

CAPITULO IV.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES.

Art. 445. Hay lugar á la tutela legitima:

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

II. Cuando no hay tutor testamentario.

III. Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.

Art. 446. La tutela legitima corresponde:

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

II. Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre.

Art. 447. Si hubiere varios hermanos de igual vinculo, ó varios tíos de igual grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección.

Art. 448. La falta temporal del tutor legitimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.

CAPITULO V.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES Y SORDO-MUDOS.

Art. 449. El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

Art. 450. Los hijos varones mayores de edad, son tutores de su padre ó madre viudos.

Art. 451. Cuando haya dos ó más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre ó de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

Art. 452. 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. 453. A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo á los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados á ella el abuelo paterno; en falta de éste, el materno; en falta de éste, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tíos paternos; y en la de éstos, los maternos. Respecto de los hermanos y de los tíos, se observará lo dispuesto en los artículos 446 y 447.

Art. 454. El tutor de un incapacitado que tenga hijos menores en su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente á quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

CAPITULO VI.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

Art. 455. La ley coloca á los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido, la cual tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

Art. 456. Los Directores de las inclusas, hospicios y demás

casas de beneficencia donde se reciban niños abandonados, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo á las leyes y á lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

Art. 457. En el caso del artículo anterior no es necesario discernimiento del cargo.

SECCIONES IV, V y VI.

196. Cualquiera que en todo tiempo haya sido el respeto de las leyes en orden á la voluntad del testador, por lo que hace á la designación de la persona que desempeñe la tutela de los hijos después de la muerte de aquel, resulta inconcuso que las mismas leyes se han ocupado siempre de la tutela legítima, que es aque la que toma su origen, no ya de la voluntad del hombre, como la testamentaria, sino del precepto expreso del legislador. Y es que había que preveer el caso en que la tutela testamentaria faltase, siendo entonces necesario que las leyes procediesen de la misma manera que cuando se trata de la distribución de los bienes después de la muerte del propietario. Así, la genealogía de las ideas es igual en un caso y en otro. Para no hablar, entre las legislaciones más antiguas, sino de la romana, es de observarse que las XII Tablas deferían la tutela al agnado más próximo, heredero legítimo del pupilo (1). La transformación que de agnática convirtió la herencia en cognática, se verificó también respecto de la tutela. Esto explica que la madre fuese llamada á la tutela á falta del agnado como un primer paso en la humanización de la primitiva y austera forma de la familia romana. En el último estado del derecho, según la Novela 118, el más próximo cognado capaz es tutor legítimo: la madre misma y la abuela lo son; pero no sucedía lo mismo anteriormente. Justiniano todavía repite la prescripción de las XII Tablas, según la cual, á falta de tutor testamentario, eran llamados, como legítimos, los agnados, que eran los parientes por el sexo masculino (*per virilis sexus*). La tutela legítima tenía lugar en cuatro casos: 1º cuando el padre de familia había muerto sin testar, ó al menos sin nombrar

(1) Ortolan, "Explicat. hist. des Inst.," lib. 1, tit. 15.

tutor en su testamento; 2º cuando el tutor nombrado moría antes que el testador; 3º cuando el tutor testamentario, después de haber desempeñado durante algún tiempo su cargo, moría ó perdía los derechos de ciudadano, antes de que el pupilo hubiera alcanzado la pubertad: la tutela, entonces, pertenecía á los agnados por todo el tiempo restante; y 4º cuando el testador había nombrado el tutor por cierto tiempo ó bajo cierta condición.

197. Además de la tutela legítima de los agnados, se conocía en el derecho romano la de los patronos, que aunque no expresamente establecida por la ley, fué considerada por los jurisconsultos como invívita en la prescripción de las XII Tablas. Ella tenía lugar sobre el manumitido impúber y en favor del patrono ó de sus hijos. Se conocía también en el derecho romano otra especie de tutela, que era también llamada legítima, á semejanza de la anterior: era la tutela de los ascendientes sobre los hijos ó hijas, nietos ó nietas, ect. ect., emancipados antes de su pubertad (1). Finalmente, existía también la tutela fiduciaria, que era la de los hijos del padre emancipador sobre los hijos ó nietos emancipados, cuando aquel había fallecido antes de la púbertad de estos (2).

198. Hemos visto en otra parte (núm. 5) que la tutela legítima á cargo de la madre existía según el Fuero Juzgo, muerto el padre, sobre los hijos que hubieran cumplido quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, pues en caso contrario, y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. El mismo código visigótico prevenía, para el evento de que no existiera tal hermano, ó de que careciera del requisito expresado, que la tutela fuese encomendada al tío ó á su hijo. Son las leyes Alfonsinas las que de una manera más terminante y siguiendo el sistema de renuencia de la legislación romana para otorgar la patria potestad á la madre, proclaman que la tutela legítima pertenece á la madre y en su defecto á la abuela, con tal de que prometiera no

(1) Ulp. "Reg." 11, § 5.—Gaius, 1, §§ 166 y 195.—"Dig." lib. 26, tit. 4, t. 3, § 10.

(2) "Dig." lib. 26, lib. 4, tit. 4.—"Cód. lib. 5, tit. 31, libs. 4 y 5.—"Dig." lib. 26, tit. 4, lib. 10, § 1.—Novela 108, cap. 5.

volver a usarse y renunciase el beneficio del Senado-consulto Velez (1). Son de notarse por la precisión de los casos que expresan porque ya abiertamente en ellos se impone la tutela legítima a cargo de los parientes por la sangre, sin la menor reminiscencia del lazo civil, las siguientes palabras de una de aquellas leyes: "Sin testamento, dice, muriendo algún ome que oviese hijos, é non les oviese dado guardadores, ó si ficiese testamento, é non los dejase en guarda de ninguno: ó si les dejase guardadores, ó se murieran antes que el padre de ellos: ó si los non oviesen madre niu abuela, mandamos que los parientes más cercanos que ovieren, é que estuvieren en un mismo grado, sean guardadores de ellos é de todos sus bienes; estos ántes son llamados legítimos." Como en el derecho romano, la antigua legislación española reconocía la tutela legítima de los patronos (2), y preveía el caso de que hubiese varios parientes de un mismo grado, capaces igualmente de la tutela, expresando que entonces y por ser conveniente que uno sólo se encargara de la administración, cualquiera de ellos podía pedir que se compudiese á los demás á que prestasen fianza, ó que se diese á él sólo la administración, previo el otorgamiento de una garantía que ofreciese (3).

