

TITULO NOVENO DE LA TUTELA.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

Art. 403. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó sólo la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

Art. 404. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad no emancipados.

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

Art. 405. Tienen incapacidad legal para los negocios judiciales los menores de edad emancipados.

Art. 406. La tutela se desempeña por el tutor con intervención del curador, en los términos establecidos por la ley.

Art. 407. Ningún incapaz puede tener á un mismo tiempo más de un tutor definitivo y un curador.

Art. 408. Un tutor y un curador pueden desempeñar la tutela de varios incapaces.

Art. 409. Los cargos de tutor y curador de su incapaz, no pueden ser desempeñados por una misma persona.

Art. 410. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en la línea recta, ó dentro del cuarto en la colateral.

Art. 411. La tutela es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse sin causa legítima.

Art. 412. Cuando fallezca una persona que tenga bajo su potestad un menor ó incapacitado á quien deba nombrarse tutor, el ejecutor testamentario, y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido el difunto, están obligados á dar parte del fallecimiento dentro de ocho días al juez del lugar, á fin de que provea á la tutela, bajo pena de veinticinco á cien pesos de multa.

Art. 413. El cargo de tutor se defiere:

I. En testamento.

II. Por elección del mismo menor confirmada por el Juez.

III. Por nombramiento exclusivo del Juez.

IV. Por la ley.

El cargo de curador se defiere por los tres primeros modos.

Art. 414. Ninguna tutela puede deferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos, el estado de la persona que va á quedar sujeta á ella.

Art. 415. El menor de edad no emancipado, que fuere demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo, estará sujeto á la tutela de los menores, mientras no llegue á la mayor edad.

Art. 416. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará á la nueva tutela, previo juicio de interdicción formal, en el que serán oídos el tutor y curador anteriores.

Art. 417. Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme á la ley y no habiéndolo, se les proveerá de tutor legalmente.

Art. 418. La tutela del demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo,

durará el tiempo que duro la interdicción, si fuere ejercida por el cónyuge, por los hijos ó por los ascendientes. Si fuere ejercida por cualquiera otra persona, podrá cesar á los diez años, si el tutor la renuncia, en cuyo caso se proveerá de nuevo conforme á la ley.

Art. 419. La interdicción no cesará sino por la muerte del incapacitado ó por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme á las reglas establecidas para el de interdicción.

SECCION 1.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

97. Dado el carácter del poder paterno en la legislación romana, según lo hemos expuesto anteriormente (núms. 1 á 4), las personas caían por necesidad bajo la clasificación de *sui juris* y *alieni juris*, siendo las primeras todas aquellas que habían salido de la patria potestad por muerte del jefe ó por emancipación de ellas mismas, y las segundas, todas aquellas que estaban sometidas al poder de otro, es decir, los esclavos, los hijos de cualquier edad que fuesen, y sus descendientes varones, las mujeres y los hombres libres adquiridos por emancipación. De aquí se sigue que pudiendo ser *sui juris* aun los hijos menores de edad, ya que podían nacer independientes de todo poder doméstico, era preciso que aquella misma legislación proveyere á la incapacidad proveniente de la edad, con lo cual habría de quedar remediada la extraña situación de los menores, declarados sin embargo dueños de sí mismos (*sui juris*), y aun decorados con el nombre de *paterfamilias* (1). Tal es el origen de las tutelas y curatelas que, á diferencia de la patria potestad, casi exclusivamente establecida en interés del *paterfamilias*, (2), tenían por objeto crear defensores en favor de personas que no

(1) *Patres familiarum sunt, qui sunt eum potestatis, sive pábres, sive impábres; simile modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate.* (Dig. lib. 1, tit. 6, l. 1.)

(2) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 584.

CIVIL MEXICANO.

