

10.—El juicio de incapacidad ha sido establecido en beneficio de los desgraciados; pero si para el verdaderamente incapacitado es un bien, tratar de interdecir á un hombre sano, sobre ser un acto tiránico, es afrentoso; por esta razon, el que dolosamente lo promueva, ya respecto de sí mismo, ya respecto de otro, incurre en las penas que la ley impone por la falsedad y la calumnia; y es, además, responsable de los daños y perjuicios que se hayan seguido á la persona á quien intentó interdecir.<sup>1</sup>

11.—Hemos dicho antes que la interdiccion no debe durar mas allá de la duracion del impedimento que la causa: cuando vuelve la razon al demente, el pródigo se corrige, ó el menor llega á la edad señalada por la ley, la justicia exige que ni un solo dia despues de que haya desaparecido el impedimento subsista el estado de interdiccion en que se hallan estas personas; por esto, exceptuando el caso de mayoridad, porque entonces sin previa declaracion y por solo haber cumplido el menor la edad legal acaba la incapacidad, aun despues de pronunciada sentencia irrevocable, el juez, á peticion del mismo incapacitado, del cónyuge, del tutor ó de los herederos forzosos, puede cambiar la interdiccion absoluta en parcial; modificar esta, ampliándola ó restringiéndola; ó cambiarla en absoluta, segun que mejoren ó empeoren las facultades intelectuales ó la conducta del incapacitado;<sup>2</sup> pero para hacer cualquiera de estas variaciones, el juez procederá como en juicio de interdiccion, con previo reconocimiento y precisa audiencia del curador.<sup>3</sup> La sentencia que recaiga es apelable en ambos efectos; y si el tutor apela de la que fuere favorable al incapacitado, se nombrará á este, por el tribunal de se-

<sup>1</sup> Art. 520.—<sup>2</sup> Art. 521.—<sup>3</sup> Art. 522.

gunda instancia, un tutor interino.<sup>1</sup> Tambien es apelable en ambos efectos la sentencia que mande cesar la interdiccion, y en la segunda instancia se hará el nombramiento de qué acabamos de hablar, si fuere necesario.<sup>2</sup>

12.—En todas las disposiciones de este capítulo se podrá advertir, que la mira principal del legislador es el cuidado y conservacion así de las personas como de los bienes de los incapaces; pero esto ha de ser sin perjuicio de un tercero que, obrando inocentemente, se engañara al contratar con los incapacitados, ignorando su estado. Para evitar los perjuicios y las dificultades que podrian sobrevenir de tal ignorancia, y con el fin de que no se pueda alegar injustamente por los que quieran aprovecharse de la situacion de estos desgraciados, la ley ordena que todos los autos en que se nombre tutor, sea interino ó definitivo, las sentencias que declaren la interdiccion y las que le pongan término, se publiquen por los periódicos.<sup>3</sup>

## CAPITULO V.

### De la tutela testamentaria.

#### RESUMEN.

1. Quién puede nombrar tutor testamentario. A quiénes se les puede sujetar á esta tutela.—2. Efectos del nombramiento. Nombramiento de tutor comun. Nombramiento de varios tutores.—3. Cómo debe desempeñarse la tutela en este caso.—4. Casos en que no puede darse tutor.—5. Facultades del testador al nombrar tutor. Aprobacion del juez.—6. Falta del tutor testamentario. Cómo se provee á la tutela.

1.—El acto de nombrar el padre en su testamento una persona que despues de su muerte cuide de sus hijos, es lo que se llama dar tutor testamentario. El hacer tal designacion es un derecho que todos los padres tie-

<sup>1</sup> Art. 523.—<sup>2</sup> Art. 524.—<sup>3</sup> Art. 525.

nen, derivado de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, pues en todos tiempos se consideró que aquel que por la naturaleza y la ley tiene obligación de criarlos, educarlos y establecerlos durante su vida, conserva igualmente derecho para nombrar persona que, después de su muerte, cuide en su lugar del cumplimiento de aquellas obligaciones. El padre designará indudablemente á sus mejores y mas fieles amigos, á los cuales puede instruir sobre los caracteres, pasiones y necesidades de sus hijos, que solo él conoce, y que acaso no puede confiar á todo el mundo. La ley respeta esta voluntad, y confirmando lo que la naturaleza aconseja, consigna de una manera expresa el derecho que tienen los que ejercen la patria potestad, aun cuando sean menores, de nombrar tutor en su testamento á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusion del póstumo y del desheredado.<sup>1</sup>

