lo quisiesse guardar, estonce la madre e los otros parientes que heredaren á este mozo, si moriesse sin testamento, deuen é pueden pedir al juez del lugar que le de guardador atal que sea bueno e rico e que entienda que lo recibe mas por pro del mozo, que de si mismo. E si estos atales non piden guardador á tal mozo, como sobredicho es, pierden por ende aquel derecho que auian, de heredar en los bienes del huérfano, si muriesse sin testamento (1). A semejanza de estas disposiciones, el que habla, propone se adicione el artículo del *Proyecto* con esta frase: *y del de suceder sin testamento si no hubiere llegado á darse el aviso por cualquier otra persona.*

El artículo, así adicionado, es aprobado y queda como 304 del nuevo Código.

---

## CAPITULO II.

### De la tutela testamentaria.

**Proyecto Sierra** (art. 193): "El padre, aun siendo menor de diez y ocho años, tiene derecho de nombrar en testamento tutor para sus hijos menores, con inclusión del desheredado y el póstumo."

**El Sr. Lacunza** manifiesta que, habiendo aceptado la Comisión á la madre, lo mismo que á los abuelos maternos, para el ejercicio de la patria potestad (2), debe re-

1 Partida 6, tít. 16, l. 12.
2 Véase *supra* art. 271 del nuevo Código.



formarse en ese sentido el artículo del *Proyecto*. Igualmente debe serlo en cuanto á la mención de edad que contiene, pues basta que se trate de nombramiento de tutor en testamento, para que se entienda que el menor de edad ha de ser capaz, como se requiere para que teste. No hay necesidad tampoco de expresar que el tutor testamentario puede ser nombrado á los hijos menores, pues los mayores, por razón de edad, no lo necesiten. Por lo demás, tomada la idea fundamental del artículo, del 177 del Proyecto de Goyena, no hace sino seguir la tradición del antiguo derecho, que la mayor parte de los Códigos modernos respeta muy especialmente en este punto. Así, se recordará que desde el primer monumento de la legislación romana (XII Tablas, tít. 18) se dijo: *Pater familias uti legassit super pecunia, tutelave suæ rei, ita jus esto* (1). La facultad de nombrar tutor testamentario al desheredado y al póstumo se remonta también á las leyes romanas, al primero porque la tutela es una consecuencia de la patria potestad, y al segundo por el principio de que al simplemente concebido se le considera como nacido para todo lo que pueda serle útil (2). En consecuencia propone que el artículo quede redactado en los siguientes términos: *Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del desheredado y del póstumo.*

**El Sr. Escudero** se muestra de acuerdo con la redacción anterior; pero propone, en debido respeto al derecho de propiedad, que también se permita nombrar tutor tes-

1 *Dig.* lib. 50, tít. 16, l. 120.-Partida 6, tít. 16, l. 3.
2 *Dig.* lib. 26, tít. 2, l. l. 4 y 10, § 2.-*Id.* lib. 1, tít. 5, l. 7.

tamentario al que no tiene patria potestad, si instituye al menor heredero ó legatario y para solo el efecto de la administración de los bienes. Goyena acepta este pensamiento, aunque deja de formular un texto especial sobre él (1).

**El Sr. Lacunza** está conforme; pero entiende que conviene, para mayor claridad, formular primero el principio de la tutela testamentaria, como consecuencia de la patria potestad. Advierte, además, que el nombramiento de tutor á que se refiere el Sr. Escudero, se supone, que no ha de tener efecto en menoscabo de la patria potestad, la cual debe ser siempre respetada por la ley.

**El Señor Ministro de Justicia** (Teran) indica que primero se apruebe la redacción propuesta por el Sr. Lacunza, y en seguida redacte el Sr. Escudero su pensamiento.

Queda aprobada la redacción presentada por el Sr. Lacunza, la cual pasa á ser el art. 305 del nuevo Código.

---

**El Sr. Escudero** propone, en el sentido de sus ideas manifestadas antes, la siguiente redacción: *El que no tiene patria potestad y deja por herencia bienes á un menor que no está sujeto á la patria potestad, puede nombrarle tutor para sólo la administración de los bienes que le deja.*

La redacción es aprobada y queda como art. 306 del nuevo Código.

---

**Proyecto Sierra** (art. 194): "En defecto del padre corresponde á la madre el mismo derecho. Pero si en virtud de haber pasado á segundas nupcias no se le hubiere deferido la administración de los bienes del hijo menor y nombrase por tutor á su marido, para que valga el nombramiento, será necesaria la confirmación del consejo de familia.»

1 Goyena, *Proyecto*, art. 177.



**El Sr. Lacunza** expone que la primera parte del artículo debe suprimirse, por innecesaria, supuesto lo dicho ya en el art. 305 del nuevo Código, en relación con el 271 del mismo. En cuanto á la segunda, recordará la Comisión el art. 298 del mismo Código con el cual está, en perfecto acuerdo, en este punto, el *Proyecto Sierra*. El que habla, sin embargo, propondría, como requisitos para la validez de este nombramiento de tutor, la aprobación del consejo de familia y la confirmación del juez. En consecuencia, propone la siguiente redacción del artículo: *Si la madre á quien no se le hubiere deferido la administración de los bienes del hijo menor, á virtud de haber contraído segundas nupcias, nombrase por tutor á su marido, para que valga le nombramiento será mecesaria la aprobación del consejo de familia y confirmación del juez.*

Esta redacción es aceptada y queda como art. 307 del nuevo Código.

