

árbitros, para pagar los créditos, para celebrar arrendamientos por más de nueve años y para pedir dinero prestado. Además debe rendir cuentas justificadas de su administración cada año, y ha de caucionar su manejo con una hipoteca bastante ó con fianza otorgada por persona que posea bienes inmuebles libres de todo gravamen. Asegurados de esta manera los intereses de los menores, la restitución *in integrum* ya carece de objeto; pues si se celebrara algún convenio sin los requisitos establecidos por la ley, sería nulo de pleno derecho y no produciría efecto legal de ninguna especie."

ADICION.

CÓDIGO DEL DISTRITO FEDERAL DE 1870.

TITULO UNDECIMO

DE LA RESTITUCION "IN INTEGRUM"

Art. 679. Corresponde el beneficio de restitución á todos los sujetos a tutela, que fueren perjudicados, ya en los negocios que hicieren por sí mismos con aprobación del tutor, ya en los que éste haga en nombre de ellos.

Art. 680. Para intentarlo deberá acreditarse:

I. Que se sufrió el daño durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela.

II. Que el daño causado excede de la cuarta parte del justo precio de la cosa ó interés que ha sido materia del negocio.

III. Que el daño proviene del negocio mismo.

Art. 681. El juicio de restitución será sumario y admitará los recursos que le correspondan, segun el interés de que se trate.

Art. 682. Otórgada la restitución, las cosas se repondrán al es-

tado que tenían antes de que sufriese el daño el incapacitado; y en consecuencia, éste y el tercero quedan obligados á la devolución de la cosa que fué materia del negocio, con todos sus frutos, ó de su precio con los intereses.

Art. 683. El efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo los bienes del tutor ó del fiador y del curador en su respectivo caso.

Art. 684. El tercero con quien se ha contratado, puede elegir la indemnización ó la rescisión del contrato.

Art. 685. El menor podrá pedir la restitución durante la menor edad y cuatro años después. Respecto del sujeto á tutela por otro motivo que no sea la menor edad, los cuatro años comenzarán á contarse desde que haya cesado el impedimento.

Art. 686. No hay lugar á la restitución:

I. En los convenios y actos del tutor ó curador que hayan sido aprobados judicialmente:

II. Cuando el que la pide, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor.

Art. 687. Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no haya lugar á otro alguno.

Art. 688. En todo juicio de restitución será oído el Ministerio Público.

159. Méenos de un año después de promulgado el Código Civil á que pertenece el título anterior, ya se publicaban contra éste estudios en que se hacía notar cómo él había hecho retroceder en la materia que nos ocupa, la legislación civil, á tiempos en que, por regir ciertos principios en orden á los menores de edad, *verbi gratia* la facultad de éstos para tomar ó no curador (núm. 101), no era extraño que el legislador se hubiera preocupado de establecer un recurso en favor de la inexperiencia y para evitar los peligros á que ella podía dar lugar. El ilustrado juriseconsulto mexicano D. José H. Ramírez, desde

las columnas del acreditado Semanario jurídico "El Derecho," escribía en 30 de Septiembre de 1871: "En el día y con las seguridades de que rodea la ley al menor, el beneficio de restitución es un privilegio enteramente inútil á la par que nocivo á la sociedad; es una fuente de pleitos y de fraudes en los contratos. Quitado el único fundamento racional que tenía la existencia de este privilegio; con el nombramiento de dos tutores que intervengan en todo negocio de los menores, y la intervención del Ministerio Público; garantizados éstos por cuántos medios puede pedir la más activa y exquisita vigilancia; *nulificados* aquellos actos en que falta la intervención del tutor, ¿qué objeto, volvemos á preguntar, lleva ese beneficio?"

Ya antes hemos expuesto los principales rasgos de la legislación antigua sobre la restitución de los menores sujetos á tutela. Para completar esta materia que del Código civil mexicano, que de ella trata, la han tomado las legislaciones de la mayor parte de los Estados de la República, ampliemos algo más las explicaciones dadas, no sin lamentar que sea éste uno de los puntos sobre que hasta hoy jamás se hará notar bastante la diversidad de leyes en el seno de una misma nación.

160. El beneficio de la restitución ¿corresponde solamente á los menores sujetos á tutela? La respuesta afirmativa no admite la menor duda, atento el texto del art. 679 que queda transcrito. Esto no quiere decir que los menores, no sujetos á tutela, porque lo estén á patria potestad ó porque carezcan de la edad necesaria para consentir legalmente, ejecuten sin embargo actos válidos, contra los cuales el legislador ningún remedio ha tenido cuidado de establecer. En uno y en otro caso no es la restitución el recurso que debe entablarse, sino la nulidad, pues ésta procede en los contratos, siempre que se otorgan sin alguna de las condiciones necesarias para su existencia, y entre ellas figura en primer término el consentimiento de los otorgantes. Así, supóngase que un hijo de familia ha celebrado un

contrato de compraventa; ¿debe éste subsistir? No, porque el hijo de familia, en virtud de su misma sujeción al que sobre él ejerce la patria potestad, no puede obligarse por sí solo (núm. 16), como incapaz de consentir. Mas, no se invoque en este caso el beneficio de la restitución, porque sería confundir dos hipótesis jurídicas, absolutamente diversas: la falta de contrato y su rescisión (1).

161. El art. 680 del Código civil del Distrito Federal de 1870 se ocupa de lo que debe acreditarse para obtener la restitución; y según él, ésta no procede sino para reparar un daño (*damno emergente*). Por manera que el beneficio no tiene lugar para que el menor se indemnice de los perjuicios que ha sufrido (*lucro cessante*). Diríamos que tal declaración importa una capital reforma respecto del antiguo derecho (núm. 134), si otros textos no nos obligaran á pensar que tal reforma no es sino aparente. En efecto, no debemos creer que el legislador haya empleado en materia tan importante, términos que sólo para el vulgo pueden ser indiferentes; y los arts. 679 y 683 no dejan lugar á duda sobre que los perjuicios del menor sujeto á tutela pueden también ser indemnizados por la restitución.