Se llama póstumo al hijo que nace después de la muerte de su padre, el cual, como desde que está concebido se considera vivo para todo lo que pueda ser en su beneficio, la ley lo considera presente, siempre que se trata de derechos que tenga ó que sobre él se ejerzan. Se llama desheredado al hijo que por alguna causa de las que la ley señala, haya sido privado del derecho de suceder á su padre. Respecto del primero, supuesto que el nombramiento de tutor es en beneficio suyo, la ley autoriza al padre para hacerlo; y en cuanto al segundo, aunque el padre, usando de la facultad que le concede la ley, lo haya declarado inhábil para heredarle, no por eso ha perdido los derechos que le da la patria potestad, y siendo uno de ellos el de nombrarle tutor testamentario, el padre puede hacerlo.

1 Art. 526.

Tambien puede nombrar tutor testamentario aquel que en su testamento deja bienes, sea por herencia, sea por legado, á un incapaz que no está ni en su patria potestad, ni en la de otro; pero dicho tutor solo será para la administracion de los bienes que le deja.<sup>1</sup>

Dijimos antes que la tutela reconoce por base la patria potestad; de suerte que, segun este principio, nadie sino los que la ejercen, podrian hacer tal nombramiento; pero aunque en rigor esto debe ser así cuando se trate del cuidado de la persona, tratándose solo de los bienes donados es justo concederle tal facultad al que los dona, pues debe proveer á la conservacion de ellos, completando así el beneficio hecho, y libertando al heredero de que él mismo los dilapide, ó de que los que lo representen los conviertan en su provecho. Tambien puede usar de esa facultad el menor no emancipado que no tenga herederos forzosos,<sup>2</sup> pues militan para ello las mismas razones que se tuvieron presentes al concederlo á todo testador, respecto del heredero ó legatario extraño; debiendo advertirse que lo que de este se dice, debe entenderse tambien del hijo espurio, á quien si fuere nombrado heredero ó legatario en lo que permite la ley, puede nombrársele tutor testamentario.<sup>3</sup>

En los casos de incapacidad intelectual, cuando por la interdiccion del hijo incapacitado tenga la tutela su padre, este puede nombrarle tutor en su testamento, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela,<sup>4</sup> porque no pudiendo el padre ser tutor del demente sino en caso de no tener este hijos, como veremos adelante, parece natural que él sea quien designe la persona que por su falta haya de cuidar de su persona y de ad-

1 Art. 527.—2 Art. 529.—3 Art. 528.—4 Art. 536.

ministrar sus bienes. Lo mismo debe decirse de la madre en el caso de que ella sea la que ejerza la tutela por falta del padre,<sup>1</sup> pues de derecho le corresponde; de modo que la ejercerá aun cuando el padre haya nombrado tutor, si ella puede serlo conforme á la ley. No puede decirse lo mismo, si la interdiccion del hijo provino de prodigalidad, en cuyo caso la madre no puede nombrar tutor al pródigo, por estar reservada tal facultad á solo el padre, aun cuando la madre viva<sup>2</sup> y pueda ejercer la tutela; la razon de esto es, que las madres generalmente son débiles para con sus hijos, los cuales ejercen una gran influencia en su corazon; y siendo esto así, nombrar á la madre tutora del pródigo, equivaldria á dejarlo sin tutela. Fuera de los casos mencionados, no puede darse tutor testamentario á ningun incapacitado.<sup>3</sup> Se puede, pues, nombrar tutor testamentario á todo el que está bajo la patria potestad de su padre; á aquellos que aunque no están sujetos á este poder, son nombrados herederos ó legatarios con relacion á solo los bienes, y á los incapacitados sobre quienes ejercen el padre ó la madre la tutela.

2.—La patria potestad concedida á los abuelos, tuvo por causa, como dijimos en el título respectivo, el que el legislador quiso crear con ello á los huérfanos una nueva defensa, pues algunos casos prácticos enseñaban que habia situaciones desgraciadas en que los menores padecian á la vista de sus ascendientes, sin que estos pudieran remediar el mal; pero desde luego se comprende que entre nosotros serán raros los casos en que los abuelos puedan ejercer la patria potestad, porque casi siempre los hombres de nuestro clima no alcanzan su segunda

