

185. En cuanto al caso de testador extraño, aun el derecho que hemos visto le asiste (núm. 178) para nombrar tutor testamentario que meramente administre los bienes que deja, no existe si el menor está bajo la patria potestad de cualquiera de sus ascendientes, y en este punto es unánime nuestra legislación (arts. 383 del Código de Veracruz, 330 del de Estado de México, 337 del de Tlaxcala, 527 del del Distrito Federal de 1870 y 429 del actual). Se ve, pues, bien claro cuál ha sido el espíritu de nuestros legisladores, concediéndole todo en esta materia al padre que ejerce la patria potestad con menoscabo de los demás ascendientes, excepto la madre, como negándole todo también, sin excepción alguna, al testador extraño. Si este sistema se recomienda por la prudencia que le ha dictado, no nos parece perfectamente conforme con los principios que en todas nuestras leyes civiles han hecho admitir á los abuelos al desempeño de la patria potestad. Porque si se ha creído conveniente que la autoridad protectora de los hijos sea desempeñada sucesivamente no sólo por el padre y por la madre, sino también por los abuelos, no encontramos razón para que así deje de suceder con sólo que el padre ó la madre nombren tutor testamentario.

186. La legislación civil del Estado de México pone aún otra taxativa á los efectos del nombramiento de tutor testamentario por una persona extraña. El art. 1953 del Código de Procedimientos Judiciales en materia civil, de 9 de Septiembre de 1884, dice textualmente: "El menor podrá oponerse al nombramiento de tutor hecho por la persona que, no siendo el padre ó la madre, le haya instituido heredero, ó dejado manda de importancia, cuando tuviere diez años ó más. Si formulare dicha oposición, el juez dará audiencia al pro-tutor por los trámites de los incidentes; y encontrando fundada la oposición del menor, negará al nombrado el discernimiento del cargo."

187. La declaración de la mayoría de nuestros Códigos acerca del punto que nos ocupa, ha dado lugar á la siguiente

cuestión de derecho transitorio, que creemos oportuno examinar. Hemos dicho (núms. 3 y 5) que conforme á la legislación antigua, la patria potestad pertenecía sólo al padre, quien por lo mismo tenía el derecho de nombrar, para después de su muerte, tutor testamentario para sus hijos aun á una persona extraña. De esta manera, el padre testador podía excluir de toda autoridad sobre los hijos á la madre, y con más razón, á las abuelas. Aquellos, en consecuencia, se hallaban, á la muerte del padre, bajo tutela dativa, legítima ó testamentaria. ¿Qué decidir en orden á los hijos colocados en esta situación, al ser promulgado alguno de los Códigos que á la vez que otorgan la patria potestad á los padres y á los abuelos, han declarado que los primeros pueden excluir á los segundos de tal autoridad por medio del nombramiento de tutor testamentario?— Aplicando en este punto los principios que rigen la retroactividad de las leyes en materia de estado y capacidad de las personas (1), tiene que resolverse que tales hijos deben continuar en tutela, aunque existieran abuelos ó abuelas, pues esto es, como acabamos de verlo, lo que dispone la ley posterior, en virtud de la cual, con excepción de la madre, cede al nombramiento de tutor testamentario, cualquier derecho que pudiera invocar otro ascendiente. Sin embargo, muy otra ha sido la formal declaración del legislador, como es de verse en el art. 9 de la ley transitoria anexa al Código de procedimientos civiles del Distrito federal, de 15 de Agosto de 1872, pues según este precepto, los hijos menores constituidos en tutela al empezar á regir el Código civil, debían recaer en todo caso bajo la potestad de la madre, ó en la de los abuelos, ó abuelas, si no tenían tutor testamentario; y si lo tenían, y además no existían esos ascendientes, ó habían renunciado la patria potestad, tenía que continuar la tutela. Por manera que si respecto de la madre el legislador novísimo ha establecido, con