En derecho francés, donde mal disimuladamente se conserva la exclusiva pertenencia de la patria potestad al padre (núm. 47 y 48) existe la tutela legítima también á cargo de la madre quien, según el art. 390 del Código de Napoleón, tiene la guarda de los hijos menores y no emancipados, después de la disolución del matrimonio, por la muerte natural ó civil de su consorte. Este se encuentra en el mismo caso, si es la madre quien ha fallecido. Hemos explicado en otra parte (núm. 46) con qué diferencia pertenece esta tutela legítima al padre respecto de la madre; y ya sabemos también (núm. 65) que en caso de que la madre contraiga segundas nupcias, conservando la tutela con aprobación del consejo de familia, el segundo marido queda co-

Part. 6, tit. 16. libs. 4 y 9.

Part. 6, tit. 16, lib. 10.

(3) "Part." 6, tit., 16, lib. 11.—"Glos." 4.—"Dig." lib. 26, tit. 7, lib. 3, § 6.

mo co-tutor de ella, y ambos solidariamente obligados por las resultas de la administración. Tal es, supuesta la declaración del Código francés acerca de que la guarda de los menores pertenece de pleno derecho al supérstite de cualquiera de los padres, la primera forma de tutela legítima que esta legislación reconoce. Pero la ley francesa tenía que preveer el caso de que el último moribundo de los padres (núm. 171) no hubiera designado tutor para sus hijos menores. ¿A quién pertenece entonces la tutela legítima? El art. 402 responde, que al abuelo paterno; á falta de éste, al materno, y así sucesivamente, de manera que el ascendiente paterno sea siempre preferido al materno del mismo grado. El art. 403 sancionó esta preferencia otorgada al sexo masculino para el caso de que, faltando los abuelos paternó y materno, hubiera concurrencia de dos ascendientes de grado superior, pertenecientes ambos á la línea paterna del menor, pues se declara que entonces tal tutela pertenece de derecho á aquel de los dos que sea el abuelo paterno del padre del menor. Si la misma concurrencia tuviere lugar entre dos bisabuelos de la línea materna, previene el art. 404 que el nombramiento sea hecho por el consejo de familia, quien forzosamente tiene que elegir á uno de esos dos ascendientes.

Mas ¿cuándo hay lugar á esta tutela legítima? Acabamos de ver cómo resuelve este punto el art. 402 según el cual no se considera sino un caso en el que son llamados los ascendientes al desempeño de la tutela, es á saber, cuando no haya tutor testamentario. Si en cuanto á esto parece no haber ninguna dificultad, no sucede lo mismo con respecto á la manera con que deben reemplazarse los abuelos y ascendientes de grado superior los unos á los otros en sus faltas. Si nos atenemos á la letra del art. 402, sus términos clarísimos no pueden consentir la menor duda, pues la frase "á falta de" sólo violentando el lenguaje podría no significar que por cualquier motivo que falte un ascendiente, será llamado el que le siga en el orden marcado por la ley. Pero toda esta claridad se obscurece, cuando se lee el art. 405 cuyo texto es el siguiente: "Cuando un hijo menor y no emancipado quedare sin padres, ni tutor electo por és-

tos, ni ascendientes varones, como cuando el tutor se encuentre en los casos de exclusión de que se hablará después ó tenga excusa legal, se proveerá por el consejo de familia al nombramiento de un tutor (1)''

200. Nuestro derecho nacional no es poco diverso del antiguo y del francés, y ni guarda tampoco completa uniformidad, tomados en cuenta los diversos Códigos que rigen en la República. Los Códigos de Veracruz y Estado de México no mencionan sino dos casos en los que tiene lugar la tutela legítima: cuando no hay tutor testamentario y cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio (arts. 390 del primero y 337 del segundo). Según el Código de Tlaxcala la tutela que nos ocupa tiene lugar cuando no habiendo persona que ejerza la patria potestad, no hay tampoco tutor testamentario. Según los Códigos del Distrito Federal, son tres los casos en que ha lugar á la tutela legítima: cuando se suspende ó pierde la patria potestad, ó está impedido el que debe ejercerla; cuando no hay tutor testamentario; y cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio (arts. 545 del Código de 1870 y 445 del actual). Notable es la diferencia que separa estas legislaciones, pues casos que son materia de tutela legítima, como los de suspensión ó pérdida ó impedimento de la patria potestad según unos Códigos, no lo son según otros. Hemos hecho notar en otra parte (núm. 43) las ventajas que á los hijos de padres á quienes se suspende ó priva de la patria potestad, resultan de que estos casos sean motivo para la tutela legítima. Fuera de esta diferencia, y no obstante la que pudiera señalarse en la redacción, no se advierte ninguna otra, bien penetrado el espíritu de aquellos textos legales.

201. Como acabamos de ver, todos nuestros Códigos coinciden, al hablar de la tutela legítima, en decir que ella tiene lugar cuando haya de nombrarse tutor por causa de divorcio. Hemos expuesto ya ampliamente (2) toda la legislación civil mexicana en orden á la privación de los derechos de la patria

(1) Duranton, tomo 3, núm. 547.—Aubry et Kau, tome 1, pág. 414, not. 3.—Baudry.—Lacantinerie, núm. 855.—Demolombe, tomo 7, núm. 187.—Laurant, tomo 4, núm. 405.—Demautes, tome 2, pág. 228.

(2) Véase tomo 3 de esta obra, núm. 191.

potestad por causa de divorcio. No nos resta, pues, sino exponer cuándo por tal motivo debe nombrarse, conforme á la ley, tutor á los hijos de un matrimonio perturbado por tan tristes circunstancias. Se hace necesario entrar en esta explicación, porque hasta aquí sólo sabemos que el cónyuge culpable del divorcio pierde la patria potestad, la cual pasa al inocente, salvo el caso de enfermedad según algunos códigos; y que si ambos cónyuges son culpables, la patria potestad pasa al ascendiente á quien corresponda según la ley.