1 Art. 537.—2 Art. 538.—3 Art. 539.

generacion sino en la decrepitud, ó llenos de achaques que les impiden el cuidado de negocios que no sean ellos mismos. Esta consideracion funda la facultad que los padres tienen para nombrar tutor testamentario, aunque haya ascendientes en quienes recaiga la patria potestad, pues el legislador no quiso que el derecho concedido á estos se convirtiera en daño suyo, ó por lo menos, en perjuicio de los menores, que no hallarian en el abuelo una defensa, sino mas bien una ocasion mas á propósito para perjudicarse. Nombrado tutor por el padre, los abuelos quedan excluidos de la patria potestad que deberia recaer en ellos por muerte del padre ó de la madre.<sup>1</sup> Si viviere la madre cuando el padre haga tal nombramiento, no subsistirá este, pues aquella ejerce por derecho la patria potestad sobre sus hijos, y este derecho no puede serle arrebatado á voluntad del padre.<sup>2</sup> Pero si el nombramiento del tutor lo ha hecho no el padre, sino algun ascendiente, este acto priva de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demas ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren;<sup>3</sup> mas esto no debe entenderse de una manera absoluta. Cuando el padre hizo el nombramiento de tutor, en consideracion á que existia algun impedimento en el ascendiente á quien correspondia ejercer la patria potestad, si despues desaparece el impedimento, cesará la tutela y entrará el ascendiente al ejercicio de aquel derecho, á menos que el padre hubiere declarado expresamente que la tutela continúe aun despues de que este haya cesado.<sup>4</sup>

3.—Dijimos al principio que un menor no puede tener muchos tutores á la vez, porque tal cosa impediria la buena administracion de este delicado encargo; pero

1 Art. 530.—2 Art. 531.—3 Art. 532.—4 Art. 533.

debe tenerse presente que esta prohibicion no impide que pueda nombrarse un mismo tutor para muchos menores, en cuyo caso no se encuentra dificultad alguna, pues siendo de una misma familia y de intereses comunes, es mas conveniente que una sola persona los maneje en beneficio de todos;<sup>1</sup> sin embargo, si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fuésen opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los menores que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposicion,<sup>2</sup> concluido el cual, prosigue en la administracion el tutor comun. Si se nombraren muchos tutores para un solo menor, como no podrian ejercer todos la tutela por las razones ya expuestas, la desempeñará el primero nombrado; y si este se excusare, murierë, fuere removido ó quedare incapacitado, y el testador no hubiere previsto este caso, lo sustituirán los que le sigan en el órden de su nombramiento;<sup>3</sup> mas si al nombrarlos, el testador hubiere establecido el órden en que deben sucederse en el desempeño de la tutela, debe respetarse la voluntad del testador.<sup>4</sup>

4.—Como la tutela es una institucion creada por la ley civil para la defensa de los huérfanos é incapacitados que no pudiendo defenderse por sí mismos, están expuestos á sufrir perjuicios que no tendrian reparacion posterior, es indudable que cuando esta defensa no es necesaria, ya porque el hombre haya adquirido la madurez de juicio conveniente para manejarse por sí mismo, ya porque esté en el uso completo de sus facultades intelectuales, la tutela no tiene lugar; por esto no se les puede dar tutor á los mayores de edad, pues estos han salido

1 Art. 534.—2 Art. 535.—3 Art. 541.—4 Art. 542.

ya de la patria potestad, y son hombres *sui juris*, como se expresa el derecho romano; ni á los mayores de diez y ocho años y menores de veintiuno que estén legalmente emancipados,<sup>1</sup> por una razon idéntica.

5.—Concedido al padre el derecho de nombrar en su testamento tutor para sus hijos, debió ser consiguiente en él la facultad de fijar reglas para la administracion de esta tutela; de imponer condiciones de acuerdo con los intereses de sus hijos, y de limitar los derechos del tutor en casos determinados. La tutela testamentaria es la verdadera tutela y la que las leyes han respetado siempre mas, porque para que un encargo semejante pudiera ser verdaderamente fructuoso para los hijos, solo podia hacerse por el padre que, como hemos dicho antes, es el único que puede saber todas las necesidades de sus hijos, autorizándolo esta ciencia para fijar reglas, limitaciones y condiciones en la administracion de la tutela, las cuales deben ser respetadas siempre que no sean contrarias á las leyes. Si estuvieren en oposicion con lo que estas prescriben, y al juez, con audiencia del tutor y el curador, no le pareciesen convenientes, sino dañosas á los menores, podrá dispensarlas ó modificarlas en provecho de estos.<sup>2</sup>

6.—Cuando falta el tutor testamentario, sea porque el padre no haya hecho tal nombramiento, sea porque el nombrado lo haya sido condicionalmente; se haya excusado de ejercer este cargo conforme á la ley; haya muerto; fuese removido de su administracion, ó tenga impedimento para desempeñarla, aun cuando sea temporalmente, el menor ó incapaz vuelven á quedar en el mismo estado que cuando se le hizo el primer nombramiento, y