162. El art. 679 corta una antigua controversia sobre los casos de aplicación del beneficio que nos ocupa. ¿Hay lugar á éste aun para los actos del sujeto á tutela, que él por sí solo ejecute? En la antigua legislación creemos que no había duda, y así lo hemos expuesto en otra parte (núm. 130), lo que significa que en esta materia al ménos no se hacía ninguna distinción entre la nulidad y la rescisión. El texto de nuestro Código obra de otro modo, y como se lee en la parte expositiva, siendo de tres clases los negocios que pueden referirse á los menores: los hechos por ellos con autorización del tutor, los hechos por éste en representación de aquellos y los hechos

(1) Sentencias del Juzgado 4.º de lo Civil del Distrito Federal de 3 de Julio de 1869 y de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del mismo, de 7 de Diciembre de 1870 (*El Derecho*, 2.ª época, tom. 1, pags. 245 á 247).

por los menores mismos independientemente, la ley sólo se ocupa de los dos primeros, pues éstos últimos son radicalmente nulos, como que en ellos "ha faltado la persona legal."

163. El art. 680 establece las condiciones para intentar la restitución. Si en cuanto á la primera y tercera, ó sean la relativa á que el daño que se trata de remediar, haya tenido lugar durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela, y la que expresa que no debe deferirse al beneficio sino cuando el daño de que se trata proceda del negocio mismo y no de caso fortuito ó fuerza mayor, nada tendríamos que hacer observar, ya que la restitución se funda en la debilidad de la edad y en la incapacidad proveniente de una enfermedad, y cuando nada es más racional que el que para la restitución se alegue que el daño es imputable á falta de administración ó á engaño del co-contratante, según también se verificaba en la antigua legislación (1), algo especial merece notarse respecto de la segunda de las condiciones puestas por nuestro Código, porque ella marca el esclarecimiento de un punto que hasta en la ley francesa se dejó á la soberana apreciación del juez; nos referimos al monto del daño que debía haber resultado al menor para que la restitución procediese. Hemos visto (núms. 130 y 141) que tanto en el antiguo como en el moderno derecho, ese daño debía ser considerable; de aquí la inevitable consecuencia del arbitrio judicial, ejercido en cada caso según sus particulares circunstancias. Parece ser que en vista de los peligros y abusos á que la falta de una ley precisa sobre esta materia daba lugar, la práctica de los tribunales introdujo la interpretación de que era necesario que el daño experimentado por el menor importase la sexta parte del interés que en el negocio se versaba, siendo este antecedente el que Goyena sigue en el art. 1169 de su *Proyecto*; si bien quizá por el afán

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2.

de restringir lo más posible el beneficio, este juriconsulto establece que el monto del daño debía exceder de la cuarta parte del justo precio de la cosa, ó del interés, materia del contrato. En los propios términos se expresa nuestro art. 680, inciso II.

164. Era cuestión muy debatida en el antiguo derecho la de si por efecto de la restitución debían las cosas volver al estado que guardaban antes de causarse el daño, al extremo de que el beneficiado por ella recobrase lo que había entregado, sin obligación por su parte de devolver lo que había recibido (núm. 134). El art. 682 de nuestro Código declara también que tal es el efecto de la restitución; pero el legislador cuidó de agregar (art. 686, inciso II), que ella no tiene lugar cuando el que la pide no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Se ve, pues, que con ésto se ha quitado á la restitución antigua algo que podía tener de gravemente odioso, pues importaba el enriquecimiento, muchas veces injusto, del menor á expensas de su co_contratante, quizá inocente.

165. Según el antiguo derecho, hemos visto también (núm. 135) que el menor ó incapacitado tenía un derecho perfecto para ejercitar su acción de restitución, tanto contra su tutor ó curador, como contra el co_contratante, pues la mira de los legisladores era que los daños ó perjuicios causados, explotando la inexperiencia, fuesen reparados de la manera más pronta y eficaz. El co_contratante del menor no tenía, en consecuencia, ninguna opción á este respecto. "Esto se hacía más palpable, dice el Sr. Goyena (1), en la venta de la cosa del menor por ménos de su justo precio, aunque el daño excediese de la mitad: el comprador, intentada la restitución, tenía que devolverla con los frutos, sin poder usar de la alternativa que tendría contra un mayor de edad, que reclamase la restitución por lesión enorme." Como sin duda alguna tal sistema estaba

() Goyena, *Proyecto*, art. 1, 171.

en pugna con la más clara equidad, los legisladores modernos tenían que reformarlo, mediante el mantenimiento de las garantías en favor del menor; pero haciéndolas efectivas primero en las personas inmediatamente obligadas respecto de aquel, y después en el co-contratante. Ahora bien, si la restitución no beneficia á los menores sino en los negocios que hicieren por sí mismos con aprobación del tutor y en los que éste hiciere en nombre de ellos, nada más justo que el deber del resarcimiento recaiga, antes que en cualquiera otro, en el tutor responsable, ya como coactor del menor, ora como su gestor en virtud de las mismas facultades de su cargo. Y como, sin salirnos de este orden de ideas, la más obvia reflexión enseña que en el mismo caso del tutorse encuentran el curador y el fiador de aquel, se sigue que la propia obligación de resarcimiento tiene que preceder también en estas personas, para hacerse efectiva en cualquiera otra. Tal es la gradación que el art. 683 establece, diciendo que el efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo *los bienes del tutor, ó del fiador y del curador*, en su respectivo caso.