202. Supóngase que ambos consortes resultan culpables del divorcio; una de dos: ó hay ascendiente á quien corresponda la patria potestad en defecto de los padres, ó no lo hay. Si lo primero, no es uniforme toda nuestra legislación civil nacional acerca de lo que deba hacerse en orden á la patria potestad, pues mientras los Códigos de Veracruz (arts. 237 y 390, inciso 2) y del Estado de México (arts. 196 y 337 inciso 2) previenen que en tal caso, por perderse la autoridad paterna, se nombre tutor á los hijos, nuestros otros Códigos declaran que no hay lugar á la tutela legítima sino á condición de que falte persona á quien corresponda la patria potestad según la gradación establecida por la ley (arts. 178 inciso 2 y 342 del de Tlaxcala; 268 y 545 inciso 3 del del Distrito Federal de 1870, y 245 y 445 inciso 3 del actual). El primer sistema, tomado de Goyena (1), nos parece fundarse en la prudente consideración de que, siendo ambos cónyuges culpables, es de temerse la falta de la necesaria imparcialidad é independencia en el ejercicio de la autoridad paterna, si ésta se confía á cualquiera de los abuelos, que es muy probable se incline en favor de su hijo ó hija aun culpables, con fraude de la absoluta separación que el legislador ha querido realizar entre éstos y los nietos. El otro sistema descansa, pues, sobre una mayor confianza respecto del cariño de los ascendientes.

203. En el caso de que no haya ascendiente, todos nuestros Códigos coinciden en el principio de que debe proveerse de tutor á los hijos, con tal de que no lo haya testamentario, pues

(1) Goyena, "Proyecto." Art. 181.

ya dejamos dicho que la tutela legítima, obra de la ley, es colocada por el legislador sólo á falta de la que es obra de la última voluntad del hombre.

204. Mas hay otra tutela legítima que tiene lugar en ciertos casos, y cuando uno solo de los cónyuges es culpable del divorcio después de muerto el inocente. Nos referimos á lo que en otra parte hemos expuesto (1) en orden á la diversa influencia que las varias causas de divorcio tienen en la subsistencia de la patria potestad, dado el caso que suponemos, y según nuestros distintos Códigos. En concepto de nuestros legisladores la patria potestad puede reaparecer en el cónyuge culpable, cuando ya muerto el inocente que ejercía durante el divorcio aquella autoridad, se ha creído necesario y fuera de todo peligro para los hijos restituir ésta á su fuente natural, que es la paternidad. Inútil entonces tratar aquí de la tutela de que los hijos no han menester, puesto que tienen toda su protección en el autor ó autora de sus días. Mas, como hay causas de divorcio calificadas de tan graves en las leyes, que hacen perder perpetuamente, como incompatibles para siempre con ella, la autoridad paterna, ha sido preciso suplir su falta con la tutela, y los legisladores se han encargado de establecer ésta, como remedio para el desamparo de los inocentes hijos. Aquí es de observarse una notable diferencia entre el Código del Estado de México que decreta la irremediable pérdida de la patria potestad para el cónyuge culpable aun después de muerto el inocente, y las demás legislaciones nuestras que siguen el sistema contrario con la variante que antes señalamos respecto del caso de que hubiera ó no ascendiente á quien corresponda la patria potestad. Si lo primero, los códigos de Tlaxcala, (art. 342) del Distrito Federal de 1870 (art. 272) y el actual (art. 249) respetan los derechos del ascendiente. El Código de Veracruz (art. 240) proclama aún entonces la necesidad de la tutela legítima.

¿A quiénes pertenece la tutela legítima? Nuestra legislación nacional marca una notable novedad á este respecto; tanto por lo que hace al antiguo derecho, como por lo que mira al fran-

(1) Véase tomo 3 de esta obra núm. 191.

es. Excluidos de la patria potestad la madre y los abuelos, muy natural era que esas leyes los llamaran al desempeño de la tutela á falta del padre, poseedor exclusivo de aquella autoridad, y á falta también de tutor testamentario. Proceder de otra manera, llevando la exclusión de parientes consanguíneos, tan inmediatos á los hijos, hasta el extremo de no considerarlos dignos ni aun de la tutela sobre éstos, no se hubiera antojado sino como uno de los mayores absurdos entre los que pueden cometerse en contra de la naturaleza humana. Y si no deja de serlo hacer de la madre y de los abuelos, personas extrañas á seres que les son naturalmente queridos, algo es, en sentido contrario, que al menos para la tutela se haya pensado que eran los más apropiados. Y como según antes hemos visto, toda nuestra legislación adoptó francamente el sistema de otorgar la autoridad doméstica no sólo al sexo que todo lo reclamaba para sí en la antigüedad, sino también al otro que por su ternura y abnegación ofrece todas las garantías necesarias para el buen ejercicio de aquella, la madre y los abuelos no figuran, entre nosotros, cuando se trata de la tutela, la cual, en el pensamiento del legislador, debe ser solo encomendada, á falta de voluntad expresa en el testamento, á parientes menos inmediatos á los menores. Así es que, todos nuestros Códigos (arts. 391 del de Veracruz); 338 del de Estado de México; 343 y 344 del de Tlaxcala, 546 y 547 del del Distrito Federal de 1870 y 446 y 447 del actual) declaran que la tutela legítima corresponde 1.º, á los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas; 2.º, por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre. Esta legislación, precisamente por su laconismo, requiere ser explicada. El no mencionarse de una manera expresa los medios hermanos, no significa que en la mente del legislador se haya querido excluirllos de la tutela que nos ocupa, pues lo único que se infiere del lenguaje de la ley es que, en caso de concurrencia de hermanos por ambas líneas y de medios hermanos, se *preferirá* á los primeros. En cuanto á los tíos, la ley parece haber puesto especial empeño en no llamar á la tutela legítima sino á los parientes co-

laterales en el tercer grado de la computación civil, ó sea á los tíos, hermanos del padre ó de la madre. Esto quiere decir que los primos hermanos de nuestros padres no son los designados por la ley para la tutela de que tratamos.

205. ¿Mas qué sucederá si hay varios hermanos de igual vínculo ó varios tíos de igual grado? El Código actual del Distrito Federal (art. 447) y el de Tlaxcala (art. 344) dicen, refiriéndose á los hermanos y á los tíos, que en tal supuesto el juez deberá elegir el que le parezca más apto para el cargo de tutor; pero que si el menor ha cumplido ya catorce años, él mismo hará la elección. El antiguo Código del Distrito Federal (art. 547) no contiene esta última prevención, por manera que, segun él, la elección debe ser hecha siempre por el juez. Lo mismo expresa el Código del Estado de México (art. 338); pero añadiendo que el juez deberá oír, antes de la elección, al consejo de familia. El Código de Veracruz (art. 391) expresa en orden á los hermanos que, en igualdad de circunstancias, será preferido el de mayor edad; y en orden á los tíos, que lo será el que parezca al juez más útil á los intereses del menor.