1 Art. 540.—2 Art. 543.

están expuestos á los mismos peligros que entonces; la ley en este caso, no queriendo que falte ni por un momento quien los represente, manda proveer de nuevo á su cuidado, disponiendo que el menor quede sujeto á tutela legítima, cuyas reglas vamos á explicar en el capítulo siguiente.<sup>1</sup>

## CAPITULO VI.

### De la tutela legítima.

#### RESUMEN.

1. Qué es la tutela legítima.— 2. Cuándo tiene lugar.— 3. A quiénes corresponde.  
Sobre quiénes se ejerce.

1.—La tutela que ejercen los parientes del huérfano sobre él, por falta de tutor testamentario, es la que lleva el nombre de legítima. Diósele este nombre, porque provenia de la ley, que obligaba á los parientes á tomar la tutela de su pariente, precisándolos á cumplir esta carga en recompensa del derecho que tenían de heredarle. Por esto estaban obligados á desempeñarla, la madre primeramente, despues la abuela, y luego todos los demas parientes, segun sus grados, los cuales daban fianzas y prestaban juramento de desempeñar lealmente el encargo.

En nuestras leyes actuales la madre y la abuela no son tutoras, sino que ejercen la patria potestad, cuyas obligaciones son mas extensas y producen una responsabilidad mas eficaz. Tampoco entran á ella todos los parientes, porque aunque esta prescripcion era mas natu-

<sup>1</sup> Art. 544.

ral, en nuestros tiempos no seria tan conveniente como cuando se dió, así porque los lazos de familia no son ya tan fuertes, como porque no existe grande interes por la felicidad de aquellos que distan algunos grados de nosotros, y á quienes se considera casi siempre como extraños. Los de grado muy próximo, que comunmente viven bajo un mismo techo y están ligados, además, por el vínculo de un trato frecuente y antiguo, son los que la ley ha preferido, sin pasar mas allá.

2.—Como antiguamente, tiene lugar entre nosotros la tutela legítima:

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

II. Cuando no hay tutor testamentario:

III. Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.<sup>1</sup>

En el capítulo anterior expusimos que la patria potestad es el fundamento de la tutela; de suerte que el padre, en tanto puede nombrar tutor testamentario, en cuanto que tiene el ejercicio de este poder sobre la persona para quien lo nombra. Esto supuesto, luego que aquella falta se pierde el derecho de establecer esta, y en tal razonamiento está fundada la fraccion primera del artículo citado. Por lo que hace á la segunda, es indudable que faltando el tutor testamentario no puede sustituirse con otro de la misma clase, porque en nadie sino en el que hizo el nombramiento existe tal facultad, y él no puede ejercitarla despues de la muerte. Lo mismo debe decirse de la falta temporal del tutor, pues para suplirlo no es preciso señalar uno distinto de aquellos á quienes la ley comete este encargo por su falta absolu-

<sup>1</sup> Art. 545.

ta.<sup>1</sup> Cuando en el divorcio hay culpa por parte de ambos cónyuges, la ley, como vimos en su lugar, provee á la tutela de los hijos; esta tutela es la legítima, así porque no hay tutor testamentario, como porque la ley llama con preferencia á los parientes mas próximos, que indudablemente son los mas interesados en ello. Fuera de estos casos, no hay lugar á la tutela legítima.

3. Corresponde desempeñar esta tutela:

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

II. Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tios, hermanos del padre ó de la madre.<sup>2</sup>

Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, ó varios tios de igual grado, como no todos pueden ser tutores, sino uno solo de ellos, y como entre los que se presenten podrá haber personas mas ó menos á propósito para el objeto, el juez elegirá entre ellos el que le parezca mas apto para el cargo.<sup>3</sup>

Perdida para nosotros la tutela del padre sobre el hijo menor emancipado, y la que el hermano ejercía sobre este por la muerte de aquel, lo mismo que la que se llamó *patronorum* entre los romanos, tenemos en cambio otras tutelas legítimas que ha creado la ley para los dementes, idiotas y sordo-mudos, y la especial para los pródigos. De todas ellas trataremos en los dos capítulos siguientes.

1 Art. 548.—2 Art. 546.—3 Art. 547.

## CAPITULO VII.

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

### RESUMEN.

1. Quiénes son por derecho tutores de los dementes, idiotas y sordo-mudos.—
2. A falta de tutor testamentario y legítimo, qué personas son llamadas á ejercer la tutela.