166. La reforma sobre este punto se ha extendido en el moderno derecho hasta la manera de hacer efectiva la restitución, ya frente á frente sólo del co-contratante del menor. Acabamos de indicar (núm. 164) cómo debiendo ser la restitución la reintegración de las cosas al estado que guardaban antes del contrato, las leyes modernas habían resuelto la antigua controversia sobre si el beneficio tenía que ser tan absoluto é incondicional en favor del pupilo, que le aprovechase hasta el extremo de enriquecerse con mengua de su co-contratante, y sin obligación de devolver á éste lo que en virtud del contrato aquel hubiera recibido. Así la restitución ya no tiene lugar sino en el sentido de una recíproca devolución. Mas como quiera que aún quedara la duda acerca de si era el pupilo quien tenía el

derecho de elegir lo que más conviniese á sus intereses, la rescisión del contrato ó la indemnización de los perjuicios, nuestro legislador encontró justo, en su afán siempre de no conservar del privilegio de la restitución sino lo estrictamente exigido por la equidad, establecer que aquel derecho de elección perteneciese al tercero con quien el menor había contratado, realizándose así que el beneficio no tanto diese ventajas al pupilo, cuanto le evitara daños. Tal es el texto del art. 684 de nuestro Código.

167. Los 685 y 687 del mismo expresan principios del antiguo derecho, sin la menor modificación. El primero, trata del término durante el cual puede pedirse la restitución (núm. 131); y el segundo, se refiere al carácter subsidiario del recurso. De este último tenemos una acertadísima aplicación hecha por la 1ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal en un célebre litigio sobre restitución contra un juicio ejecutivo ya en estado de trance y remate de los bienes embargados. El menor peticionario del recurso trataba de hacerlo valer, después de que, habiendo apelado de la sentencia y desertado de esa apelación, no había hasta entonces opuesto la excepción de restitución. Nuestra 1ª Sala dice á este respecto: "Considerando: Que en lo concerniente al remedio contra el juicio, ninguno de los artículos que constan citados en el escrito de introducción, ameritan la casación, y antes por el contrario, la ley 3ª., tít. 25 de la Partida 3ª., contradice la solicitud, al ordenar que el remedio de la restitución *in integrum* puede pedirse ante el mismo Juez que pronunció la sentencia ó ante su mayoral, cuyo concepto se aclara en la glosa segunda de la misma ley con estas palabras: "*Potest peti coram superiore restitutio ad appellandum a sententia;*" de manera que habiendo apelado el representante de la señora recurrente de la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo, entonces y ante el mayoral, como dice la ley, pudo hacer valer el derecho de restitución por vía de agravio, si creía que lo tenía; pero apelar, de-

sertar del recurso y después entablar el juicio restitutorio ante el Juez, no puede permitirse en la jurisprudencia sin atacar el orden que establece para el ejercicio de las acciones. Y no se alegue que el art. 687 del Código Civil que dice: "Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no hay lugar á otro recurso," deroga la ley de Partida, porque si se interpreta aquel por ésta, se comprenderá que, lejos de derogarla, la confirma, supuesto que habiendo habido el recurso de apelación de la sentencia de que se trata, el expresado art. 687 le niega el de restitución, como lo hace la ley 3, del tít. 25 de la Partida 3^a (1).

163. No sin razón puede criticarse, como incompleto, el título de nuestro Código que trata de la *restitución in integrum*. En efecto, al ocuparse el art. 686 de los casos en que no hay lugar á aquella, sólo menciona dos: aquel en que los actos y convenios del tutor ó curador han sido aprobados judicialmente, y aquel en que el que pide la restitución, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Sin negar cuán importante es la reforma á que responde el primero, ya que en el antiguo derecho la restitución tenía lugar indistintamente para todos los actos en que el menor hubiera sido lesionado, siquiera en ello apareciese haber intervenido aun la misma autoridad judicial, cuya respetabilidad no era tanta en el concepto de los legisladores, que quitase todo temor de malignidad ó ignorancia por su parte, ni sobrepujase al excesivo celo en beneficio de los menores de edad (2), fuerza es reconocer cuánto deja que desear en esta materia la enumeración de esas dos solas excepciones, en ninguna de las cuales nada se indica ni con respecto al dolo ó precocidad del pupilo, ni por lo que hace á la naturaleza y condiciones del acto con-

(1) Sentencia de la 1^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 11 de Enero de 1834 (*Anuario, Sec. de casación*, 1834, pág. 12).—Véase el apéndice, letra G.

(2) *Cód.*, lib. 5, tít. 71, l. 11.

tra el cual se solicita el beneficio, ya que éste deba ser, no la reparación arbitraria é injusta de lesiones imaginarias, sino el escudo puesto por la ley en esa lucha desigual entre la malicia y la inexperiencia. Desde tal punto de vista no cabe dudar sobre la visible inferioridad de nuestra ley comparativamente con las antiguas y la francesa que las sigue. ¿Habrá de proceder la restitución en favor del menor que se ha fingido mayor para engañar á un tercero, y no se cerrará la puerta al mismo beneficio aun cuando se trate de un acto que, como decía la ley de Partida, hubiera sido ejecutado de tal manera que "todo ome de edad cumplida é de buen entendimiento le hubiera fecho assí?" El Código de Napoleón (art. 1307) menciona el primer supuesto, ni más ni menos que como lo hacía la legislación antigua (núm. 130). Esta decía también que la restitución estaba prohibida en contra del matrimonio del menor, como si habiendo éste creído contraerlo con una persona rica, resultaba que era pobre (1), é igual decisión expresa el art. 1309 del Código francés.

169. Nada de esto se contiene en el Código que examinamos, habiéndose omitido también otra excepción importantísima contra la restitución, y es la que consiste en que el menor sea profesor ó perito en la obligación que se trata de rescindir, pues de ningun modo podrían aplicarse aquí los arts. 518 y 519 relativos á la nulidad y de que hemos hablado en otra parte, (núm. 157).

(1) Antonio Gómez, *Var. Resol.*; cap. 14, *addit.* núm. 3.—Larrea, *Decis. granat.*, 59, 13.

