

tarios, ha ordenado expresamente, que las rentas de sus bienes y aun éstos mismos se apliquen preferentemente á su curacion, y por tal motivo, exige que cuando la mujer desempeña la tutela del marido, le prodigue á éste los cuidados y las consideraciones que su desgracia demanda; y ordena que, en el caso de malos tratamientos, de negligencia en los cuidados debidos á aquel ó de mala administracion de sus bienes, se le remueva de la tutela, á instancia del curador ó de los parientes del marido. (Art. 506. Cód. civ.) (1)

Quando la tutela recae en cualquiera otra persona, se ejerce conforme á las reglas establecidas para la de los menores. Lo cual no quiere decir que la tutela de los incapacitados se asimile en un todo á la de los menores, sino que está regida por las mismas reglas que ésta en cuanto á la administracion; porque siendo idéntico el mecanismo de ambas tutelas, es lógico y natural que funcionen de la misma manera. (Art. 507, Cód. civ.) (2)

De aquí es, que el tutor del incapacitado, lo mismo que el del menor, es su representante en todos los actos civiles, y tiene el deber de cuidar de su persona y administrar sus bienes.

Por la misma razon, el domicilio del tutor es el del incapacitado, y ante el juez de él se deben ventilar todas las cuestiones que se relacionen con los bienes y obligaciones de éste.

En una palabra, la regla á que nos referimos no quiere decir otra cosa, sino que la tutela de los incapacitados está regida por las mismas reglas que la de los menores, en cuanto á la faccion de inventarios, el otorgamiento de la fianza ó la constitucion de la hipoteca, administracion, rendicion de cuentas, causas de incapacidad y excusa, y honorarios del tutor.

La tutela del incapacitado por demencia, idiotismo, imbecilidad y sordo-mudez, cuando la desempeñan el cónyuge, los hijos ó los ascendientes, es indefinida y dura tanto tiempo cuanto dura la interdicion; pero si es ejercida por cualquiera otra persona, puede ce-

(1) Artículo 545, Código civil de 1884.

(2) Artículo 546, Código civil de 1884.



sar á los diez años, si el tutor la renuncia. (Arts. 508 y 509, Cód. civ.) (1)

Es perfectamente perceptible la razon de esta diferencia; pues no es justo gravar por un tiempo largo á las personas que no están ligadas por ningun vínculo con el incapacitado, ó si lo están, tal vínculo no es tan estrecho que pueda hacer soportable la tutela, que en realidad es una carga onerosa. Por el contrario, el cónyuge, los ascendientes y los descendientes no pueden renunciar la tutela, porque están unidos al incapacitado con los vínculos de la sangre, y son sus herederos, circunstancias que hacen perfectamente justa la prohibicion de su renuncia; pues si tienen derechos, justo es tambien que reporten obligaciones.

La interdiccion es la restriccion de la libertad, y por lo mismo, solo puede existir mientras la necesidad la demande. Así es, que cesa, ó bien con la muerte del incapacitado, ó bien con las causas que la determinaron; pero en este caso no cesa de pleno derecho, sino por sentencia definitiva, pronunciada en juicio contradictorio, seguido conforme á las mismas reglas establecidas para la interdiccion. (Art. 510, Cód. civ.) (2)

Hay, pues, lugar á levantar la interdiccion, cuando el incapacitado ha recobrado el pleno ejercicio de sus facultades mentales, mediante un juicio seguido en la forma prescrita para el de interdiccion; pero la ley no indica por qué persona se debe promover tal juicio y contra quién.

Guiados por la autoridad de respetables jurisconsultos nos atrevemos á establecer, que el juicio se debe promover por el mismo incapacitado contra su tutor. Así parece deducirse del precepto que ordena para el levantamiento de la interdiccion la secuela de un juicio segun las reglas seguidas para la declaracion de aquella; pues si en ésta el demandado es el incapaz, es claro que, siguiendo el juicio en sentido inverso para hacer cesar la interdiccion, debe ser el actor.

Pero hay otra consideracion poderosa que milita á favor de esta

(1) Artículo 418, Código civil de 1884. En este precepto se refundieron los artículos 508 y 509 del Código de 1870, suprimiendo las palabras del primero que se referian á la tutela del pródigo.