1.—Los mismos principios que dictaron la restricción del ejercicio de la tutela legítima de los menores á solo los hermanos y tios de estos, fundan las disposiciones del presente capítulo al señalar á las personas indicadas en él como tutores forzosos de los dementes, idiotas y sordo-mudos. En efecto, si los menores merecieron el cuidado del legislador, era natural que mas especialmente se fijara en las personas que no pueden manejar sus intereses por alguna enfermedad que los coloca en el estado mas desdichado que se pueda concebir. Así es, que si el legislador creyó conveniente que el menor fuera cuidado por los parientes, que estando mas unidos á él por el vínculo de la sangre y el trato ordinario, le tienen mayor cariño y lo protegerán mas, cuando señala al marido como tutor legítimo ó forzoso de la mujer demente, ó á esta, cuando el inhábil es aquel,<sup>1</sup> ha procedido con igual zelo. A nadie podía encargar mejor el cuidado del enfermo y la conservacion de sus bienes, que á su cónyuge, unido con él por lazos sagrados, interesado con él en la prosperidad de su familia, y obligado de antemano, por el contrato de matrimonio, á socorrerlo en sus necesidades y partir en su compañía las penas de la

1 Art. 549.

vida: Mas si el padre ó madre enfermó es viudo, tampoco se puede encontrar quien pueda amarlo más que sus propios hijos, cuyo amor no puede ponerse en duda, siendo ellos, por consiguiente, el apoyo y alivio mas natural y mas seguro que la ley puede darles. Sin embargo, al decir hijos, deben entenderse los varones mayores de edad,<sup>1</sup> pues las mujeres necesitan las mas veces ellas mismas de tutela. Cuando hay varios hijos que puedan ser tutores, deberá elegirse el que viva en compañía del padre, ya porque este conocerá mejor la manera de tratarlo, ya porque debe suponerse que su cariño hácia él es mas tierno, como robustecido por el trato ordinario. Si hay varios hijos que vivan en compañía del padre ó de la madre, el juez elegirá de entre ellos al que le parezca mas apto.<sup>2</sup>

Iguales razones apoyan la doctrina de la ley respecto de la tutela del hijo enfermo, que no teniendo hijos varones que puedan desempeñarla, es encomendada al padre, y por su muerte ó incapacidad á la madre que se conserve viuda. La tutela la ejercerá sobre los hijos, sean legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos,<sup>3</sup> pues si los padres dementes, idiotas ó sordo-mudos, quedan con la mejor defensa encargados á sus hijos, estos en ninguna situacion pueden quedar mejor asegurados que con sus padres.

2.—Si falta tutor testamentario, ó no existen las personas á quienes la ley designa para tutores legítimos, serán llamados para desempeñar la tutela, el abuelo paterno; en falta de este, el materno; en falta de este, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tios paternos, y en la de estos los maternos. Respecto de los

1 Art. 550.—2 Art. 551.—3 Art. 552.

hermanos y de los tios, se observará lo dispuesto en el capítulo anterior.<sup>1</sup> Desde luego se nota que en este punto la ley siguió en el nombramiento de tutores los afectos de la naturaleza, buscando primero la línea recta, porque en ella los sentimientos son mas vivos, y despues la colateral en su mayor proximidad, por las razones ya expuestas.

## CAPITULO VIII.

### De la tutela del pródigo.

El objeto de este capítulo ha sido, en todos los códigos modernos, motivo de acaloradas discusiones, cuyo vario resultado dió ocasion á que en unos se adoptara la tutela del pródigo, modificándose en otros, y rechazándose absolutamente en alguno. Al hablar de su interdiccion, expusimos brevemente las razones que apoyan la disposicion legal que los priva de la administracion de sus bienes, y estas mismas razones deben tenerse presentes al hablar de su tutela. Esta ha sido confiada por la ley al padre, á quien nombra de derecho tutor del hijo pródigo, puesto que aquel cuidará siempre, mejor que cualquiera otro, de sus bienes, como interesado grandemente en la suerte de su generacion, y de quien, sin duda, recibirá menos mal la intervencion el hijo; porque además del carácter legal que le da la ley, lleva consigo la autoridad paterna, que le concilia los respetos y la veneracion que aconseja la naturaleza. A falta del padre, el tutor será nombrado por el juez, si aquel no le hubiere dado tutor testamentario.<sup>2</sup>

1 Art. 553.—2 Art. 554.