Así las cosas, y puesto que ya se sabe quien de los parientes debe ser llamado de preferencia al desempeño de la tutela legítima, nos parecen inútiles los arts. 548 del Código del Distrito Federal de 1870, 448 del actual y 345 del de Tlaxcala segun los cuales la falta temporal del tutor legítimo deberá ser suplida de acuerdo con la preferencia de que hemos hablado. ¿No bastaba, en efecto, asentar que los hermanos, principalmente los de ambas líneas, y por su falta los tíos, son los designados por la ley para la tutela, á fin de comprender que, mientras existiera uno de estos parientes, no habia lugar á otra tutela que la legítima?

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS INCAPACITADOS.

206. Lo hemos dicho en otra parte (núms. 102 y 111): los mayores de edad, incapaces de administrar sus bienes por locura, prodigalidad, sordo-mudez y enfermedad perpétua, estaban su-

jetos por la legislación antigua, tanto por la romana como por la española, á la curatela que, encomendada preferentemente á los parientes, tenía por objeto la gestión de los intereses del incapacitado, quien, mientras duraba aquella, no tenía ninguna personalidad jurídica por sí solo (núm. 103). Ahora bien, lo que sucedía en el derecho romano, donde esta curatela éra encomendada á los agnados y gentiles, acontecía también en la legislación antigua española, según la cual debían ejercer aquella los parientes más próximos (1). En derecho francés es fuera de toda duda que la tutela que nos ocupa, es legítima como puede verse en los arts. 506, 507 y 508 del Código de Napoleón respecto del marido, quien es por derecho tutor de su mujer incapacitada; mientras la mujer meramente podrá ser nombrada tutora de su marido. Los padres podrán ser designados como tutores de sus hijos, éstos de aquellos, en estado de demencia (núm. 181).

Nuestro derecho nacional, aunque no empleando siempre la misma denominación (núm. 111), es uniforme en cuanto al carácter de legítima, impreso á la tutela ó curatela de los incapacitados. Así, conforme á nuestros varios Códigos el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido. Los hijos varones mayores de edad son tutores de su padre ó madre viudos. El padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son también de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela (arts. 549, 550 y 551 del Código de Veracruz; 499, 500 y 501 del de Estado de México; 346, 347 y 349 del de Tlaxcala; 549, 550 y 552 del del Distrito Federal de 1870; y 449, 450 y 452 del actual).

207. Dos cosas importantísimas nos parece que son de observarse en cuanto á esta legislación. Es la primera la gradación establecida por los legisladores respecto de los parientes llamados al ejercicio de la tutela legítima del incapacitado, grada-

(1) Sala mexicano, tom. 1. pág. 399, núm. 36.

ción que sábiamente se diferencia de las del antiguo derecho y del francés actual. Varias leyes romanas expresan el concepto de que no es conveniente ni debido que el esposo fuese curador legítimo de la mujer incapacitada, y para ello no se daba otra razón que la dificultad muy posib'le de exigir cuentas á tal curador (1). Con sobrada razón Goyena califica de fútil este motivo, pues la mujer casada, durante el matrimonio, está bajo una verdadera curatela, y nada nos convence de que tal situación hubiera de cambiarse, cuando ella cae en circunstancias de incapacidad. ¿Quién entonces, mejor que su esposo, para continuar cuidándola y representándola en todos los actos de la vida civil? La elección de una persona extraña y aun de los mismos hijos para ese cargo sería atentatoria á la autoridad principal de la familia y trastornaría todo el sistema de las relaciones domésticas. Los abusos, que podrían hacerse valer en argumento contra la tutela ó curatela legítima del marido, presentándolos como más fáciles en estas circunstancias que antes de ellas; aparte de ser poco probable que se cometan, dados el natural afecto del esposo hácia la esposa y la indudable compasión que ésta tiene que inspirar á quien diariamente la contempla en su condición desgraciada, encuentran su preservativo y represión en las prudentes precauciones que la ley ha tomado para evitarlos, como su más perfecto castigo en las sanciones múltiples que igualmente se establecen.

En cuanto á la esposa, muy lógico nos parece que ni en el antiguo derecho ni en el francés se encuentren ni indicaciones de la curatela ó tutela legítima sobre el marido incapacitado. Esas legislaciones no consideran á la mujer digna de la patria potestad. Y ¿habían de otorgarle autoridad sobre el marido? Nuestras leyes, al contrario, han visto "que el amor conyugal es más vivo y solícito en las mujeres, sobre todo para un marido desgraciado (2)." Por todo esto se ha colocado en primer término la tutela legítima de los cónyuges entre sí.

(1) Dig. lib. 27, tít. 10, ll 4 y 14.—Cód., lib. 5, tit. 34, l. 2.

(2) Goyena, "Proyecto," art. 292.

Más ¿esta y la otra tutela tendrán lugar aun en el caso de estar los cónyuges divorciados? Fuera de los Códigos de Veracruz (art. 549) y del Estado de México (art. 499), ni los del Distrito Federal ni el de Tlaxcala prevén este supuesto, acerca del cual podría haber alguna duda, en virtud de los términos absolutos en que han sido redactados los textos que tratan de la tutela legítima de los cónyuges. El Código francés tampoco trata de este caso; pero toda la doctrina y la jurisprudencia en masa sostienen que el marido en tales circunstancias no puede ser tutor de su mujer incapacitada (1). Alguna opinión hace, sin embargo, una distinción que, dado el silencio de la ley y ya que sus votos son que los divorcios terminen por la reconciliación de los esposos, no deja de presentar aspectos importantísimos de conveniencia y hasta de justicia. Se dice: si la separación ha sido obtenida por el marido en contra de la mujer; como ella deja subsistir en provecho del primero los derechos de la autoridad doméstica, no es dudoso que, á pesar de la separación, el marido puede reclamar la tutela. Pero otra cosa sucedería si el divorcio hubiera sido pronunciado contra el marido y á pedimento de la mujer, porque, no habiendo sido esto sino por sevicias ó excesos del uno contra la otra ó por adulterio con la circunstancia de haber tenido él una concubina en la casa conyugal, tiene que considerarse como indigno de la tutela precisamente respecto de la mujer (1). Creemos, con todo, que tal interpretación es contraria á la razón legal por la cual se ha establecido la tutela legítima del marido sobre la esposa demente y *vice-versa*. En efecto, esa razón no es otra que la vida común é íntima de los esposos, en el momento de sobrevenir la incapacidad de uno de ellos. Se ha creído que la organización misma de la familia exigía que ningún cambio se operase entre los cónyuges, después de que uno de ellos está más necesitado que ántes de las atenciones y protección del

(1) Valette, pág. 374.—Chardon, "Puis marital," núm. 351. Demolombe, tom. 8, núm. 568. Laurent, tom. 5, núm. 288.—Arrêts. Cass. 25 Nov. 1857; Dijon 18 Mars 1857 (Sirey 1858, I, 289; Id. 1857; II, 328).