(1) Véase el tomo I de esta obra, núms. 56 á 58.



irreprochable fundamento que, cualquiera que fuese la legislación anterior, los hijos menores constituidos en tutela debían recaer bajo la potestad de aquella; por lo que toca á los abuelos, á quienes, como ya vemos, puede hoy el padre excluir de la patria potestad, mediante el nombramiento de tutor testamentario, el mismo legislador no ha procedido sino con arreglo á un sistema que no es ni el del antiguo ni el del moderno derecho. Y hé aquí una prueba incontestable de lo que antes hemos asentado (núm. 185) en orden á la inconsecuencia con que la mayoría de nuestros Códigos ha establecido que basta el tutor testamentario para excluir de la patria potestad á los abuelos, que la tienen conforme á los mismos Códigos. La diferencia de épocas será bastante á explicar que en un caso la voluntad del testador no prevalega sobre la ley, y si sea en otro sacrificada á aquella circunstancia? De seguro que nó y nadie pensará que sólo los abuelos de la época anterior al Código civil puedan merecer el entusiasta elogio que se contiene en una sentencia de nuestros tribunales, relativa al caso que nos ocupa, porque los abuelos modernos sean menos tiernos y amorosos con sus nietos (1).

188. La excepción establecida á favor de la madre por lo que toca á la facultad que al padre se reconoce, de excluir á los ascendientes de la patria potestad por medio de la designación de un tutor testamentario, da lugar á la siguiente grave dificultad: Supóngase que un hombre reconoce por testamento, como hijos suyos naturales, á unos niños á quienes ya había reconocido también anteriormente una mujer, la cual se encuentra actualmente casada con otro hombre, ¿puede esta madre ser privada así de la patria potestad? Por la afirmativa pudiera invocarse la filosofía de la ley que en caso análogo decide que la madre binuva pierde la patria potestad (núm. 65). Por la negativa está, sin embargo, el texto expreso legal

(1) Sentencia del Juzgado 1.º de lo civil del Distrito federal, de 6 de Julio de 1874.—(El Foro, tomo III, núm. 15.)

que prohíbe al padre privar, por medio del nombramiento de tutor testamentario á la madre, de la patria potestad. Hé ahí, pues, muy á pesar sin duda de los legisladores, colocada la madre natural en mejor condición que la madre legítima. Mientras ésta vería alejarse á sus hijos, apenas contrajera segundas nupcias, aquella los conservará á su lado, aun después de haberse ligado con nuevos vínculos, que de seguro no constituyen, propiamente hablando, segundas nupcias, y sin que pueda arrebátárselos ni la voluntad expresa del padre, solemnemente manifestada en un acto público.

189. Puede suceder que, al fallecer el padre bajo testamento en que nombra tutor á sus hijos, la madre ó los abuelos se hallen impedidos, tal vez privados de la facultad para ejercer la patria potestad. Supóngase que estos ascendientes se encuentran en alguno de los casos de que hemos hablado en otra parte (núms. 38 á 43). ¿Vale el nombramiento de tutor testamentario? Consideremos este caso, por lo que respecta á la madre. Si como lo hemos asentado (núm. 184), el padre no puede privar de la patria potestad á la madre mediante la designación de tutor en el testamento, nada se opone á que éste entre al ejercicio de sus funciones, cuando aquella se encuentre, conforme á la ley, privada de la autoridad doméstica, la cual, por lo mismo, ya no sería, al menos mientras durase la privación, obstáculo para la tutela. Sobre este punto nos referimos, para no repetirnos, á lo que en otra parte hemos expuesto con relación, precisamente, á una de las causas que con más frecuencia motivan la suspensión ó pérdida de la patria potestad en orden á la madre; aludimos al divorcio, cuyos efectos sobre la patria potestad, después de muerto el cónyuge inocente, varían, según las causas que lo han hecho pronunciar (1). Así, pues, por absoluto que á primera vista parezca el precepto según el cual no puede el padre privar de la patria potestad á

(1) Véase el tomo III de esta obra, núm. 191.



la madre por medio del nombramiento de tutor testamentario, tal prohibición debe entenderse en términos hábiles, ó sea, cuando, al fallecer el padre, la madre se hallare en aptitud legal de ejercer la misma autoridad. Lo que decimos, se aplica por paridad de razón al caso en que sea el padre quien se encuentre suspenso ó privado de la patria potestad, al fallecer la madre bajo testamento en que nombre tutor.