CAPITULO III.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

Art. 428. *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 póstumo.*

Art. 429. *El que en su testamento, aun cuando sea un menor no emancipado, deja bienes, sea por legado, sea por herencia, á un incapaz que no está en su patria potestad ni en la de otro, puede nombrarle tutor sólo para la administración de los bienes que le deja.*

Art. 430. *Puede también nombrarse tutor testamentario á los hijos espúrios para la administración de los bienes que se les dejen.*

Art. 431. *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 del padre ó de la madre.*

Art. 432. *El padre no puede excluir de la patria potestad á la madre.*

Art. 433. *El nombramiento de tutor hecho por cualquiera otro ascendiente, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren.*

Art. 434. *En el caso del art. 431, 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 ejercer aquella, cesando el im-*

pedimento cesa la tutela, y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, á no ser que el testador haya declarado expresamente que la tutela continúe aun despues de que haya cesado el impedimento.

Art. 435. Si fueren varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común, ó conferirse á persona diferente la tutela de cada uno de ellos.

Art. 436. En el primer caso, si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fueren 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 oposición.

Art. 437. El padre que ejerce la tutela de un hijo sujeto á interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela.

Art. 438. La madre en su caso podrá hacer el nombramiento de que trató el artículo anterior.

Art. 439. En ningún otro caso hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado.

Art. 440. Tampoco hay lugar á la tutela testamentaria del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, que esté legalmente emancipado.

Art. 441. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, á quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción.

Art. 442. Lo dispuesto en el artículo anterior, no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

Art. 443. Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias á las leyes, á no ser que el juez, oyendo al

tutor y al curador, las estime dañosas á los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas ó modificarlas.

Art. 444. Si por un nombramiento condicional de tutor, ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor conforme á las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

SECCION III.

170. Una de las principales manifestaciones del poder paterno en Roma era su ejercicio para después de la muerte por medio del nombramiento de tutor á los hijos que habrían de continuar y perpetuar el nombre de la familia. La designación de tutor se hacía, á juzgar por la fórmula contenida en la ley de las XII Tablas, en términos imperativos y que revelaban la plena soberanía de que estaba revestido el *pater-familias*, aun al disponer de sus bienes y de la persona de los hijos, más allá de los límites de esta vida: *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. Este poder existía no sólo respecto de los hijos é hijas actualmente sujetos á la patria potestad, sino también en orden á aquellos que lo estaban de una manera mediata, si á la muerte del testador no recaían bajo la sujeción de un ascendiente intermediario (1). El mismo poder podía ejercitarse no sólo con los hijos vivos, sino también con los simplemente concebidos, dándose por razón que estaba en su interés tener un tutor testamentario más bien que otro (2). El nombramiento de tutor se hacía al principio sólo en testamento; pero este rigor se relajó después bajo el Imperio, permitiéndose aquel aun en forma de codicilo (3). El tutor designado debía tener capacidad para recibir *mortis causa* (4); pero si ca-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 3.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 4.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 3.

(4) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 21.

recía de la *testamenti factio*, el nombramiento podía ser confirmado por el magistrado aun sin previa información, procedimiento que era necesario si se trataba de tutor nombrado por la madre y aun por un extraño (1). La persona designada como tutor debía ser una persona cierta, expresa y claramente nombrada, pues indicaciones vagas eran indignas de tomarse en cuenta, porque no garantizaban al impúber (2). Como lo hemos notado en otra parte (núm. 119), el tutor debía ser uno, no permitiéndose que fuese dado para negocios determinados, porque esto traería la multiplicidad y el consiguiente desorden en la administración de la tutela; era lo que expresaba la regla: *tutor personæ, non causæ vel rei, datur* (3). Finalmente, el tutor testamentario, como queda también ya dicho (núm. 121), podía ser nombrado bajo condición ó á término, lo cual podía igualmente suceder de una manera tácita (4). Las leyes antiguas españolas no innovaron esta legislación, sino en puntos de insignificante importancia, de los cuales no creemos necesario por el momento ocuparnos.

171. En lo esencial estos antecedentes no han recibido verdadera reforma en las legislaciones modernas, como pasamos á hacerlo manifiesto. Es siempre la patria potestad la que hace decir en el Código de Napoleón (art. 397), que el derecho individual de elegir un tutor, pariente ó extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. ¿Por qué? porque el derecho de designar un tutor para después de la muerte, no puede ejercitarse sino en el caso de que ó falte persona á quien corresponda la patria potestad, ó pertenezca la tutela por precepto legal.

Y como, según lo hemos ya manifestado (núm. 11), la tutela

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 5.—*Cód.*, lib. 5, tít. 29, l. 2.—*Dig.*, lib. 26, tít. 3, ll. 1, § 1, 2, y 4.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 27 *in fine*.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 4.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 2, tít. 20, § 2.

pertenece de derecho á la madre, muerto el padre, claro es que aquella no tendrá el derecho de nombrar tutor sino en el caso de que fallezca con posterioridad á éste, quien á su vez no tiene el derecho de hacer el mismo nombramiento, sino cuando fallezca después de la madre, porque ella, es conforme á la ley, tutora legítima de sus hijos.—Tal es el texto del art. 397 francés, según el cual el derecho individual de elegir un tutor páriente ó aun extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. Se dice: "derecho individual," porque en principio, cuando el tutor no es designado por la ley, su nombramiento no pertenece sino al consejo de familia (núm. 123). Se dice: "al último moribundo de los padres," porque si quedara un supérstite, éste y no otra persona sería el tutor legítimo,

172. El nombramiento de tutor testamentario sólo puede hacerse, según la legislación francesa, en las formas que ella misma prescribe para el de los consultores que el padre tiene derecho de nombrar á la madre supérstite y tutora, y bajo ciertas excepciones y modificaciones. Así lo prescribe el art. 398 del Código de Napoleón, cuyo sentido se comprenderá suficientemente con sólo referirnos á lo que hemos dicho en otra parte (núm. 51). En cuanto á las excepciones y modificaciones á que se alude, de ellas tratan los arts. 399 y 400 del mismo Código. Según el primero, la madre viuda y no mantenida en la tutela de los hijos de su primer matrimonio (núm. 65), no puede nombrarles tutor. La razón es, que no siendo la madre vuelta á casar, tutora cuando su muerte, no puede transferir un poder que no tiene, y además se ha creído encontrar en su conducta fundamento de legítima sospecha después de que el consejo de familia la ha separado de la tutela. Pero por de contado que esta excepción no se refiere á los hijos del último lecho, respecto de los cuales, á no dudarlo, y por lo mismo que desempeñaba su tutela después de la muerte del último marido, podría ejercer el derecho consignado en términos generales en el art. 397.