(2) Dalloz, Rep. "Separat. de corps" núm. 115.

otro. Pero ¿acaso esa vida común será posible después de que las facultades mentales de uno de los consortes han sufrido el eclipse de la locura, no siendo sino objeto de odio ó de desprecio para el otro, según que el divorcio se haya declarado por una ó por otra causa? Si el marido es inocente de la separación, la tutela sobre la esposa culpable, sólo le permitirá ver en ella la víctima merecedora de castigo, si es que la venganza no sustituye á cualquiera otro sentimiento. Y si él es el culpable ¿no se piensa á cuántos criminales abusos é indecibles atentados puede dar lugar el completo desamparo de la esposa inocente y desgraciada?

208. En la gradación establecida por nuestros legisladores para el personal encargado de la tutela legítima de los dementes, vienen los hijos después del cónyuge. ¿Quién más claramente indicado que ellos para cuidar de su padre ó madre viudos? En este punto el derecho romano se anticipó al moderno en la interpretación de la naturaleza humana (1). Nuestros Códigos, como lo hemos visto, repiten el mismo concepto, exigiendo solo que se trate de hijos del sexo masculino y mayores de edad, pues sin ambas circunstancias carecerían de capacidad para el ejercicio de la tutela.

Y como pudiera darse el caso de que varios hijos estuviesen en las mismas circunstancias, nuestros propios códigos establecen que sea preferido para la tutela aquel que viva en compañía del padre ó de la madre, perteneciendo al juez la facultad de elegir, si acontece que los varios hijos se encuentran en este caso (arts. 500 del Código del Estado de México; 348 del de Tlaxcala; 551 del del Distrito Federal de 1870 y 451 del actual). El de Veracruz (art. 550), siguiendo el proyecto de Goyena (art. 293), establece otro criterio, ó sea el de que deberá designarse para la tutela al hijo de mayor edad.

Mas supóngase que se trata de un incapacitado soltero ó viudo y que no tenga hijos varones que puedan desempeñar la tu-

(1) Dig. lib. 27, tít. 10, ll. 2 y 4.—Id. lib. 26, tít. 5, l. 12, párf. 1.—Cód. lib. 5, tít. 7, l. 3.—Novella 115, cap. 3, párf. 12.

tela, ¿á quién corresponderá ésta? Lo hemos dicho antes: es el padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, los llamados al desempeño de aquel cargo, que resulta aquí en virtud de la incapacidad intelectual del hijo, una imagen viva y necesaria de la patria potestad. La semejanza entre las dos autoridades explica también por qué las segundas nupcias hacen á la madre incapaz de la tutela en algunos de nuestros códigos, no sucediendo lo mismo en otros (núm. 65).

209. Esta declaración da lugar á la siguiente importante controversia. He allí un incapacitado cuyo hijo menor de edad se vuelve mayor y por consiguiente capaz para la tutela con el trascurso del tiempo, ¿después de esto subsistirá todavía la tutela encomendada á otra persona? Cualesquiera que sean las razones que pudieran invocarse por la afirmativa, consistentes en la conveniencia para el sujeto á la tutela de que la persona encargada de ésta no se cambie sino cuando imperiosamente lo exijan los intereses de aquel, sin vacilar nos atrevemos á proponer una solución negativa, pues los textos legales son demasiado claros y terminantes, para que pudiera creerse que en la gradación de parientes del incapacitado, establecida por el legislador para el desempeño de la tutela, era punto tan indiferente que unas personas fuesen llamadas antes que otras, que en el caso propuesto, por solo el hecho de haber empezado á desempeñar el cargo un pariente, no era obligación llamar á otro que debiera serle preferido.

210. La gradación de que hablamos, es considerada por el legislador de tal manera importante en orden á la tutela legítima de los incapacitados, que, á diferencia de lo que sucede con la de los menores, aquella jamás cede á la testamentaria, sino al contrario, mientras la segunda no tiene lugar precisamente cuando la tercera existe, (núm. 181). En efecto, son el cónyuge en primer término, los hijos en segundo y los padres al fin, los parientes que el legislador ha creído, como más generalmente afectos al incapacitado, que debían ser llamados á la tutela de éste. Si existiendo alguno de ellos, sobreviniera la designación

de un tutor testamentario, ella sería impotente para privar á aquel del cargo, que pertenece por ministerio de la ley á ciertas y determinadas personas.

211. Verdad es que, fuera de esos parientes, pueden existir otros, como son los abuelos, los hermanos y los tíos; pero respecto de éstos el legislador no ha procedido de la misma manera que con aquellos, pues los segundos sólo son llamados á la tutela legítima cuando falte la testamentaria y no exista ninguno de los parientes preferentemente designados por la ley. Así, algunos de nuestros Códigos declaran que entonces deberán ser llamados á la tutela el abuelo paterno; á falta de éste el materno; á falta de éste los hermanos; á falta de éstos los tíos paternos, y á falta de éstos los maternos, observándose, (núm. 205) respecto de los tres últimos, lo que hemos dicho antes al tratar de la tutela legítima de los menores (arts. 553 del del Distrito Federal de 1870; 453 del actual y 350 del de Tlaxcala). Los Códigos de Veracruz y del Estado de México no mencionan á otros parientes que á los expresados al principio, para la tutela legítima del incapacitado, limitándose á proclamar, si no existe ninguno de éstos, la libertad testamentaria del padre ó de la madre para la designación de tutor (arts. 552 del de Veracruz y 502 del de Estado de México).