---

**Proyecto Sierra** (art. 195): «El padre y en su caso la madre, puede nombrar un solo tutor para sus hijos menores ó encargar la tutela de cada uno de estos á persona diferente, aunque le sobreviva su consorte, siempre que éste no pueda entrar en el ejercicio de la patria potestad; pero cesando la incapacidad ó impedimento, cesará también el tutor testamentario.»

**El Sr. Lacunza** no encuentra inconveniente en la aprobación del artículo en cuanto á su primera parte, que

está literalmente tomada del art. 179 del Proyecto de Gollena, pues ella enuncia un principio justo, de acuerdo con el art. 301 del nuevo Código sobre unidad de la tutela en orden á la persona que ha de ejercerla. No opina del mismo modo respecto de la segunda parte, pues no guarda armonía con el art. 271 también del nuevo Código, según el cual, á falta de los padres. deben entrar al ejercicio de la patria potestad los abuelos.

**El Sr. Ramírez** cree que la observación del Sr. Lacunza se satisfará completamente con sólo preveer que falten también los abuelos.

**El Sr. Lacunza** dice que él propondría la supresión de la primera parte del artículo del *Proyecto* por innecesaria, toda vez que ya se preceptuó la unidad de la tutela en el art. 301. En cuanto á la segunda, diría: «Cuando los que tienen patria potestad nombren tutor sobreviviendo otra persona que podría entrar en ella porque ésta tenga impedimento de ejercerla, cesando el impedimento cesará el tutor y el ascendiente á quien toque ejercerá la patria potestad.»

**El Sr. Méndez** indica que tal vez fuera conveniente limitar á los padres, sin extenderla á los abuelos, la prerrogativa de no poder ser excluidos de la patria potestad por el nombramiento de un tutor, pues los primeros, titulares inmediatos de aquella, pueden, en algunos casos, tener serias razones para que la dirección moral y la administración de los bienes de sus hijos pasen á cargo de un tutor. El silencio del testador sobre este punto es lo único que puede justificar la severa aplicación que el Sr. Lacunza propone del art. 271 del nuevo Código. En cuanto á la facultad de nombrar tutor testamentario que excluya de la patria potestad á los abuelos, el que habla no la otorgaría sino á los padres. Conforme á estas ideas, podría redactarse el artículo así: «El padre y la madre solamente y no los demás que ejercen la patria potestad tienen derecho de nombrar tutor que excluya de ella á aquellos en quienes hubiera de recaer á falta del padre y de la madre á un mismo tiempo.»



(Durante el Imperio de Maximiliano y á propuesta del Emperador se redactó el artículo en la siguiente forma: *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 en defecto de padre y madre. El padre no puede excluir de la patria potestad á la madre*).

Esta redacción pasó á ser el art. 308 del nuevo Código.

---

**El Sr. Escudero** no está de acuerdo con el Sr. Lacunza en cuanto á la supresión de la primera parte del art. 195 del *Proyecto Sierra*, por el motivo de que la idea esté ya comprendida en la declaración del art. 301 del nuevo Código. Se trata ahora de otra fase del principio sobre unidad de la tutela. Un menor no puede tener al mismo tiempo más de un tutor; pero ¿bastará un solo tutor para varios menores? Esto es necesario decirlo para evitar equivocaciones. Porque, así como la unidad de la tutela, en el primer caso, se justifica atendiendo á que muchos tutores podrían no estar de acuerdo entre sí, con grave daño de la administración de los intereses del menor; del mismo modo, en el segundo caso, podría haber oposición entre los intereses de unos menores con los de otros, conflicto que, siendo uno mismo el tutor de todos, necesariamente colocaría á éste en perplegidades insolubles. ¿Qué hacer en esta emergencia? El que habla no encuentra otra salida que acudir al juez para que nombre un procurador es-

pecial. Así, propone la siguiente redacción: «Los que pueden nombrar tutor pueden hacerlo nombrando uno solo para todos los descendientes ó uno para cada uno de estos. En el caso en que, nombrado un mismo tutor para diversas personas, los intereses de éstas se hallaren opuestos los de unas á los de otras, el Juez designará á quienes sigue representando el tutor y nombrará un procurador especial que defienda á los otros.»

**El Sr. Lacunza** defiere á la opinión del Sr. Escudero, indicando que fuera mejor que el nombramiento del procurador especial se hiciese por el consejo de familia á reserva de ser aprobado judicialmente.