173. El segundo de los textos legales citados, ó sea el art. 400, declara: que cuando la madre binuba, pero mantenida en la tutela, hubiera hecho designación de un tutor á los hijos de su primer matrimonio, tal designación no sera válida sino en tanto que la confirme el consejo de familia. Este texto merece explicarse, pues se incurriría en grave error, si se pensara que la nulidad de tal nombramiento ó designación, por no ser confirmada por el consejo de familia, llegaba hasta el extremo de dar lugar á la tutela legítima, como si absolutamente faltara la testamentaria. A reserva de explicar más adelante este punto, creemos necesario decir por el momento que, si bien es cierto que el consejo de familia debe confirmar la designación hecha por la madre binuba y mantenida en la tutela, la falta de esa confirmación sólo produce el efecto de que el tutor designado no desempeñe la tutela; pero no el de que se llame desde luego al tutor legítimo. Por manera que si existe algún ascendiente, éste podrá ser nombrado sólo en calidad de tutor dativo (1).

174. No poco diversa de la anterior es nuestra legislación nacional en la materia de que tratamos, pues á causa de lo que en varios puntos de esta obra hemos hecho notar, no existe entre nosotros la tutela desempeñada por los padres, porque esto se ha considerado, salvo el caso de la tutela legítima de los dementes, depresivo de la patria potestad. Inútil, en consecuencia, buscar en nuestra legislación la taxativa puesta por la francesa en orden á que ha de ser precisamente el último moribundo de los padres el que nombre tutor en testamento. En efecto, no hay, según las leyes mexicanas, ningún inconveniente en que el padre nombre tutor testamentario para cuando falte la madre, ó al contrario, como se desprende de la generalidad de términos en que han sido redactados los

(1) Baudry Lacantinerie, tom. I, núm. 1,014.—Arntz, tom. I, núm. 701.—Laurent, tom. 4, núm. 398.

arts. 329 del Código del Estado de México, 335 del de Tlaxcala, 526 del del Distrito Federal de 1870 y 428 del actual, según todos los cuales los que ejercen patria potestad tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes la ejercen. Sólo el Código de Veracruz (arts. 382 y 384), sigue otro sistema, estableciendo que en principio, la facultad de nombrar tutor en testamento pertenece al padre, no correspondiendo sino en su defecto á la madre. Es siempre una modificación del art. 397 francés, según el cual, como hemos visto, nada importa que el padre muera primero para atribuirle el derecho de nombrar tutor, que no debe ser designado sino por el último moribundo de los padres, sea el hombre ó la mujer.

175. Si sobre el orden en que los padres tienen derecho de ejercitar la facultad de nombrar tutor testamentario, existen las diferencias señaladas entre nuestras leyes y la francesa, no sucede lo mismo respecto de otros puntos que pasamos á exponer. Ciertamente, los textos acabados de citar de nuestros varios Códigos, reconocen á una que el derecho de designar tutor en testamento, no pertenece á los padres sino á condición de que, al verificar este acto, se hallen en ejercicio de la patria potestad de la cual se deriva precisamente ese derecho (1). Decimos *al verificar este acto*, porque para juzgar de la capacidad del testador, debe atenderse al estado en que se hallaba al hacer el testamento (arts. 3424 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, 3487 del actual y 2725 del de Tlaxcala). Por manera que, aunque al tiempo de morir una persona, ya hubiera vuelto al ejercicio de la patria potestad; si de ella estaba privada ó suspensa por alguna de las causas de que hemos hablado en otra parte (núms. 37 á 45), al otorgar testamento, la designación hecha en éste del tutor, no valdría

(1) Duranton, tom. 3, núm. 436.—Aubry et Rau, tom. 1, §°99 bis.—Dembombe, tom. 7, núm. 161.—Laurent, tom. 4, núm. 397.

en virtud de que resultaría inconsecuente que quien había dado mérito para ser destituido de la autoridad paterna, ejercitase sin embargo uno de los más importantes derechos que de esa autoridad proceden.

176. ¿Qué edad deben tener los padres para nombrar tutor testamentario?—Ociosa parece esta cuestión, que no era tratada en el antiguo derecho sino desde el punto de vista general de la facción testamentaria (1). Sin duda por tal motivo el Código francés guarda silencio sobre este punto, conformándose con expresar en términos también generales la facultad del último moribundo de los padres para nombrar tutor. Nuestro derecho nacional, en obvio de cualquiera duda fundada en la incapacidad proveniente de no haber cumplido la persona la mayor edad, establece expresamente que los que ejercen patria potestad, *aunque sean menores*, tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes ejercen esa autoridad. Por de contado que la minoridad á que se refiere la ley mexicana, no es ni podía ser inferior á la época del desarrollo físico y moral fijada desde antiguo para el matrimonio y la testamentifacción, ó sea la edad de catorce años en el hombre y de doce en la mujer, pues seguramente el legislador no podía menos que considerar cómo antes de esos límites se estaba en la absoluta imposibilidad de ejercitar actos válidos. Es que los afectos naturales despertados por la paternidad han parecido suficiente garantía de que el testador no hará, á pesar de su inexperiencia del mundo, una desacertada elección de la persona que haya de reemplazarle, después de la muerte, en la dirección de los hijos. Fuerza es convenir, sin embargo, en lo aventurado de esa esperanza en la mayoría de los casos. Veremos más adelante cuán serias precauciones han tomado los legisladores para evitar los funestos errores del joven emancipado, cuando se trata, de la enajenación ó gravámen de sus

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 1

bienes raíces y de los asuntos judiciales en que pudiera comprometerse. Y ¿será negocio menos importante que éstos el nombramiento de tutor testamentario? Pero tal es nuestra ley y tal se ha mostrado también la jurisprudencia francesa (1). Los textos de nuestros Códigos que tratan de este punto, quedan citados en el número anterior.