212. Como algunos de nuestros Códigos á semejanza del francés (núm. 115), mencionan la prodigalidad entre las causas de interdicción, es el caso de averiguar también si esta especie de incapacidad da margen á la tutela legítima. Así es, en efecto, pues vemos que los Códigos del Distrito Federal de 1870, (art. 554); de Veracruz (art. 564) y de Estado de México (art. 516) declaran que el padre es de derecho tutor (curador) del hijo prodigo. En cuanto á la madre, sólo puede ser tutora en este caso por nombramiento del juez, según la primera de esas legislaciones; pero conforme á las segundas, depende del consejo de familia nombrarla ó no.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

213. Desde nuestro antiguo derecho patrio se había previsto el caso del abandono de los hijos que eran echados á las puertas de las iglesias, hospitales ú otros lugares, ya por la crueldad de sus padres, ora por carecer éstos de facultades para criarlos y en la esperanza de que fuesen recogidos por la piedad de personas extrañas. (1) Severísimas eran las penas decretadas para este delito, no siendo la menor, la pérdida de la patria potestad y de todos los derechos que á los padres pudieran corresponder sobre el hijo y sus bienes (2).

Pero ¿bajo qué autoridad estaban los hijos expósitos?

Aunque no de una manera expresa, la ley 3, título 20 Partida 4, declaraba que el hijo expósito estaba obligado á honrar y reverenciar en todo, como á su padre á la persona que lo había recogido, y tal era sin duda la única suerte de estos desgraciados seres entre nosotros, hasta que el inmortal benefactor de la humanidad, Ilustrísimo Señor Lorenzana, fundó en 11 de Enero de 1767 la Casa de Niños expósitos, que hasta hoy existe, y que basta por sí sola para obligarnos á eterna gratitud, como que esa obra constituye el más grande monumento de la caridad en favor de la niñez desvalida. El sucesor de ese insigne Prelado, Señor Arzobispo Haro y Peralta expidió las constituciones que aún hoy día gobiernan ese Establecimiento, aunque muy ligeramente modificadas, y se encuentran en la cédula de 19 de Julio de 1774. Conforme á ellas "las personas que hubieren de prohijar niños ó niñas de esta casa, han de ser de buena opinión, han de tener algunas conveniencias y no han de ejercer los oficios más bajos, y han de hacer escritura de prohijación en la forma acostumbrada ante el Escribano de la casa; y hecho el concierto y traída la razón del Escribano de estar otorgada la escritura, se anotará la prohijación al margen

(1) "Nov. Recop.", lib. 7. tit. 37, l. 5 arts. 23 y 24.—"Fuero Real." lib. 4. tit. 23, l. 3.

(2) "Partida" 4, tit. 20, l. 4.

de la partida de recepción de la criatura prohibida, y en el libro al folio de su última cuenta: lo cual ejecutado entregará el Capellán la escritura al prohibante, advirtiéndosele la obligación de justicia que ha contraído de alimentar, y educar aquella criatura por todos los días de su vida, como si fuese su hijo legítimo, quedando del cargo del Capellán procurar que á la criatura prohibida se le guarden sus derechos. Y porque estas prohibiciones nunca han de ser en perjuicio de la criatura, se observará que si por muerte del prohibante ó por que se reduzca á tal pobreza, no pueda mantener á la criatura prohibida, ó por otro motivo viniere la prohibición á ser en daño de la criatura, se le restituirá á la casa, y se cuidará como á los demás que no estén prohibidos”

214. En derecho francés es la ley especial de 14 de Febrero de 1805 la que ha provisto á la tutela de los hijos abandonados, previniendo que ellos estén hasta su mayor edad ó emancipación bajo la tutela de las comisiones administrativas de los hospicios. En cuanto á los otros desgraciados seres que pueden encontrar un protector privado, el Código de Napoleón destina todo un capítulo bajo el rubro de “tutela oficiosa” al contrato de beneficencia, por el cual una persona se encarga de educar gratuitamente un niño y de ponerlo en condiciones de ganar su vida. La tutela oficiosa del derecho francés, es, como en otra parte lo hicimos notar (núm. 84), la institución equivalente á la adopción de los menores de edad, y por medio de ella se obtiene hacer efectivo este beneficio de los huérfanos, aunque por su inexperiencia sean incapaces de consentir en la paternidad á que se les sujeta. Para esta especie de tutela se requiere que el pretendido tutor tenga más de cincuenta años, carezca de hijos y descendientes legítimos, y obtenga el consentimiento de los padres del niño, ó del supérstite de ellos, y por su falta, de un consejo de familia, ó en fin, si el niño no tiene parientes conocidos, el consentimiento de los administradores del hospicio donde se le hubiere recogido, ó de la municipalidad de su residencia (art. 361.) Esta tutela no puede tener lugar sino en favor de menores de quince años (art. 364).

215. Nuestra legislación civil nacional no ha desmentido estas benéficas tradiciones, pues los varios Códigos de la República declaran que los expósitos ya admitidos en los hospicios, incluidas y demás casas de beneficencia estarán bajo la tutela de los directores ó comisiones administrativas de estos establecimientos con arreglo á las leyes y á lo que prevengan sus estatutos particulares (arts. 471 del Código de Estado de México, 517 del de Veracruz; 355 del de Tlaxcala, 561 del del Distrito Federal de 1870 y 456 del actual). Nuestras leyes no podían menos que preveer también el caso de los expósitos recogidos por la piedad de algún particular, y en orden á este punto es de notarse no poca diversidad, si no por lo que respecta á la esencia del principio que ha inspirado á los legisladores en favor de estos desvalidos seres, al menos tocante á la manera de hacer aquel práctico y eficaz. Según los Códigos de Tlaxcala (art. 354), del Distrito Federal de 1870 (art. 560) y del actual (art. 455), los expósitos de que hablamos, están bajo la tutela de la persona que los haya recogido, teniendo ésta todas las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Se trata, pues, aquí de una tutela perfectamente "*legítima*", que los tribunales deben respetar, salvo los casos previstos por la ley. El Código de Veracruz convierte esta tutela en *dativa* (art. 518), si bien ordenando al Juez que nombre para tutor del niño expósito ó abandonado, de preferencia, á la persona que lo ha recogido. El Código de Estado de México, como el francés, siendo en la sustancial iguales á las de este Código las prescripciones respectivas (arts. 342 á 355).

