

CAPITULO CUARTO

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES

68. La tutela legítima es la que, por disposición de la ley, corresponde a los parientes más próximos del incapaz; en el orden de prelación establecido por el Código, esta tu-

tela ocupa, como antes dijimos, el segundo lugar; faltando padres y ascendientes que ejerzan la patria potestad y persona nonbrada por éstos en su testamento para que desempeñe la tutela, la ley considera que nadie mejor que los parientes más cercanos del menor para cuidar de su persona y de sus intereses; los vínculos consanguíneos que los unen con el incapaz los hacen aptos, más que a cualquier extraño, para llenar con solicitud las difíciles y pesadas cargas que impone la tutela. y lo que es más, para suplir, al lado de los pobres huérfanos, el amor y el afecto de los padres de que la naturaleza los ha privado.

69. En los términos del artículo 445, tres causas originan la tutela legítima: *Hay lugar a la tutela legítima*, dice dicho artículo:

I. *En los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento del que deba ejercerla;*

II. *Cuando no haya tutor testamentario;*

III. *Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.*

70. ¿La tutela legítima procede de plano en los tres casos mencionados? Seguramente que no; la tutela, en general, se abre, cuando el menor no tiene persona que ejerza sobre él el poder paterno; de manera que si al perderse o suspenderse la patria potestad del padre o ascendiente que tenía su ejercicio, existe otro ascendiente en quien debe recaer ese derecho, no será cuestión de hablar de apertura de tutela.

Anteriormente (1), explicamos en qué casos de pérdida o suspensión de la patria potestad, el ejercicio de ésta se trasmite a otros padres o ascendientes del menor, y en qué casos, no obstante tener el menor otros padres o ascendientes, no hay transmisión del poder paterno, sino

(1) Tomo II, núm. 462.

que procede el nombramiento de tutor legítimo. Estos últimos casos son los de pérdida o suspensión por causa de delito del que ejerce la patria potestad, por falta de cumplimiento de los deberes que impone el poder paterno, por desobediencia de la madre o abuela, en su caso, a oír el dictámen de los consultores nombrados por el padre en su testamento y por conducta viciosa de la madre o abuela. En los demás casos en que la patria potestad se pierde o se suspende, no se abre la tutela, más que cuando el menor carece de padres o ascendientes. El fundamento de este sistema adoptado por el legislador mexicano en orden a la trasmisión del poder paterno, lo explicamos en el número citado en la nota de la página anterior, por lo que nos creemos dispensados de insistir sobre el asunto.

71. ¿A qué parientes llama la ley para el desempeño de la tutela? *La tutela legítima*, dice el artículo 446, corresponde:

I. *A los hermanos varones, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas;*

II. *Por falta o incapacidad de los hermanos, a los tíos, hermanos del padre o de la madre.*

72. La ley hace recaer la tutela en primer lugar sobre los hermanos, porque en la escala de los afectos de familia, el amor fraternal sigue, en número de orden, el amor filial; ahora bien, teniendo la tutela por objeto el interés de los menores, nada más lógico que a falta de padres o abuelos que cuiden de sus hijos, se haga recaer la guarda y cuidado de ellos en quienes, por razón natural, deben tenerles mayor afecto y cariño; ningunos, seguramente, más apropiados que los hermanos.

Para que los hermanos puedan ser tutores del menor, es preciso que sean varones y mayores de edad; esta última condición no la expresa la ley; pero ella es una conse-

cuencia de la misma naturaleza de la tutela: siendo la misión del tutor cuidar de la persona y bienes del tutelado, es claro que, para que pueda llenarla, necesita ser una persona capaz, y la capacidad no se adquiere sino hasta la mayoría de edad.

La ley quiere que si concurren hermanos con medios hermanos, tengan la preferencia, para ejercer la tutela, los que lo sean por ambas líneas, pues siendo en ellos mayor el vínculo consanguíneo que los une con el menor, es de esperarse que su afecto sea también mayor, lo que hará que tengan más celo en el cuidado de la persona y bienes del tutelado.

73. Faltando los hermanos o estando incapacitados para ejercer la tutela, el artículo 446, en su fracción II, llama a este ejercicio a los tíos, hermanos del padre o de la madre, porque son, después de los hermanos, y a falta de padres o abuelos, los parientes más cercanos al menor.

74. Puede suceder que haya varios hermanos de igual vínculo o varios tíos de igual grado, que estén en aptitud de desempeñar la tutela; en tal caso ¿a quien habrá que dar a preferencia? ¿al hermano mayor? ¿al tío hermano del padre sobre el tío hermano de la madre? Ninguna de estas distinciones hace nuestro código, sino que deja al prudente arbitrio judicial, el elegir entre los hermanos o los tíos que concurren, al que considere más apto; pero si el menor ha cumplido ya los catorce años, como se le supone con el discernimiento necesario para saber quien de sus hermanos o tíos siente más afecto por él, se le deja en libertad de elegir al que más le convenga, limitándose el juez a confirmar la elección. *Si hubiere varios hermanos de igual vínculo, o varios tíos de igual grado, dice el artículo 447, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo;*

pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, el hará la elección

75. Puede suceder también que la persona a quien corresponde ejercer la tutela legítima falte temporalmente, bien por estar ausente, bien por haber cumplido la mayoría de edad. El artículo 448 prevé a este caso, estableciendo que *la falta temporal de tutor legítimo se suplirá en los términos establecidos en los artículos anteriores.*

Indudablemente que tan pronto como deje de existir la falta temporal del tutor a quien correspondía de preferencia el ejercicio de la tutela legítima, cesa en sus funciones el tutor que lo suplió, entrando aquella a ejercer el cargo; así sucederá cuando teniendo el menor hermanos varones que, por falta de edad, no pudieron entrar al ejercicio de la tutela cuando se abrió ésta, llegan a completar más tarde su mayoría; el tío, nombrado en sustitución del hermano, cesa desde luego en sus funciones, recayendo la tutela en dicho hermano.