Débase, con todo, señalar una no poco importante excepción del sistema anterior, y es la que se refiere al caso de los hijos naturales reconocidos. Los comentadores franceses están divididos sobre este punto, opinando unos, en virtud del absoluto silencio de la ley, que en el supuesto aludido debe recurrirse á la tutela dativa (2), y enseñando otros que aun entonces debe seguirse el principio general establecido por la ley (3). Tal es también nuestro parecer, sin que nada signifique en contra la propia reticencia que en la ley mexicana pudiera hacerse notar, toda vez que ella no es sino aparente, desde que se considera que los textos legales se refieren á los padres que ejercen la patria potestad. Y ¿no hemos dicho que ésta se ejerce también sobre los hijos naturales reconocidos (núm. 12)? Esto nos parece evidente. Pero queda una dificultad: hemos expuesto en otra parte (4) que nuestra legislación se muestra dividida sobre la edad necesaria en el autor del reconocimiento, pues mientras unos Códigos establecen que para tal acto el padre ó la madre ha de ser mayor de diez y ocho años, otros expresan que basta que tengan un año más de la edad requerida para contraer matrimonio, ó sea quince años el hombre y trece la mujer. Esto supuesto, debemos decir, en obediencia rigurosa á la lógica, que según los primeros de nuestros Códigos

(1) Aubry et Rau, tom., 1, § 99. bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 152.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, tom. 1, núm. 585.—Demolombe, tom. 8, núm. 386.

(3) Aubry et Rau, tom. 6, §:571.—Laurent, tom. 4, núm. 416.—Taulier, tom. 2, pág. 23.—Magnin, tom. 1, núm. 465.—Arrêt, Trib. Civ. de la Seine, 19 mai 1868 (*Le droit*, 28 mai 1868).

(4) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 193.

gos, tratándose de hijos naturales reconocidos, no cabe nombrarles tutor testamentario por el autor del reconocimiento, si no es que éste tenga mas de diez y ocho años cumplidos, como según los otros tampoco cabe, á no ser que los padres hayan cumplido la edad indicada.

177. Los mismos textos citados y que tratan en general de la facultad perteneciente á los que ejercen patria potestad de nombrar tutor testamentario, se ocupan de las personas para quienes tal nombramiento puede hacerse. Hemos visto (núm. 97) cuán amplia era esta facultad en el antiguo derecho, extendiéndose al hijo simplemente concebido y aun al desheredado, quien no por la falta de derecho sobre los bienes del testador, dejaba de estar sometido al omnímodo poder que las leyes conferían al *pater familias*. En el moderno derecho, no es por cierto el Código francés el modelo de nuestra legislación sobre esta materia, acerca de la cual deja mucho que desear este cuerpo de leyes, que no habla ni sobre la desheredación, ni respecto de los póstumos, ya que aquella no es considerada con el carácter de facultad perteneciente al testador en ciertos y determinados casos. Nuestros Códigos, empero, inspirándose á una en las tradiciones romanas y españolas, proceden de otro modo que, á no dudarlo, cuadra mejor con las indicaciones de la naturaleza humana. Si los bienes materiales no constituyen sino el lado secundario de la felicidad del hombre, que debe esperar todo más bien de la educación y del cultivo de la inteligencia, nada parece más natural que el que el padre de familia, no obstante no dejar al morir bienes á su hijo, le nombre la persona que haya de dirigirlo en cuanto á la moralidad de sus acciones. Y como innegables motivos de justicia y de humanidad imponen el deber de considerar como nacido á los seres simplemente concebidos, siempre que se trate de su utilidad, pues en otra parte lo hemos ya dicho (1),

(1) Véase el tomo 1.^o de esta obra, núm. 95.

en el término fatal de la naturaleza esos seres tienen que ser co-participantes, como los ya nacidos, de la vida civil; las leyes positivas sobre la tutela testamentaria no podían mostrarse indiferentes en orden á ellos, más dignos de solicitud y cuidado, mientras más expuestos al desamparo de la orfandad y á la falta absoluta de las caricias paternas. Nuestros Códigos no han defraudado en ninguno de esos dos conceptos á los votos de la naturaleza, y así vemos que todos, sin excepción, expresan que el que ejerce patria potestad tiene el derecho de nombrar tutor en su testamento, lo mismo al desheredado que al póstumo. Del primero no habla el Código actual del Distrito Federal, para mostrarse consecuente con el principio de la libre testamentación, implantado entre nosotros desde el año de 1884.

178. Hasta aquí parece que la facultad de nombrar tutor testamentario sólo ha sido reconocida por las leyes en favor de los que ejercen patria potestad y sobre los seres sujetos á ella. Esa facultad, que es como una prolongación después de la muerte de la autoridad ejercida durante la vida, no deriva á primera vista sino de la misma patria potestad, no teniendo por consiguiente razón de ser respecto de personas que son extrañas al testador. Mas, como según ya lo expusimos en otra parte (núm. 121), el respeto de la ley al derecho de propiedad, aun más allá de la muerte, es causa de que las leyes, desde el antiguo derecho, hayan considerado sin más excepción que su oposición con la justicia expresa en aquellas, las condiciones todas que al testador plazca poner en la disposición de sus bienes, el nombramiento de tutor testamentario ha entrado bajo el imperio de este principio, estableciéndose que por el solo hecho de dejar una persona, al morir, bienes á otra, que se encuentre por razón de edad ó de incapacidad en el caso de no poder administrarlos por sí misma, tiene el derecho de nombrarle tutor, independientemente de cualquiera relación de superioridad por razón de parentesco. De la aplicación de este