CAPITULO VII.

DE LA TUTELA DATIVA.

Art. 458. El tutor dativo será nombrado por el Juez, si el menor no ha cumplido catorce años. Si es mayor de esa edad, el mismo nombrará el tutor, y el Juez confirmará el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario. Para reprobear los ulte-

riores nombramientos que haga el menor, se oirá además á un defensor que el mismo menor elegirá.

Art. 459. *La tutela dativa tiene lugar*

I. *Cuando no hay tutor testamentario ni persona á quien conforme á la ley corresponda la tutela legítima.*

II. *Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el art. 446.*

Art. 460. *Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.*

Art. 461. *El tutor dativo para asuntos judiciales, tendrá el honorario que señale el arancel á los procuradores.*

SECCION VII.

216. No están de acuerdo los tratadistas en la fecha de la ley *Atilia* que fué la primera que en Roma otorgó á los magistrados el poder de nombrar tutor á los impúberes, que no tuvieren tutor testamentario ni legítimo. Según Ortolan esa ley debió ser promulgada el año de Roma 557, pues Tito Livio, hablando de una manumitida que vivía en esa época, refiere que, después de la muerte de su patrono, hubo de nombrársele tutor por los tribunos y el pretor, á causa de que no estaba en poder de nadie (*quia nullius in manu esset.*) Heinecio hace remontar dicha ley al año 443, fundándose sólo en que por entonces vivía un tribuno llamado *Atillius Regulus* (1). Como si esta diversidad de pareceres no fuera bastante á oscurecer la verdadera fecha de la ley *Atilia*, Dirksen la coloca en el año 188 antes de nuestra era, por que desde entonces aparece el *pretor urbano* con la facultad de nombrar, asistido de un consejo compuesto de la mayor parte de los tribunos de la plebe, un tutor al impúber que se encontrase en las circunstancias dichas. Sea de esto lo que fuere, debemos consignar que como la ley *Atilia* solo regía para la Ciudad, fué necesari-

(1) Ortolan, "Inst. de Just.", lib. 1, tít. 20.—Tito Livio, "Hist." 39-9—Heinecius. "Antiq. Rom."

rio expedir otra nueva para los impúberes de las provincias, y que á esta necesidad respondió la ley *Julia y Ticia*, promulgada bajo Julio César. Si conforme á la primera era el *pretor urbano* asistido de los tribunos de la plebe, á quien correspondía la designación de tutor, con arreglo á la segunda ese poder pertenecía á los *Presidentes* de las provincias. En tiempo de los jurisconsultos clásicos la madre del impúber, y por su falta los otros parientes capaces de sucederle, estaban obligados á informar al magistrado ó funcionario competente para el nombramiento de tutor; si no lo hacían, eran castigados con la pérdida del derecho sucesoral (1).

217. Había lugar á la tutela dativa en tres casos: 1.º Cuando no hay tutor ni testamentario ni legítimo; 2.º cuando la tutela testamentaria era suspensa ó interrumpida por una causa cualquiera, y 3.º cuando el tutor testamentario se excusaba ó era destituido (2).

218. La antigua legislación española siguió en esta materia, como en no pocas, al derecho romano. Las leyes de Partida declaran que la madre y los parientes estaban obligados á pedir que se nombrase tutor al huérfano que no lo tuviere por testamento ni según la ley, bajo la pena de pérdida del derecho de heredar á aquel por intestado. La negligencia podía ser suplida por los amigos del huérfano ó por cualquiera del pueblo, perteneciendo al Juez nombrar aun de oficio el tutor, si ninguno se lo pedía (3). En cuanto á los casos en que tenía lugar la tutela dativa, nos basta decir que hay completa uniformidad entre esta legislación y la romana.

219. Según el Código de Napoleón, la tutela dativa tiene lugar cuando un menor y no emancipado, quedase sin padres, tutor testamentario ni legítimo; cuando la madre supérstite reusase la tutela (núm. 199); cuando el padre supérstite, el tutor testamentario ó el legítimo se excusan; cuando el supérstite de los padres, el tutor testamentario ó el legítimo son excluidos de

(1) Cód. lib. 5. tit. 32, l. 2, § 2.

(2) Dig. lib. 26, tit. 2, l. 11. §§ 1 y 2.

(3) Partida 6, tit. 16, l. 12.

la tutela ó se vuelven incapaces; cuando la viuda que vuelve á casarse, no convoca el consejo de familia ó no es mantenida en la tutela (núm. 65); cuándo el tutor testamentario ó el legítimo fallecen durante el desempeño de la tutela; y cuando un tutor dativo debe ser reemplazado por cualquiera causa. El tutor dativo debe ser nombrado por el Consejo de familia, (art. 405), cuya convocación pueda ser solicitada por los parientes del menor, sus acreedores ó cualquiera interesado (art. 406). El Juez de paz del domicilio del menor puede hacer de oficio la convocación, y como este funcionario podría ignorar el hecho de hallarse un menor en las condiciones antes dichas, la ley permite á cualquiera persona que haga la renuncia relativa.

220. Nuestro derecho nacional ha seguido en esta materia dos tendencias perfectamente diversas de las cuales la una reproduce la legislación francesa mientras la otra se muestra fiel á la tradición romana y española en los pueblos latino-americanos. Así los Códigos del Estado de México y de Veracruz, encomiendan el nombramiento del tutor dativo al Consejo de familia con la confirmación del Juez (arts. 339 del primero y 392 del segundo); pero los de Tlaxcala (art. 351), del Distrito Federal de 1870 (art. 555) y el actual (art. 458), declaran que ese tutor será nombrado por el Juez, si el menor no ha cumplido catorce años, y si los ha cumplido, por él mismo con confirmación del Juez, no teniendo este precepto otra excepción que la de la tutela dativa para asuntos judiciales de que hablaremos más adelante.