190. Por de contado que en cualquiera de estos casos, ese salto que puede realizarse por uno de los padres sobre el otro que se supone inhábil para el ejercicio de la patria potestad, reemplazándolo con un tutor, no llega hasta producir siempre el efecto de que tal reemplazo subsista á pesar de que hubiera cesado la causa de la suspensión de la patria potestad. ¿Cómo, si ésta ha renacido en la madre, por ejemplo, después del transcurso de cierto tiempo, ha de continuar, sin embargo, el tutor testamentario cuya autoridad sobre los hijos no tenía otra razón de ser que el impedimento de aquella? *Sublata causa, tollitur effectus*. Es lo que sucedería también en el caso de hallarse uno de los padres en estado de incapacidad mental, al morir el otro.

191. Pero esto que resulta una verdad inconcusa, tratándose de los padres, ¿lo será también en orden á los abuelos? No es uniforme sobre este punto nuestra legislación civil, deduciéndose las diferencias, en algunos Códigos, de textos expresos y terminantes, y en otros, de su absoluto silencio, que obliga al intérprete á atenerse á los principios generales del derecho. En efecto, según el Código del Estado de México (art. 334), cuando se hiciera nombramiento de tutor testamentario, sobreviviendo alguno de los ascendientes que pudieran ejercer la patria potestad, pero que estuviera impedido para ello, *cesando el impedimento, cesará también el tutor y recobrará la patria potestad*. Creemos que este texto legal paga el debido tributo á la justísima consideración de no facultar ilimitadamente á los padres para privar de la patria potestad á los abuelos por me-

dio del nombramiento de un tutor testamentario (núm. 185). Se ve que el legislador reflexionó en que la voluntad del testador no podía ser racionalmente interpretada, en el caso de impedimento de los abuelos para el ejercicio de la patria potestad, sino en el sentido de que ésta renaciese, no habiendo ya lugar á la tutela, cuando el impedimento desapareciera.

Mas supóngase que el testador ha expresado, al nombrar tutor testamentario, que, aun cuando cese el impedimento del abuelo para el ejercicio de la patria potestad, continúe la tutela, ¿habrá de respetarse esa disposición? El Código del Estado de México no trata de este punto expresamente; pero creemos, atenta la declaración contenida en el art. 332 (núm. 184), que está en las facultades del testador proceder de esa manera, desde que se le reconoce en términos absolutos la facultad de excluir de la patria potestad á los abuelos por medio del nombramiento de un tutor testamentario.

¿Qué decidir acerca de ambos puntos conforme al Código de Veracruz? Nada encontramos expreso en esta legislación, ni en orden al caso en que el testador hubiera lisa y llanamente nombrado tutor, ni respecto de aquel en que, haciéndose cargo de estar impedido para ejercer la patria potestad el abuelo, hubiera declarado que aun después de cesar el impedimento continuase la tutela. En consecuencia, y ya que este Código declara, como todos los otros, pero limitándose á esto, que el nombramiento de tutor testamentario hecho por los padres excluye de la patria potestad á los abuelos, creemos que es indiferente cualquiera de las dos circunstancias que mencionamos y que, desde el momento en que el testador ha ejercitado esa facultad que la ley le dá, el acto debe producir sus efectos, aun cuando cesara el impedimento del abuelo. El único caso en que sucedería lo contrario, sería aquel en que el testador dijese al menos que en tanto nombraba tutor testamentario, en cuanto el ascendiente encargado por la ley estaba impedido para el ejercicio de la patria potestad.—La ra-



zón es esa omnipotencia otorgada por la ley al testador en todo lo que no se oponga á aquella.