(2) Artículo 419, Código civil de 1884.

teoría, y que consiste en la necesidad de evitar que parientes desnaturalizados, el tutor á quien es provechosa la administracion de los bienes, permanezca en la inacción, á fin de tener al incapaz perpetuamente en estado de interdiccion, aunque haya recobrado la plenitud de sus facultades mentales.

Pero hay que advertir, que, segun la opinion de aquellos jurisconsultos, tambien puede promoverse el juicio para que cese la interdiccion, por el curador ó por alguno de los parientes del incapacitado.

Es consecuencia de lo expuesto, que en el juicio que tiene por objeto hacer cesar la interdiccion, sean oidos el tutor, el curador y el Ministerio público, y que sean admisibles las mismas pruebas que para la declaracion de estado.

El mismo procedimiento debe observarse, con prévio reconocimiento del incapacitado y prévia audiencia del curador, cuando se trate de modificar la interdiccion, pues aun cuando se haya pronunciado sentencia ejecutoria, el juez á petición del mismo incapacitado, del cónyuge, del tutor ó de los herederos forzosos, puede cambiar la interdiccion absoluta en parcial, modificar ésta, ampliándola ó restringiéndola, ó cambiarla en absoluta, segun que mejoren ó empeoren las facultades mentales ó la conducta del incapacitado. (Arts. 521 y 522, Cód. civ.) (1)

Tanto en este caso como en aquel que se refiere al término de la interdiccion, es apelable la sentencia en ambos efectos; y si el tutor apela de la que fuere favorable al incapacitado, sé debe proveer á éste, por el tribunal de segunda instancia, de un tutor interino. (Arts. 523 y 524, Cód. civ.) (2)

La interdiccion, aunque restrictiva de la libertad, es un beneficio establecido en pró de las personas incapaces, para subvenir á sus necesidades personales y atender á la conservacion y manejo de sus bienes; pero se convierte en un verdadero mal de incalculablés conse-

(1) Los artículos 521 á 523 del Código de 1870, fueron suprimidos en el de 1884 por referirse á la interdiccion parcial que no reconoce.

(2) Tambien fué suprimido el artículo 524, por referirse al procedimiento y estar incluido en parte en el artículo 419 del Código de 1884.

cuencias, cuando se emplea como una arma para ejercer inicuas venganzas.

Por tal motivo, declara el artículo 520 del Código civil, que el que promueve dolosamente juicio de incapacidad, 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 todos los daños y perjuicios que por su conducta se causen. (1)

Este precepto nos conduce á concluir, que tambien la persona incapaz puede solicitar, ó más bien dicho, promover el juicio respectivo para que se declare su propia interdiccion.

Y esta consecuencia nos conduce á otra igualmente importante: luego el incapacitado puede promover el término de su interdiccion, toda vez que puede promover su declaracion de estado, y que aquel juicio se debe seguir en sentido inverso, pero en la misma forma que éste.

Los términos del mismo precepto nos hacen comprender, que las penas que impone á los que dolosamente promueven el juicio de interdiccion, se deben aplicar en esta forma: la pena del delito de falsedad al que promueve la declaracion de estado respecto de sí mismo; la de la calumnia al que la promueve respecto de otro. Si se aplicara ese precepto de otra manera, resultaría el absurdo de que la persona que promoviera su interdiccion sería calumniadora de sí misma.

De lo que hemos expuesto hasta aquí se infiere, que hay una grande analogía entre el incapacitado mayor de edad y el menor, pues ambos son incapaces y están sujetos por tal circunstancia á la tutela; ambos son representados por el tutor, cuyas facultades son idénticas ya se trate de un mayor en estado de interdiccion, ya de un menor de edad. (Art. 507, Cód. civ. (2))

El artículo 515 del Código civil declara que son nulos todos los actos y contratos de los incapacitados mayores de edad, posteriores al nombramiento de tutor interino, si no son autorizados por éste ó por el tutor definitivo en su caso, ó si son contrarios á las restriccio-

(1) Suprimido el artículo 520 en el Código de 1884, fué trasladado al de Procedimientos bajo el número 1,402.