principio á la materia que nos ocupa, podría derivarse la gravísima consecuencia de quedar sacrificados los derechos inviolables del padre de familia sobre el hijo que le debe estar sujeto en su persona y bienes, para que sólo prevalezcan los fueros del propietario que por una mera liberalidad ha beneficiado á aquel, instituyéndolo heredero ó legatario. Ante tal conflicto la ley ha debido retroceder, pues nunca el respeto á la propiedad podía llegar hasta el extremo de menospreciar una institución que, como la de la patria potestad, radica en la misma naturaleza humana. En esta virtud, después de reconocer las leyes el derecho que al propietario asiste de nombrar tutor testamentario al menor ó incapaz á quien deja bienes, para sólo el efecto de la administración de éstos, han cuidado de expresar que el ejercicio de tal derecho sólo tiene lugar, cuando el heredero ó legatario no se encuentre bajo la patria potestad de otro, lo cual quiere decir, que si lo contrario sucede, la administración de tales bienes pertenecerá á la persona á quien el heredero ó legatario esté sujeto, no obstante cualquier nombramiento de tutor hecho por el testador. En este sentido son terminantes en nuestro derecho los arts. 330 del Código del Estado de México, 383 del de Veracruz, 337 del de Tlaxcala, 527 del del Distrito Federal de 1870 y 429 del actual.

179. Esto supuesto, ocurre la siguiente importantísima cuestión: ¿deberá subsistir el nombramiento de tutor testamentario en favor de un extraño, que carecía de padre conocido, aun después de que ha sido reconocido por alguien conforme á la ley? Por mucho que á primera vista repugne que el autor de un reconocimiento tardío y tal vez interesado, adquiera la administración de bienes dados al hijo, que en su desamparo llegó hasta á inspirar compasión á un extraño, la verdad es que las leyes no han reparado en este punto, sino en lo que respecta á los derechos sucesorales *ab-intestato*, seguramente atendiendo á que es un derecho que de ningún modo puede disputarse

á la patria potestad, el de administrar los bienes de los que están sujetos á ella (núms. 19 y 22). Considérese á qué graves y funestísimos conflictos para la familia, primera escuela donde el hombre aprende la trascendental virtud de la obediencia y respeto á los mayores, daría lugar esa independencia del hijo respecto de sus padres por el sólo hecho de haber heredado bienes de un extraño. Si por otra parte, se toma en cuenta que el reconocimiento de un hijo natural es meramente declarativo y no atributivo de la paternidad (1), habrá que convenir en que existiendo ésta desde que el hijo adquirió aún la existencia intrauterina, ningún acto posterior puede servir para que la paternidad no sea considerada con todos los derechos y prerrogativas que la ley, de acuerdo con la naturaleza, le ha otorgado. Así, pues, el nombramiento de tutor testamentario á que nos hemos referido, ya no producirá ningún efecto desde que aparezca el padre del menor favorecido por la herencia, porque sólo á él pertenece la administración de los bienes de éste.

180. Del principio conforme al cual puede nombrarse tutor testamentario aun á la persona sobre quien no ejercemos patria potestad, si le dejamos bienes, y sólo para el efecto de la administración de éstos, se sigue que esa facultad tiene lugar en favor de los hijos espúrios sobre quienes, rigurosamente hablando, la patria potestad no existe. Hacemos, empero, sobre este punto las reservas que hemos expresado en otra parte (núm. 13). Tal es el texto de los arts. 528 del Código del Distrito Federal de 1870 y 430 del actual.

181. Una de las cuestiones más controvertidas, desde á raíz de publicado el Código francés, es la de si cabe también tutela testamentaria para los incapacitados. Después de numerosas y contrarias decisiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es Merlín quien logró fijar el verdadero sentido de

(1) Véase tomo IV de esta obra, número 205.

la ley acerca de este punto, pues mediante sus vigorosos razonamientos como procurador general, la Corte de casación estableció que un padre no podía en su testamento nombrar tutor á su hijo mayor de edad é incapacitado, pues la tutela de esta especie es siempre dativa (1). Se ve que el derecho francés se ha inspirado para esta materia en la primitiva legislación romana (núm. 102). ¿Qué motivos pueden haber guiado á los legisladores franceses para obrar así?—Merlín mismo, después de reconocer que el único caso de tutela legítima en favor del incapacitado, es el del marido respecto de su esposa caída en ese estado, agrega que lo que ha obligado al legislador á confiar el nombramiento del tutor para el incapacitado en general exclusivamente al Consejo de familia, es que semejante tutela resulta siempre más difícil de desempeñar que la de los menores, por lo cual conviene que el nombramiento de la persona que la desempeñe, se haga por elección y con perfecto conocimiento de causa (2). Sin embargo, ya desde la legislación pretoriana se había reconocido la necesidad de respetar el nombramiento de curador que el padre hiciera en testamento para el hijo incapacitado, aún mayor de edad; *si furioso puberi*, dice una ley del Digesto, *quamquam majori aetatis viginti quinque, curatore pater testamento dederit, cum Prætor dare debet, secutus patris voluntatem* (3). La misma disposición existía respecto del pródigo.

Nuestro derecho nacional es uniforme sobre esta materia, pues los Códigos del Estado de México (art. 502) y de Veracruz (art. 552) expresamente declaran, que en todos los casos en que el padre ó la madre pueden dar tutores á sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curador por testamento á los mayores de edad, locos, dementes, imbéciles ó sordo-mu-

(1) Dalloz, *Rep.*, "Interdiction," núm. 153.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 131.—Laurent, tom. 5, núm. 287.—Marcadé *sur l'art.* 506.