El Código de Tlaxcala, que, como hemos visto (núm. 184), respeta siempre el derecho de los abuelos para el desempeño de la autoridad doméstica, no es posible que consienta ninguna de las dificultades que estudiamos. Según esta legislación, jamás puede haber lugar á tutela testamentaria sino en faltando cualquiera de los ascendientes á quienes corresponda la patria potestad. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 533 del de 1870 y 434 del actual) han procurado obviar toda controversia en la materia que nos ocupa, diciendo, como el Código del Estado de México; pero agregando expresamente que la reaparición de la patria potestad, cuando ha cesado el impedimento del abuelo para ejercerla, no tendrá lugar si el testador ha declarado que es su voluntad, continúe la tutela á pesar de tal circunstancia.

192. La facultad que hemos visto, tienen los padres de excluir de la patria potestad á los abuelos, mediante el nombramiento de tutor testamentario, ¿corresponderá también á los abuelos respecto de los otros ascendientes del mismo ó ulterior grado? Aunque á primera vista choque á la razón natural semejante cuestión,—que si es meramente arbitrario hacer depender de la sola voluntad del padre ó madre testadores la ineficacia del principio que con todo acierto atribuye también la patria potestad á los abuelos, no lo es menos que otro tanto se haga con estos en orden á los ascendientes de su misma clase,—nos obliga á tratar de este punto la circunstancia de que dos de nuestros Códigos, los del Distrito Federal (arts. 532 del de 1870 y 433 del actual) declaran que el nombramiento de tutor hecho por cualquiera de los abuelos, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren. No hemos encontrado en ninguno de los principales Códigos civiles, vigentes en el extranjero, la menor indica-

ción que haya podido servir de antecedente á nuestros legisladores para este precepto. Hé ahí puesta en manos temblorosas ya por la ancianidad, una medida que, en caso de no ser inútil, las más veces sólo podrá servir para que un extraño se interponga entre el nieto y los seres más inclinados en su favor por un cariño de que dá patente prueba la experiencia de lo que vemos todos los días. No comprendemos qué fin práctico puede haberse propuesto alcanzar el legislador con una declaración semejante, que se aparta por completo de lo que enseña una observación atenta y desapasionada de la naturaleza humana (núm. 68).

193. Los Códigos de Veracruz y Estado de México contienen una particularidad, relativa al caso en que la madre binuva, que según el sistema de esos Códigos no pierde por tal circunstancia la patria potestad (núm. 65); por haber conservado también la administración de los bienes de los hijos del primer lecho mancomunadamente con el nuevo marido, nombrará á éste tutor testamentario de aquellos. Dichos Códigos (arts. 384 del de Veracruz y 331 del de Estado de México) previenen que para que valga tal nombramiento, es necesaria la aprobación del consejo de familia. El segundo de esos Códigos exige también la confirmación del Juez. Es la aplicación al caso de tutela testamentaria del segundo marido, del requisito exigido por esas mismas legislaciones para que la madre binuva continúe, conjuntamente con el segundo marido, en la administración de los bienes de los hijos del primer lecho.

194. En diversos lugares de este comentario sobre tutela (núms. 121 y 178) hemos expuesto que desde la antigua legislación (núm. 170) era principio universalmente reconocido, como lo es por las leyes modernas, el *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. En virtud de esta soberanía que se respeta en el testador, ha habido necesidad de declarar que deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por él para la administración de la tutela, con tal de que no