(2) Artículo 546, Código civil de 1884.

nes puestas en la sentencia de interdiccion. Segun este precepto son nulos los actos del incapacitado por solo el hecho de haber sido ejecutados por él, de manera que, probando el demandante que el acto ó contrato que contradice, se ha ejecutado ó celebrado por el incapacitado posteriormente á la declaracion de estado, el juez tiene el deber de declarar la nulidad. (1)

La razon de esto es, que la sentencia que declara la interdiccion de una persona establece una presuncion legal de incapacidad, en virtud de la cual todos los actos del incapacitado están afectados del vicio de nulidad. Pero esta presuncion, como todas las de su especie que deben su origen á la ley, es de aquellas que los jurisconsultos llaman *juris et de jure*, que no admiten prueba en contrario; y por lo mismo, el juez no puede permitir al demandado que pruebe que el acto tuvo verificativo durante un intervalo lúcido del incapacitado.

La interdiccion tiene por objeto proteger á éste y garantizar á la vez los intereses de terceros, por cuyo motivo, todos los autos en que se nombra tutor, sea interino ó definitivo, las sentencias que declaran la interdiccion, y las que le ponen término se publican por los periódicos, á fin de que llegando á conocimiento de todos el estado de interdiccion del incapaz, se abstengan de contratar con él.

Cuando la privacion de la inteligencia es continua, se hace notoria; y es imposible que el incapaz ejecute algun acto jurídico, porque nadie se atreve á contratar con él. Pero si tiene intervalos lúcidos, seria capaz durante ellos de ejecutar algun acto, dando lugar á grandes dificultades y sérias controversias acerca de si tal acto lo celebró en un intervalo lúcido, porque nada es más difícil de demostrar que el estado de las facultades afectivas y morales de un individuo en un momento dado.

Así es, que para evitar la posibilidad de que los tribunales declaren la subsistencia y validez de actos perjudiciales á los incapacitados, la ley les privó del ejercicio de sus derechos civiles, declarando que tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad privados de la inteligencia, aun cuando tengan intervalos lúcidos.

De la misma manera, y por idénticas razones, son nulos los actos

(1) Artículo 423, Código civil de 1884. En este artículo se suprimió la parte que se refiere á la interdiccion parcial, que proscribió el Código de 1884.

de administracion ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad no emancipados, despues del nombramiento del tutor, si éste no los autoriza; y adolecen del mismo defecto los actos del menor emancipado contrarios á las restricciones legales. (Arts. 513 y 514, Cód. civ.) (1)

Respecto de estos últimos hay que advertir, que la nulidad de sus actos es la consecuencia natural del precepto general que declara nulos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas; porque prohibiendo la ley al menor emancipado la enajenacion y gravámen de sus bienes raíces, sin la autorizacion del que lo emancipó, y litigar, sino por medio de un tutor *ad hoc*, es evidente que la violacion de esas prohibiciones importa necesariamente la nulidad de los actos que ejecuta contra ellas.

Respecto de los primeros, es preciso no confundir la accion de nulidad con la rescisoria que por vía de restitucion les corresponde y de la cual nos ocuparemos en su oportunidad.

La primera se puede alegar como accion ó como excepcion por el menor ó por su tutor, y acontece lo mismo que cuando se trata de los demás incapacitados: basta que se pruebe que el acto se ejecutó despues de pronunciada la sentencia de interdiccion, para que los jueces ó tribunales se vean en el indeclinable deber de declarar la nulidad de tal acto.

De los términos mismos de los preceptos de que nos acabamos de ocupar, se infiere, que la interdiccion produce sus efectos desde el día en que se declara por sentencia, y por consiguiente, que la incapacidad á que se refieren no se retrotrae al día en que se inicia el juicio de interdiccion.

Este resultado, diverso del que se obtiene en todos los juicios, en los cuales se retrotrae el día de la sentencia al de la demanda, porque no es justo que el actor sufra las consecuencias de las moratorias de los tribunales, se funda en la siguiente razon de equidad.

La persona que provoca la interdiccion no pretende nada para sí, sino que procura el beneficio del individuo cuyas facultades mentales se han perturbado, el cual está interesado en la conservacion del

(1) Artículos 421 y 422, Código civil de 1884.

ejercicio de sus derechos civiles, mientras no se demuestre plenamente su incapacidad, cuya demostracion se obtiene por la sentencia.