Estos mismos Códigos agregan que, para reprobado el Juez los anteriores nombramientos que haga el menor, deberá oír á un defensor que el mismo menor tiene derecho de elegir. Se comprende sin dificultad la razón que movió á nuestros legisladores para establecer esta condición. Si se ha considerado que el mayor de catorce años era capaz de designar por sí mismo su tutor; no confirmada por el Juez la primera designación, es de temerse que ya no sea sino el capricho del funcionario lo que le hace reprobado las designaciones posteriores hechas por el menor mismo. Ante este peligro muy prudente medida tendrá que parecer que al menor acompañe un defensor, que pu-

diendo hacer valer todos los recursos que las leyes conceden, ponga al fin término á una situación que por la discordia entre el Juez y el menor podría prolongarse durante mucho tiempo con grave perjuicio del segundo. Nótese que en el lenguaje de la ley se llama *defensor* y no tutor á la persona que para este evento tiene el menor derecho de elegir. Es porque el legislador tuvo presente por un lado que el tutor dativo para asuntos judiciales no es nombrado sino por jurisdicción voluntaria, y contienda muy formal y seria es ya la que suponemos entre el Juez y el menor; y por el otro, que un tutor de esa especie no puede ser nombrado sino por el Juez, aunque el menor esté emancipado.

221. Establecido que el menor de edad pero mayor de catorce años, tiene derecho de nombrar él mismo su tutor, ¿se sigue de aquí que puede pedir, después de esa edad la remoción del tutor nombrado antes por el Juez? En el antiguo derecho no nos cabe la menor duda acerca de la solución afirmativa de este punto, pues según lo que en otra parte dejamos expuesto, (núm. 101), la curatela era facultativa para el púber menor, salvo ciertos casos que la ley tenía cuidado de especificar. En esta virtud el derecho no podía oponerse á que la facultad y libre arbitrio concedidos á los menores para el nombramiento de curador, se ejercitasen también para su remoción, y á este respecto es terminante la legislación de las Partidas (1). Mas, abolida en el derecho moderno (núm. 111) la división de dos edades, aunque comprendidas ambas dentro de la pupilar, y con diferencia de que en la primera había lugar á la tutela, mientras en la segunda se nombraba curador ¿podemos aún dar la misma solución á la cuestión propuesta? En nuestro concepto nada se opone á ello en los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala que, como acabamos de decirlo, otorgan al menor de edad: pero mayor de catorce años la facultad de nombrarse él mismo su tutor. Porque desde que les pertenece ese derecho,

(1) Partida 6, tit. 16. ll. 12 y 13, y tit. 18, l. 3.—Sentencia del Juzgado 1.º de lo civil de México, 8 de Abril de 1848. (Gacet de Tribs. tomo 1, pág. 384.)

que en nuestros otros Códigos es atribución del Consejo de familia y del Juez, la lógica obligaría á afirmar también ese mismo derecho por lo que respecto á la remoción del tutor, pues de tanta ó mayor importancia es el nombramiento de éste como su separación. ¿Habría el menor de poder designar él mismo su tutor, después de cumplidos los catorce años, y por otra parte en esa misma edad no podría separar al que le hubieren nombrado antes de ellos? Creemos que la contradicción de los términos no hace sino expresar la contradicción de las ideas.

222. ¿Cuándo tiene lugar la tutela dativa? Todos nuestros Códigos á una reconocen que en tres casos: I. cuando falta la testamentaria y la legítima: (1) II. cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su encargo y III. para asuntos judiciales.—¿Por qué dice la ley que la tutela dativa tiene lugar cuando falta temporalmente el tutor testamentario, y no afirma otro tanto respecto del tutor legítimo? Porque el tutor testamentario no podría ser suplido con otro de la misma naturaleza, mientras sí cabe tal sustitución en orden al tutor legítimo y atendida la gradación de parientes que la ley ha establecido (núm. 205). El tercer caso de tutela dativa que nuestros Códigos mencionan, comprende en realidad dos, de los cuales uno, el relativo al evento de aparición de intereses entre el que ejerce la patria potestad y el hijo, (2) queda ya mencionado (núm. 24), perteneciendo el otro á la intervención en asuntos judiciales del menor de edad emancipado (arts. 393 y 394 del Código de Veracruz; 340 y 341 del del Estado de México; 352 y 353 del de Tlaxcala, 557 y 558 del del Distrito Federal de 1870, 479 y 460 del actual.)

223. La declaración de algunos de nuestros Códigos sobre que el tutor dativo toma su origen del nombramiento del menor, confirmado por el Juez, si aquel tiene catorce años cumplidos ¿es también comprensiva del tutor para asuntos judiciales? Des-

(1) Sentencia del Juzgado de 1.ª instancia de Salvatierra, (Guajuato), 6 de Febrero de 1882, (El Foro tomo 19. segunda época, núm. 116).

(2) Sentencia de la 2.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, 30 de Agosto de 1870. (El Derecho, primera época, tomo 5, núm. 22, página 356.)

cartados por el momento los Códigos del Estado de México y de Veracruz que, como hemos visto (núm. 220), hacen derivar aquel nombramiento del Consejo de familia, creemos que es preciso distinguir, pues ó se trata del menor de edad emancipado, ó del caso de oposición de intereses entre el menor y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, que son los dos supuestos de aplicación de la tutela dativa para asuntos judiciales. Si lo primero, creemos sin la menor sombra de duda y á reserva de volver á tratar de esto, cuando nos ocupemos en el comentario del título sobre *emancipación*, que tal nombramiento puede ser hecho por el menor emancipado, pues nada dice en contrario la ley á este respecto y lo mismo sucede en orden al curador, como veremos más adelante. En este punto están conformes nuestros Códigos (arts. 353 del de Tlaxcala, 558 del del Distrito Federal de 1870, 460 del actual y 476, inciso 3. del del Estado de México), con excepción del de Veracruz, (art. 529 inciso 3) que exige, para que el menor emancipado pueda comparecer en juicio, el consentimiento paterno y en su defecto, por ausencia, impedimento ó negativa del padre, autorización judicial.

Si lo segundo, ó sea en el caso de oposición de intereses entre el hijo y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, nos parece que muy otra debe ser la decisión, tanto por la letra de la ley, como por su espíritu racionalmente interpretado. ¿Se concibe, sin peligro para los intereses del menor, que pudiera él nombrar libremente su tutor en el caso de contienda con el ascendiente á que estaba sujeto?—“Se haría ilusoria la disposición citada, dice con todo acierto la 4.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, si se dejara al mismo menor la facultad de hacer esa elección, en la que podría notoriamente influir el ascendiente bajo cuya potestad se encontrase” (1). “Los textos legales responden al espíritu de la ley (núm. 24) en términos tan claros que no consienten la menor duda.

1. Sentencia de la 4.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal (considerando 7), 25 de Enero de 1881.—(El Foro, tomo 9, segunda época, núm. 52).