sean contrarias á las leyes, y salvo que, por estimarlas dañosas á los menores, el Juez las dispense ó modifique. Para este caso, unos Códigos, como los del Distrito Federal (arts. 543 del de 1870 y 443 del actual) prescriben que el Juez oiga al tutor y al curador; otros, como el de Tlaxcala (art. 341), por no admitir la curatela (núm. 111), se refieren solo al tutor; y otros, como los de Veracruz (art. 389) y de Estado de México (art. 336), prescriben que el Juez oiga al Consejo de familia. Tal es la sola limitación que á la soberanía del testador ponen las leyes, pues fuera de ella, ya hemos visto (núm. 121) que puede nombrar tutor á plazo, *a die ó ad diem*, ó bajo condición. Así lo reconocen todos nuestros Códigos, previniendo que si por tal causa faltare el tutor testamentario, el juez provea al menor de tutor interino conforme á las reglas generales sobre nombramiento de tutores (arts. 544 del Código civil del Distrito Federal de 1870 y 444 del actual). Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. *cits.*) dicen también que, cuando falte temporalmente el tutor testamentario, el Consejo de familia, con aprobación del Juez, deberá proveer de tutor interino al menor. Según todas estas legislaciones, se trata aquí de un caso de tutela dativa, de que nos ocuparemos más adelante.

195. En ejercicio de ese omnímodo poder del testador, claro es que las leyes tenían que reconocer cómo él podía, ó bien nombrar un tutor para cada menor, ó uno solo común para todos, ó varios para uno solo. Esta facultad es reconocida por nuestros diversos Códigos que, al obrar así, se ocupan de la manera de hacer efectiva la voluntad testamentaria. De esta suerte, si el testador ha nombrado ya un tutor común para varios menores, ó varios tutores para un solo menor, se previene que en el primer caso, si los intereses de alguno ó algunos de los menores fueren opuestos á los de otros, el tutor lo ponga en conocimiento del Juez, quien está obligado á nombrar un tutor especial que defienda los intereses de los menores que aquel de-

signe, mientras se decide el punto de oposición; y en el segundo, desempeñe la tutela el primer nombrado, sustituyéndole los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción, salvo siempre la voluntad expresa del testador á este respecto (arts. 386, 387 y 388 del Código de Veracruz; 333 y 335 del de Estado de México; 339 del de Tlaxcala; 534, 535, 541 y 542 del del Distrito Federal de 1870 y 435, 436, 441 y 442 del actual). Se ve que así se salva el principio que en otra parte expusimos, respecto de la unidad de la tutela (núm. 119).



#### CAPITULO IV.

##### I — LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES.

Art. 445. Hay lugar á la tutela legítima:

I. En los casos de suspensión ó pérdida de la patria potestad, ó impedimento del que debe ejercerla.

II. Cuando no hay tutor testamentario.

III. Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

Art. 446. La tutela legítima corresponde:

I. A los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas.

II. Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre.

Art. 447. Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, ó varios tíos de igual grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección.

Art. 448. La falta temporal del tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

#### CAPITULO V.

##### DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES Y SORDO-MUDOS.

Art. 449. El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

Art. 450. Los hijos varones mayores de edad, son tutores de su padre ó madre viudos.

Art. 451. Cuando haya dos ó más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre ó de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

Art. 452. El padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela.

Art. 453. A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo á los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados á ella el abuelo paterno; en falta de éste, el materno; en falta de éste, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tíos paternos; y en la de éstos, los maternos. Respecto de los hermanos y de los tíos, se observará lo dispuesto en los artículos 446 y 447.

Art. 454. El tutor de un incapacitado que tenga hijos menores en su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente á quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

#### CAPITULO VI.

##### DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

Art. 455. La ley coloca á los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido, la cual tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

Art. 456. Los Directores de las inclusas, hospicios y demás



*casas de beneficencia donde se reciban niños abandonados, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo á las leyes y á lo que prevengan los estatutos del establecimiento.*

*Art. 457. En el caso del artículo anterior no es necesario discernimiento del cargo.*