Sin embargo, esta regla sufre excepcion cuando la menor edad ó la causa de interdiccion eran patentes y notorias en la época en que se ejecutó el acto de administracion ó se celebró el contrato; pues entonces son nulos los actos y los contratos celebrados por el menor ó por las demás personas sujetas á interdiccion. (Art. 511, Cód. civ. (1))

Se halla establecido por regla general, que los actos jurídicos ejecutados por una persona cuya incapacidad no se ha declarado judicialmente y que se pretende que se halla afectada de ella, puedan ser combatidos alegando la nulidad de ellos, proveniente de la perturbacion mental de esa persona; porque el individuo que no goza de la plenitud de sus facultades mentales no puede otorgar su consentimiento; y sin éste es absolutamente imposible la existencia del contrato.

En tal caso, tiene obligacion el demandante de probar que uno de los contratantes se hallaba en estado de demencia en el momento de la celebracion del contrato: y llenando ese deber obtiene como consecuencia precisa la nulidad del contrato.

Pero la excepcion á que nos referimos deroga la regla general, y anula los actos y los contratos anteriores á la interdiccion, sin que para obtener tal resultado necesite probar el demandante la existencia de la causa de aquella en el momento de la celebracion del contrato; pues basta que acredite que tal causa era patente y notoria en la época en que se ejecutó el acto de administracion ó se celebró el contrato, cuya prueba es mucho más fácil de rendir que la de la demencia concurrente con el acto ó el contrato.

Refiriéndose Goyena á esta excepcion de la regla general y á la notoriedad de la causa de interdiccion, dice: "Hay mala fe notoria en contraer con un loco ó demente notorio; y la prueba de la notoriedad podrá hacerse por testigos, porque la demencia ó locura se manifiesta por hechos, sobre los que es de necesidad referirse al dicho de los que los han visto ú oido: sin embargo, la apreciacion de

(1) Artículo 420, Código civil de 1884.

los hechos para constituir notoriedad está reservada al justificado arbitrio del tribunal."

Pero para que pueda aplicarse la excepcion á que nos referimos es necesario, segun se desprende del precepto que la sanciona, que se llenen los requisitos siguientes:

1.º Que se haya declarado por sentencia judicial la interdiccion; pues entonces existe la presuncion de que la causa de ésta existia en una época anterior á la sentencia, porque, por ejemplo, la demencia no se convierte repentinamente en un estado habitual, en uno ó dos dias, sino que se necesita el trascurso de cierto tiempo.

2.º Que la menor edad ó la causa de la interdiccion hayan sido patentes y notorias en la época en que se ejecutó el acto de administracion ó se celebró el contrato.

La causa de la incapacidad son la menor edad y la privacion habitual de las facultades intelectuales del individuo; y este estado es el que constituye la notoriedad, ó más bien dicho, el que constituye el elemento esencial de ella; porque seria dificilmente notorio si fuera accidental.

En tal virtud, el demandante no tiene que probar que la parte que contrató con el incapacitado conoció su estado de incapacidad, tanto porque debia conocer ese estado por ser notorio, cuanto en virtud del principio de derecho que dice: "*Qui cum alio contrahit: vel est vel debet esse non ignarus conditionis ejus.*" (Ley 17. D. de reg. jur.)

Pero esta excepcion no es aplicable á los actos del prodigo anteriores á la demanda de interdiccion, y por tanto, no pueden ser atacados por causa de prodigalidad. (Art. 512, Cód. civ.) (1)

La razon de esta diferencia es obvia, la demencia va siempre acompañada de signos evidentes que la hacen notoria, mientras que la prodigalidad carece de esa circunstancia.

Además, la incapacidad proveniente de la perturbacion mental es debida á una causa puramente natural, que no se produce por la sentencia que pone fin al juicio de interdiccion, que solo declara su existencia; en tanto que la prodigalidad es causa civil de una interdiccion incompleta, que debe su origen á la sentencia que la decreta.

(1) El artículo 512 del Código de 1870, se suprimió en el de 1884 por referirse á la prodigalidad.

Pero prescindiendo de esta consideracion; ¿qué sería de la fe y estabilidad de los contratos, necesarias para el bienestar del comercio, si se pudieran combatir á pretexto de una prodigalidad no probada ni reconocida?

