomo IV de esta obra, número 205.

la ley acerca de este punto, pues mediante sus vigorosos razonamientos como procurador general, la Corte de casación estableció que un padre no podía en su testamento nombrar tutor á su hijo mayor de edad é incapacitado, pues la tutela de esta especie es siempre dativa (1). Se ve que el derecho francés se ha inspirado para esta materia en la primitiva legislación romana (núm. 102). ¿Qué motivos pueden haber guiado á los legisladores franceses para obrar así?—Merlín mismo, después de reconocer que el único caso de tutela legítima en favor del incapacitado, es el del marido respecto de su esposa caída en ese estado; agrega que lo que ha obligado al legislador á confiar el nombramiento del tutor para el incapacitado en general exclusivamente al Consejo de familia, es que semejante tutela resulta siempre más difícil de desempeñar que la de los menores, por lo cual conviene que el nombramiento de la persona que la desempeñe, se haga por elección y con perfecto conocimiento de causa (2). Sin embargo, ya desde la legislación pretoriana se había reconocido la necesidad de respetar el nombramiento de curador que el padre hiciera en testamento para el hijo incapacitado, aún mayor de edad; si *furioso puberi*, dice una ley del Digesto, *quamquam majori aetatis viginti quinque, curatore pater testamento dederit, cum Praetor dare debet, secutus patris voluntatem* (3). La misma disposición existía respecto del pródigo.

Nuestro derecho nacional es uniforme sobre esta materia, pues los Códigos del Estado de México (art. 502) y de Veracruz (art. 552) expresamente declaran, que en todos los casos en que el padre ó la madre pueden dar tutores á sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curador por testamento á los mayores de edad, locos, dementes, imbeciles ó sordo-mu-

(1) Dalloz, *Rep.*, "Interdiction," núm. 153.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 131.—Laurent, tom. 5, núm. 287.—Marcadé *sur l'art.* 506.

(3) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 16.

dos, salvo que éstos se encuentren casados, ó teniendo hijos varones mayores de edad, ó en el caso de que sobreviva su madre. En consecuencia, fuera de estas tres excepciones, es absoluta la libertad del padre ó de la madre para nombrar curador testamentario al hijo incapacitado, y en el mismo sentido se manifiestan nuestros otros Códigos, si bien empleando una redacción diversa y apartándose de la antigua denominación de curador para los mayores incapacitados (núm. 111). Esto se deduce de la combinación de los arts. 340, 346, 347 y 349 del Código de Tlaxcala; 536, 537, 539, 549, 550 y 552 del del Distrito Federal de 1870, y 437, 438, 439, 449, 450 y 452 del actual, según todos los cuales, perteneciendo por mandato de la ley la tutela del incapacitado en primer lugar á su cónyuge, á falta de éste á sus hijos varones mayores de edad, y sólo á falta de uno y otros, á su padre ó madre, no hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado, si no es que se encuentre fuera de estas condiciones. Se comprende el espíritu de la ley, al haber sistemado en esta forma la tutela del incapacitado, creyéndose con arreglo á lo que generalmente sucede, que por aquel infeliz ser tomarán, primero que nadie, interés la esposa, los hijos y sus padres. ¿Para qué, si el incapacitado cuenta todavía con los protectores que la naturaleza le ha dado, prometerse encontrarlos en el ejercicio de la libertad del nombramiento testamentario, que puede ser arbitrario y hasta pernicioso para los intereses de aquel? ¿Y por qué detenerse, como la ley francesa, sólo en el cariño del cónyuge, cuando de seguro hay que reconocerlo también en los hijos y en los padres? Volveremos á tratar de este punto al hablar de la tutela legítima.

182. En cuanto á los incapacitados por prodigalidad, se ocupan también las leyes modernas de su tutela ó curatela testamentaria, como es de verse en los arts. 538 y 539 del Código del Distrito Federal de 1870, 561 del de Veracruz y 513 del de Estado de México, acerca de los cuales sólo podemos hacer notar que, según los primeros, pertenece exclusivamente al padre el

derecho de nombrar tutor testamentario al pródigo, mientras conforme á los otros dos códigos, ese mismo derecho puede ser ejercido aún por la madre y por los abuelos, si están encargados de la curatela del mismo pródigo.