**El señor Ministro de Justicia** (Terán) encomienda al Sr. Lacunza la redacción definitiva del artículo.

**El Sr. Lacunza** propone la siguiente: *El que tenga la facultad de nombrar tutor, podrá hacerlo nombrando uno común para todos los menores, ó para cada cual en particular. Si en el primer caso los intereses de alguno ó algunos de los menores fueren opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del consejo de familia para que nombre un procurador especial que defienda los intereses de aquellos menores que designará el mismo consejo, sujetando el nombramiento á la aprobación judicial.*

La redacción es aprobada y queda como art. 309 del nuevo Código.

---

**El Sr. Ramírez** manifiesta que queda pendiente el caso de que habla la segunda parte del art. 195 del *Proyecto Sierra* y acerca de la cual propuso, ya una redac-



ción (1). Puede suceder, en efecto, que el padre ó madre testadores nombre tutor, aun sobreviviendo el cónyuge ó los abuelos, no precisamente para excluir á aquél ó á estos de la patria potestad, sino porque se hallan incapacitados. En tal caso, cesando la incapacidad, no es justo que continúe la tutela. «Cuando el cónyuge sobreviviente, dice Gollena, no puede entrar en el ejercicio de la patria potestad, se reputa para los efectos de ésta como si no existiera; pero la ficción no puede llevarse más allá de lo que dura la incapacidad, y cesando la causa, deben cesar sus efectos (2).»

**El Sr. Lacunza** dice que, en su oportunidad, impugnó la segunda parte del art. 195 del *Proyecto Sierra* (3) y aun propuso él también una redacción; pero eso fué antes de aprobarse el art. 308 del nuevo Código, según el cual los abuelos pueden ser privados de la patria potestad, mediante el nombramiento de tutor testamentario hecho por los padres. Aprobado ya este texto, el que habla entiende que la adición propuesta por el Sr. Ramírez sería contraria á aquél. En consecuencia, acepta el artículo, sin referirse á los abuelos.

**El Sr. Ramírez** insiste en que se acepte su pensamiento pues si bien reconoce haber aprobado ya la Comisión lo que dice el Sr Lacunza, hay que prever el caso de que el nombramiento de tutor sea condicional en el sentido de que subsista, mientras el consorte supérstite ó el ascendiente á quien correspondiera la patria potestad se halle incapacitado para ejercerla. Así enunciado su pensamiento el que

---

(1) Véase *supra*. pág. 326
(2) Gollena, *Proyecto*, art. 179.
(3) Véase *supra*, pág. 325.

habla no ve la antonomia señalada por el Sr. Lacunza, y al efecto propone la siguientere dacción: *Cuando se hiciere nombramiento de tutor sobreviviendo uno de los consortes á otro que tenga patria potestad; pero que esté impedido para ejercerla, cesando el impedimento cesará también el tutor y se recobrará la patria potestad.*

La redacción es aceptada y queda como art. 310 del nuevo Código.

---

**Proyecto Sierra.** (art. 196): Si el padre ó la madre nombrasen *más de un tutor* á un hijo suyo, *con el fin de que los nombrados se sustituyan unos á otros en caso de muerte, incapacidad, excusa ó separación de alguno de ellos, recaerá la tutela en el primer llamado, salvo qne el testador designe el lugar en que deban entrar á desempeñarla. Siempre que se nombre más de un tutor, se entenderán nombrados por su órden y sustituyéndose unos á otros.*

**El Sr. Lacunza** encuentra muy justificado el artículo, que es el desenvolvimiento del 391 sobre unidad de la tutela. Está tomado literalmente del 180 del Proyecto de Gollena. Sin embargo propone se reforme, de acuerdo con los arts. 271 y 305, diciéndose: *Nombrado más de un tutor con el fin de que los nombrados se sustituyan* etc., etc., pues de otra manera podría creerse que el pensamiento del texto se refiere tan solo á los tutores nombrados por los padres.

Así reformado el artículo, es aprobado y queda como 311 del nuevo Código.

---

**El Sr. Lacunza** expresa que no considera por demás establecer ciertos límites á la facultad de nombrar tutor



testamentario que se concede á los que ejercen la patria potestad, ó dejan bienes á un menor no sujeto á ella, por los arts. 305 y 306 del nuevo Código, pues podría creerse que esa facultad es omnímoda aun en daño del menor. Además, es necesario preveer el caso de que el tutor testamentario falte temporalmente por cualquier motivo. Al efecto, el que habla propone, como último artículo que cierre la materia de la tutela testamentaria, la siguiente redacción: *Cualquiera condición ó limitación en la administración de la tutela ó prevención que hiciere el que nombra el tutor, debe observarse, á menos que el juez, oyendo al consejo de familia, la estime dañosa al menor, en cuyo caso podrá suprimirla ó alterarla. Si por un nombramiento condicional de tutor ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el consejo de familia, con aprobacióu del juez, proveerá de tutor interino al menor.*

La redacción es aprobada y queda como art. 312 del nuevo Código.

---

## CAPITULO III.

### De la tutela legítima.

**Proyecto Sierra** (art. 197): *Tiene lugar la tutela legítima: 1º Cuando no haya tutor testamentario; 2º Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.*

**El Sr. Lacunza** encuentra digno de aprobación el artículo, pues el primer inciso es demasiado claro y el segundo se refiere al supuesto de que los dos cónyuges sean cul-