(3) *Dig.*, lib. 27, tit. 10, l. 16.

dos, salvo que éstos se encuentren casados, ó teniendo hijos varones mayores de edad, ó en el caso de que sobreviva su madre. En consecuencia, fuera de estas tres excepciones, es absoluta la libertad del padre ó de la madre para nombrar curador testamentario al hijo incapacitado, y en el mismo sentido se manifiestan nuestros otros Códigos, si bien empleando una redacción diversa y apartándose de la antigua denominación de curador para los mayores incapacitados (núm. 111). Esto se deduce de la combinación de los arts. 340, 346, 347 y 349 del Código de Tlaxcala; 536, 537, 539, 549, 550 y 552 del del Distrito Federal de 1870, y 437, 438, 439, 449, 450 y 452 del actual, según todos los cuales, perteneciendo por mandato de la ley la tutela del incapacitado en primer lugar á su cónyuge, á falta de éste á sus hijos varones mayores de edad, y sólo á falta de uno y otros, á su padre ó madre, no hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado, si no es que se encuentre fuera de estas condiciones. Se comprende el espíritu de la ley, al haber sistemado en esta forma la tutela del incapacitado, creyéndose con arreglo á lo que generalmente sucede, que por aquel infeliz ser tomarán, primero que nadie, interés la esposa, los hijos y sus padres. ¿Para qué, si el incapacitado cuenta todavía con los protectores que la naturaleza le ha dado, prometerse encontrarlos en el ejercicio de la libertad del nombramiento testamentario, que puede ser arbitrario y hasta pernicioso para los intereses de aquel? ¿Y por qué detenerse, como la ley francesa, sólo en el cariño del cónyuge, cuando de seguro hay que reconocerlo también en los hijos y en los padres? Volveremos á tratar de este punto al hablar de la tutela legítima.

182. En cuanto á los incapacitados por prodigalidad, se ocupan también las leyes modernas de su tutela ó curatela testamentaria, como es de verse en los arts. 538 y 539 del Código del Distrito Federal de 1870, 561 del de Veracruz y 513 del de Estado de México, acerca de los cuales sólo podemos hacer notar que, según los primeros, pertenece exclusivamente al padre el

derecho de nombrar tutor testamentario al pródigo, mientras conforme á los otros dos códigos, ese mismo derecho puede ser ejercido aún por la madre y por los abuelos, si están encargados de la curatela del mismo pródigo.

183. Hemos dicho en otra parte (núms. 101 y 116) que desde el antiguo derecho los menores púberos estaban obligados á hacerse representar, para comparecer en juicio, por un tutor ó curador especial, llamado por lo mismo *ad litem*. Como este resto de sujeción en que aún vive el menor aun después de la emancipación, pudiera coexistir con la muerte de los padres, y creerse que pertenecía á éstos el derecho de nombrar á tales hijos tutor ó curador testamentario *ad litem*, nuestros Códigos, excediéndose en claridad, contienen el principio de que no cabe tutela testamentaria respecto del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno. Tal es el texto de los arts. 540 del Código del Distrito Federal de 1870 y 440 del actual. Decimos que esto es un exceso de claridad, porque era bastante, como lo declaran esos mismos Códigos (arts. 558 del primero y 460 del segundo), proclamar que siempre tiene que ser dativa la tutela para asuntos judiciales. Y como igual prescripción se encuentra en los Códigos de Tlaxcala (art. 353) y de Estado de México (art. 476, inciso III), hay completa uniformidad en nuestra legislación acerca de este punto, con solo la excepción del Código de Veracruz (núm. 149).

184. Hemos dicho antes (núm. 178) que, tanto los que ejercen patria potestad, como los que no la ejercen, pueden nombrar tutor testamentario, con la diferencia de que éstos últimos no tienen tal derecho sino respecto de la administración de los bienes que dejan al menor. Esa facultad, que en un caso deriva del ejercicio del poder paterno, y en el otro reconoce por causa el derecho que á todo propietario asiste para poner condiciones en cuanto á la donación de sus bienes, ¿es tan ilimitada que deba prevalecer aún sobre la patria potestad perteneciente, conforme á la ley, á los ascendientes supérstites del

menor?—Esta cuestión presenta, pues, un conflicto entre dos autoridades de la misma naturaleza, como sería la patria potestad ejercida por dos ascendientes, y entre ésta y los fueros siempre respetables del propietario, que, sin obligación alguna, se desprende voluntariamente de sus bienes para dejarlos por testamento á una persona extraña. Si en el primer supuesto, es el rigor de los principios el que, una vez establecido que la patria potestad pertenece á los ascendientes de la línea paterna y materna núm. 7), parece oponerse á que eso deje de suceder alguna vez por la interposición del tutor testamentario, que puede ser una persona extraña; en el segundo son de invocarse hasta consideraciones de nulidad para los menores, que se verían privados frecuentemente de las liberalidades testamentarias, si á todo trance y aun contra la voluntad expresa de los testadores, los bienes dejados hubieran de caer bajo la administración de personas determinadas. En el antiguo derecho el conflicto no podía existir, pues sólo el padre ejercía la autoridad doméstica, por lo que jamás podía darse el caso de que la atacase en otro miembro de la familia, y si se trataba de testador completamente extraño al menor, se seguía el principio de que *voluntas testatoris pro lege habetur* (núm. 22).—Pero las leyes modernas han procedido de otro modo, mediando entre los diversos inconvenientes que presentan ambos extremos. Refirámonos al primer caso, ó sea al del padre testador. ¿Puede éste, por medio de nombramiento de tutor testamentario, excluir de la patria potestad á los demás ascendientes á quienes la ley otorga esa autoridad? Sí, responden todos nuestros Códigos, menos uno, con tal de que no esté de por medio la madre (arts. 385 de Veracruz, 332 de Estado de México, 530 y 531 del Distrito Federal de 1870, y 431 y 432 del actual). Sólo el Código de Tlaxcala (art. 335) establece expresamente que no hay lugar á tutor testamentario, mientras existan ascendientes que deban ejercer conforme á la ley la patria potestad.

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

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

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

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

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

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

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

(1) S
lio de 1

del Juzgado 1º de lo civil del Distrito federal, de 6 de Julio, tomo III, núm. 15.)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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