Sin duda alguna se convertiría la institucion que tiene por objeto el bien del pródigo y de su familia en el elemento destructor de la fe de los contratos, tan necesaria para la existencia del comercio.

Las nulidades á que nos hemos venido refiriendo, no son de aquellas que los jurisconsultos llaman actos nulos *ipso jure* ó de pleno derecho, respecto de los cuales sostienen que no procede accion para anularlos, porque no pueden destruirse los actos inexistentes, sino nulidades de derecho que exigen necesariamente la promocion de un juicio, cuya sentencia declare la ineficacia de las obligaciones producidas por los hechos afectados por aquellas.

La ley, reconociendo la nulidad de los actos de los menores y de los incapacitados, ha querido prestarles la proteccion á que son acreedores por su estado; y ciertamente se habria excedido de su objeto declarando *ipso jure* nulos tales actos, porque pudiera suceder que les fueran provechosos, y que tuviera, por lo mismo, interes en conservarlos.

Por consiguiente, la nulidad de esos actos es de aquellas á que los jurisconsultos llaman relativas y temporales: es decir, que solo pueden ser alegadas por ciertas personas y dentro de determinado tiempo.

Merlin propone esta cuestion en su Repertorio, v.º *nullité*: "¿Por quién pueden alegarse las nulidades? Se distinguen, dice, dos especies de nulidades, la una absoluta y radical, y la otra relativa; y fundándose en la autoridad de Dunod, agrega: se llama relativa porque no interesa más que á aquella persona en cuyo favor se ha establecido; por cuyo motivo solo ella la puede proponer y alegar, y si otros la alegaran, se les podría objetar con razon que se fundan en el derecho de otro. Tales son las prohibiciones de enajenar los fundos doctales y los bienes de los menores, de contratar sin la autoridad del padre, del curador, del marido y de otras personas semejantes."

Esta doctrina, que no es más que el desarrollo del principio de derecho que dice: *Qui cum alio contrahit: vel est vel debet esse non*

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.

estacion de la ternura paternal la reclama mayor, porque tiene por objeto el bien de seres 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 transmitida 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 consiguiente 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 testamentacion 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 esta 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 480, Código civil de 1884.

(3) Artículo 487, 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 interdiccion del hijo proviene de su prodigalidad, porque siendo por lo comun, 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 ruína del pródigo.

Así es que, si la interdiccion 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 interdiccion; 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 leccion, 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, tít. 7, lib. 36, D. y 11, tít. 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 tutelæ 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 comprendia 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 podia escojer 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.

Segun esa misma legislacion, los mayores de edad incapacitados, como los dementes, idiotas, imbéciles, sordo-mudos y pródigos, estaban tambien sujetos á curatela, la cual se llamaba *ejemplar*, porque fué introducida á semejanza y ejemplo de la de los menores; pero ningun precepto se encuentra en esa legislacion que permitiera conferir la curatela á la mujer del incapacitado: ántes por el contrario, estaba excluida de ese cargo, que como público y viril rechazaba en general á las mujeres, sin más excepcion que la madre y la abuela.

Además, esa legislacion no ordenaba la curatela legítima, sino solo la dativa, y por tanto, no indicaba hasta qué grado se habían de llamar los parientes, ni fijaba el órden de grados en que debian entrar á su ejercicio, cuya circunstancia dió origen á la práctica que llenó estos vacíos, confiando la curatela del incapacitado á la mujer, en quien se presumia la mayor aptitud para su desempeño, por el cariño que necesariamente debe profesar á aquel, y por el afecto é interes de su familia.

El Código, que, como hemos dicho, proscribió la inútil distincion de la tutela y la curaduría antiguas, admitiendo solo la tutela para todos los incapaces, mayores y menores de edad, vino á llenar tambien los vacíos de la antigua legislacion, ordenando que la mujer sea tutora forzosa de su marido, pues espera más de su ternura que de los parientes en grados ménos próximos, tal vez interesados en que aquel no recobre la razon para apoderarse de sus bienes.

Por este motivo no entró en el sistema adoptado por el Código, el llamamiento del menor de edad incapacitado, á los parientes que se hallan fuera del tercer grado; aunque el juez puede nombrar á los de ulterior grado en defecto de los designados por la ley, atendiendo á la aptitud y circunstancias personales que les asisten.