183. Hemos dicho en otra parte (núms. 101 y 116) que desde el antiguo derecho los menores púberos estaban obligados á hacerse representar, para comparecer en juicio, por un tutor ó curador especial, llamado por lo mismo *ad litem*. Como este resto de sujeción en que aún vive el menor aun después de la emancipación, pudiera coexistir con la muerte de los padres, y creerse que pertenecía á éstos el derecho de nombrar á tales hijos tutor ó curador testamentario *ad litem*, nuestros Códigos, excediéndose en claridad, contienen el principio de que no cabe tutela testamentaria respecto del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno. Tal es el texto de los arts. 540 del Código del Distrito Federal de 1870 y 440 del actual. Decimos que esto es un exceso de claridad, porque era bastante, como lo declaran esos mismos Códigos (arts. 558 del primero y 460 del segundo), proclamar que siempre tiene que ser dativa la tutela para asuntos judiciales. Y como igual prescripción se encuentra en los Códigos de Tlaxcala (art. 353) y de Estado de México (art. 476, inciso III), hay completa uniformidad en nuestra legislación acerca de este punto, con solo la excepción del Código de Veracruz (núm. 149).

184. Hemos dicho antes (núm. 178) que, tanto los que ejercen patria potestad, como los que no la ejercen, pueden nombrar tutor testamentario, con la diferencia de que éstos últimos no tienen tal derecho sino respecto de la administración de los bienes que dejan al menor. Esa facultad, que en un caso deriva del ejercicio del poder paterno, y en el otro reconoce por causa el derecho que á todo propietario asiste para poner condiciones en cuanto á la donación de sus bienes, es tan ilimitada que deba prevalecer aún sobre la patria potestad perteneciente, conforme á la ley, á los ascendientes supérstites del

menor?—Esta cuestión presenta, pues, un conflicto entre dos autoridades de la misma naturaleza, como sería la patria potestad ejercida por dos ascendientes, y entre ésta y los fueros siempre respetables del propietario, que, sin obligación alguna, se desprende voluntariamente de sus bienes para dejarlos por testamento á una persona extraña. Si en el primer supuesto, es el rigor de los principios el que, una vez establecido que la patria potestad pertenece á los ascendientes de la línea paterna y materna (núm. 7), parece oponerse á que eso deje de suceder alguna vez por la interposición del tutor testamentario, que puede ser una persona extraña; en el segundo son de invocarse hasta consideraciones de utilidad para los menores, que se verían privados frecuentemente de las liberalidades testamentarias, si á todo trance y aun contra la voluntad expresa de los testadores, los bienes dejados hubieran de caer bajo la administración de personas determinadas. En el antiguo derecho el conflicto no podía existir, pues sólo el padre ejercía la autoridad doméstica, por lo que jamás podía darse el caso de que la atacase en otro miembro de la familia, y si se trataba de testador completamente extraño al menor, se seguía el principio de que *voluntas testatoris pro lege habetur* (núm. 22).—Pero las leyes modernas han procedido de otro modo, mediando entre los diversos inconvenientes que presentan ambos extremos. Refrámonos al primer caso, ó sea al del padre testador. ¿Puede éste, por medio de nombramiento de tutor testamentario, excluir de la patria potestad á los demás ascendientes á quienes la ley otorga esa autoridad? Sí, responden todos nuestros Códigos, menos uno, con tal de que no esté de por medio la madre (arts. 385 de Veracruz, 332 de Estado de México, 530 y 531 del Distrito Federal de 1870, y 431 y 432 del actual). Sólo el Código de Tlaxcala (art. 335) establece expresamente que no hay lugar á tutor testamentario, mientras existan ascendientes que deban ejercer conforme á la ley la patria potestad.