#### SECCIONES IV, V y VI.

196. Cualquiera que en todo tiempo haya sido el respeto de las leyes en orden á la voluntad del testador, por lo que hace á la designación de la persona que desempeñe la tutela de los hijos después de la muerte de aquel, resulta inconcuso que las mismas leyes se han ocupado siempre de la tutela legítima, que es aque la que toma su origen, no ya de la voluntad del hombre, como la testamentaria, sino del precepto expreso del legislador. Y es que había que preveer el caso en que la tutela testamentaria faltase, siendo entonces necesario que las leyes procediesen de la misma manera que cuando se trata de la distribución de los bienes después de la muerte del propietario. Así, la genealogía de las ideas es igual en un caso y en otro. Para no hablar, entre las legislaciones más antiguas, sino de la romana, es de observarse que las XII Tablas deferían la tutela al agnado más próximo, heredero legítimo del pupilo (1). La transformación que de agnática convirtió la herencia en cognática, se verificó también respecto de la tutela. Esto explica que la madre fuese llamada á la tutela á falta del agnado como un primer paso en la humanización de la primitiva y austera forma de la familia romana. En el último estado del derecho, según la Novela 118, el más próximo cognado capaz es tutor legítimo: la madre misma y la abuela lo son; pero no sucedía lo mismo anteriormente. Justiniano todavía repite la prescripción de las XII Tablas, según la cual, á falta de tutor testamentario, eran llamados, como legítimos, los agnados, que eran los parientes por el sexo masculino (*per virilis sexus*). La tutela legítima tenía lugar en cuatro casos: 1º cuando el padre de familia había muerto sin testar, ó al menos sin nombrar

(1) Ortolan, "Explicat. hist. des Inst.," lib. 1, tit. 15.

tutor en su testamento; 2º cuando el tutor nombrado moría antes que el testador; 3º cuando el tutor testamentario, después de haber desempeñado durante algún tiempo su cargo, moría ó perdía los derechos de ciudadano, antes de que el pupilo hubiera alcanzado la pubertad: la tutela, entonces, pertenecía á los agnados por todo el tiempo restante; y 4º cuando el testador había nombrado el tutor por cierto tiempo ó bajo cierta condición.

197. Además de la tutela legítima de los agnados, se conocía en el derecho romano la de los patronos, que aunque no expresamente establecida por la ley, fué considerada por los jurisconsultos como invívita en la prescripción de las XII Tablas. Ella tenía lugar sobre el manumitido impúber y en favor del patrono ó de sus hijos. Se conocía también en el derecho romano otra especie de tutela, que era también llamada legítima, á semejanza de la anterior: era la tutela de los ascendientes sobre los hijos ó hijas, nietos ó nietas, ect. ect., emancipados antes de su pubertad (1). Finalmente, existía también la tutela fiduciaria, que era la de los hijos del padre emancipador sobre los hijos ó nietos emancipados, cuando aquel había fallecido antes de la pubertad de estos (2).

198. Hemos visto en otra parte (núm. 5) que la tutela legítima á cargo de la madre existía según el Fuero Juzgo, muerto el padre, sobre los hijos que hubieran cumplido quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, pues en caso contrario, y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. El mismo código visigótico prevenía, para el evento de que no existiera tal hermano, ó de que careciera del requisito expresado, que la tutela fuese encomendada al tío ó á su hijo. Son las leyes Alfonsinas las que de una manera más terminante y siguiendo el sistema de renuencia de la legislación romana para otorgar la patria potestad á la madre, proclaman que la tutela legítima pertenece á la madre y en su defecto á la abuela, con tal de que prometiera no

(1) Ulp. "Reg." 11, § 5.—Gaius, 1, §§ 166 y 195.—"Dig." lib. 26, tit. 4, t. 3, § 10.

(2) "Dig." lib. 26, lib. 4, tit. 4.—"Cód. lib. 5, tit. 31, libs. 4 y 5.—"Dig." lib. 26, tit. 4, lib. 10, § 1.—Novela 108, cap. 5.