Segun este sistema, están llamados á la tutela legítima de los dementes, idiotas y sordo-mudos:

1.º El marido, que es tutor forzoso y legítimo de su mujer, así como ésta es tutora forzosa y legítima de su marido. (Art. 549, Cód. civ.) (1)

(1) Artículo 449, Código civil de 1884.

2.º Los hijos varones mayores de edad, son tutores de su padre ó madre viudos. (Art. 550, Cód. civ.) (1)

3.º 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. 552, Cód. civ.) (2)

Resulta en consecuencia, que son llamadas á la tutela, las personas indicadas en el órden siguiente:

- 1.º La mujer y el marido en sus respectivos casos:
- 2.º Los hijos varones mayores de edad:
- 3.º El padre:
- 4.º La madre que se conserva viuda.

En defecto del tutor testamentario y de las personas indicadas, son llamadas al ejercicio de la tutela legítima, las siguientes, en el órden en que vamos á expresarlas:

- 1.º El abuelo paterno:
- 2.º El abuelo materno:
- 3.º Los hermanos del incapacitado:
- 4.º Los tios paternos:
- 5.º Los maternos. (Art. 553, Cód. civ.) (3)

Respecto de los hermanos y de los tios, se deben observar en su eleccion las reglas que expusimos en el artículo precedente con relacion á la tutela legítima de los menores de edad.

Se vé, pues, que para la designacion de las personas que deben desempeñar la tutela legítima, la ley ha tomado como base el afecto que presume debe existir en ellas, más tibio á medida que es más lejano el grado de parentesco que las liga con el incapacitado.

Por ese motivo, llamó primero á la mujer y al marido, en quienes supone un amor vivo y el mayor interes por el bienestar y prosperidad de la familia, y en quienes existe además obligacion, por el vínculo del matrimonio, de ayudarse á llevar el peso de la vida, con sus adversidades y placeres; y buscando la línea recta, porque en ella es aquel afecto más intenso y lleno de ternura, llamó á los padres,

(1) Artículo 450, Código civil de 1884.

(2) Artículo 452, Código civil de 1884.

(3) Artículo 453, Código civil de 1884.

los hijos y los abuelos, en cuyo defecto, ocurrió á la colateral sin pasar del tercer grado.

En cuanto á la tutela del pródigo, la ley llama á ejercerla solo al padre de éste, porque le supone particularmente interesado en el porvenir y bienestar de su hijo, respecto de quien presume igualmente respeto profundo y tierno afecto para su padre, que le harán soportar con ménos disgusto los efectos de su interdiccion. (Art. 554, Cód. civ.) (1)

Si el padre ha muerto ó se halla impedido para ejercer la tutela, y si en el primer caso no nombró tutor testamentario, debe ser nombrada por el juez la persona que la desempeñe. (Art. 454, Cód. civ.)

IX.

De la tutela dativa.

Se llama tutela dativa la que se defiende en nombre de la ley, por el juez, á aquellas personas incapaces que no tienen tutor testamentario ni legítimo.

De esta definicion se infiere, que la tutela dativa solo tiene lugar cuando las personas que ejercen la patria potestad no nombran tutor en testamento á los individuos sujetos á ella, y cuando no existen parientes hábiles de los llamados por la ley para el ejercicio de la tutela.

En consecuencia, la tutela dativa tiene lugar:

1.º Cuando no hay tutor testamentario ni persona á quien conforme á la ley corresponda la tutela legítima:

2.º Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningun pariente de los designados por la ley para el ejercicio de la tutela legítima. (Art. 557 Cód. civ.) (2)

(1) El artículo 554 del Código de 1870, fué suprimido por referirse á la prodigalidad

(2) Artículo 459, Código civil de 1884.

Ya se comprende que el legislador ha querido en tal caso amparar á los incapaces que, por el fallecimiento de las personas de su familia ó por otras causas, han quedado abandonados, y evitarles los males que necesariamente les produciría su abandono.

Por tal motivo, el tutor dativo debe ser nombrado por el juez, si el menor de edad no ha cumplido catorce años; pero si es mayor de esa edad, él mismo debe nombrar el tutor, y el juez tiene obligacion de confirmar el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario. (Art. 555 Cód. civ.) (1)

Esta tutela no tiene, como las anteriores, por fundamento el cariño presunto de la persona nombrada; y por tanto el legislador ha querido que llegando el menor á la edad en que esté dotado de discernimiento, elija él mismo á su tutor, pues se halla entonces en aptitud de conocer la persona que mayor afecto le profesa y de quien puede esperar mayores consideraciones en su orfandad.

Por la misma razon no ha querido dejar al juez una libertad absoluta facultándole para reprobear en todo caso los nombramientos de tutores hechos por el menor, sino que, á fin de evitar los efectos de sus pasiones ó de sus preocupaciones, ha ordenado que no pueda reprobear los ulteriores nombramientos que haga el menor, sin audiencia de un defensor electo por éste. (Art. 556, Cód. civ.) (2)

La emancipación, como veremos en su oportunidad, otorga al menor la administracion de sus bienes; pero la ley, presumiendo que no tiene grande experiencia, y por tanto, que está sujeto á graves peligros en el ejercicio de ese derecho, le prohíbe aquellos actos que pueden ser para él de trascendentales consecuencias. De aquí es, que entre otras restricciones le impone la de no poder litigar personalmente, sino por medio de un tutor para negocios judiciales. (Art. 692, Cód. civ.) (3)

La tutela en este caso es dativa, y el tutor nombrado para los

(1) Artículo 458, Código civil de 1884. En este precepto se refundieron los artículos 555 y 556 del Código de 1870.

(2) Véase la nota precedente.

(3) Artículo 593, Código civil de 1884. La fracción 2.^a de este artículo importó una reforma que consiste en la restriccion impuesta al menor emancipado, en virtud de la cual solo puede enajenar, gravar ó hipotecar sus bienes raíces con licencia judicial.

asuntos judiciales disfruta los honorarios que el arancel señala para los procuradores. (Arts. 558 y 559, Cód. civ.) (1)

Fundados en el precepto que faculta á los mayores de catorce años para nombrar el tutor, sometiendo á la aprobacion judicial el nombramiento, creemos que el menor emancipado tiene tambien esa facultad.

X.

De la tutela de los hijos abandonados.

La legislacion antigua consignó disposiciones altamente benéficas y humanitarias para los niños expósitos, pero ninguna de ellas hizo declaracion alguna acerca de la tutela de esos seres desgraciados.

Así es que la ley 4, tít. 37, lib. 7, N. Recop. los declaró legítimos para todos los efectos civiles, que quedaran en la clase de hombres buenos del estado llano general, mientras no constaran sus padres, con derecho á las dotes y consignaciones dejados á los jóvenes de los colegios de pobres y casas de misericordia, y de ser admitidos en éstos, y libres de la nota de infamia por razon de su origen; pero nada estableció respecto de su tutela, dejándoles en una situacion anómala y verdaderamente extraña, pues no estaban bajo la patria potestad por el abandono de sus padres, ni bajo la tutela, por no estar constituida por ninguno de los medios establecidos por la ley á favor de alguna persona, aunque de hecho estuvieran bajo la guarda y el amparo de las personas que los recogian y de los directores de los establecimientos en donde los recibian.

El Código civil vino à llenar este vacío, estableciendo preceptos benéficos para los infelices á quienes el crimen unas veces, y siempre la desgracia, abandonan en medio del mundo, sin más esperanza que la piedad privada ó la beneficencia pública. (Exposicion de motivos.)

(1) Artículos 460 y 461, Código civil de 1884.

Por tanto, la ley coloca á los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido; la cual tiene las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. (Art. 560, Cód. civ.) (1)

Cuando los niños son recogidos en las inclusas, hospicios ú otras casas de beneficencia, desempeñan la tutela los directores de esos establecimientos con arreglo á las leyes y á lo que prevengan los estatutos de los mismos establecimientos. (Art. 561, Cód. civ.) (2)

(1) Artículo 455, Código civil de 1884.

(2) Artículo 456, Código civil de 1884.

El Código de 1884 declaró, además, por el artículo 457, que los directores de inclusas, hospicios y casas de beneficencia en donde se reciben niños abandonados, no necesitan que se les discierna el cargo de tutores para que entren al ejercicio de la tutela.