193

estaban en aptitud de defenderse por sí mismas. (1). Los modernos tratadistas de derecho romano, en vista de las no poco vagas diferencias que se exponen entre la tutela y la curatela, hánse visto inclinados á enseñar, que probablemente en los tiempos primitivos, los dos términos hayan sido sinónimos (2): Unos autores han dicho que, mientras los tutores protegían no sólo la fortuna, sino también la persona del incapaz, los curadores debían exclusivamente velar por el patrimonio, ya administrándolo, ora dando su asentimiento para ciertos actos sobre bienes. Se ha hecho observar, sin embargo, que una ley de las XII tablas reconocía al curador del furioso poder sobre la persona, lo mismo que sobre los bienes, y que la tutela de la mujer difería considerablemente de la de los impúberos. Otros, enseñan que el tutor era dado á aquellos cuya incapacidad era á la vez natural y general, es decir, que estaba en el orden natural de las cosas y abrazaba todos los actos de la vida civil; tales eran los impúberos y en el primitivo derecho las mujeres. En cambio tenían curador aquellos cuya incapacidad era accidental ó especial, como los enajenados, y los pródigos, y como los menores púberos, cuya incapacidad sólo comprendía actos determinados. Un tercer grupo de intérpretes ha establecido que la diferencia entre ambos cargos consistía esencialmente en que, si el tutor interponía su autoridad (*interpositio auctoritatis, augere, auctor esse*), el curador meramente daba ó negaba su asentimiento á los actos del pupilo (*consensus*).

Sea de esto lo que fuere, una idea dominaba toda esta materia de la legislación romana. Se la vé desde la ley de las XII Tablas, que castigaba al tutor sospechoso. Se confirma en la ley *Atilia*, que tenía cuidado de aquéllos á quienes faltaba tutor testamentario ó legítimo y en la ley *Plaetoria*, que organi-

(1) Dig. lib. 50, tít. 16, l. 239.

(2) Loehér, *Magazin*, tom. 8.—Vangerow, tom. 1, § 263.—Rivier, *Droit de famille romaine*, chap. 5, § 25.

zó la protección del púber menor. Esa idea persistirá aun bajo el Imperio, cuando el Soberano de Roma no haya vacilado en pronunciar las siguientes memorables palabras: "Quiero que sea manifiesto á todos, que yo me consagraré por toda clase de medios á ayudar á los pupilos, puesto que en ello está comprometido el interés público."—Así, el cargo de tutor era una función que el Estado imponía á los ciudadanos (*munus publicum*), ejerciendo sobre las tutelas y curatelas una vigilancia que el desarrollo del derecho vino á hacer cada día más eficaz. Un magistrado especial, el *pretor tutelar*, encargado de toda la jurisdicción sobre esta materia, estaba pendiente tanto del nombramiento del tutor, como de su instalación; le hacía dar caución, *rem pupili salvam fore*, y otorgar inventario; autorizaba las enajenaciones suyas y lo deponía, si resultaba infiel ó incapaz (1). En razón de tal carácter la tutela y la curatela eran obligatorias para los designados á desempeñarlas, á menos que pudiera invocarse una excusa legal. No había sino una excepción á este precepto, la tutela de las mujeres, fundada más sobre el interés de sus parientes que sobre el de ellas mismas. (2)

98. La ley de las XII Tablas mencionaba cuatro especies de tutelas y curatelas: la tutela de los impúberos y la de las mujeres, la curatela de los furiosos y la de los pródigos. Hay otras clasificaciones basadas en diverso punto de vista: el tutor era testamentario, legítimo, atiliano y optivo. Había también tutores honorarios, gerentes y especiales; los curadores eran igualmente honorarios ó legítimos. (3)

99. La tutela tenía lugar en favor de los menores de doce años, que era la edad hasta la cual el hombre era reputado púber (*qui generare potest*), y acababa unas veces para el pupilo, y otras solamente para el tutor. Sucedió lo primero por la muer-

(1) Suetonio, *Claudio*, 23.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25.

(3) Galus, cap. 1, § 188.—Ulpiano, 12, 1.

te del mismo; por su grande ó media disminución de cabeza, ó sea por la pérdida de la libertad ó de la ciudad; por llegar á la edad de la pubertad; por la arrogación ó legitimación (1). Acababa la tutela solamente para el tutor por su muerte; por su grande ó su media disminución de cabeza; por una incapacidad ó una excusa; por el cumplimiento de una condición ó la espiración de un término, siendo ambos resolutorios, y por la remoción á causa de dolo ó falta grave. (2)

100. La tutela de las mujeres, establecida por el antiguo derecho, cualquiera que fuese su edad, sin más motivo que conservar la fortuna á sus parientes civiles (3), y con solo la excepción de las Vestales, que tampoco estaban sometidas al poder paterno (4), recibía su primera modificación por las leyes *Julia* y *Papia Pappea*, las cuales declararon no deber aquellas estar sujetas á tutela, desde que tenían tres hijos legítimos (5). Mas tarde la ley *Claudia* suprimió la tutela legítima sobre las mujeres ingenuas y no emancipadas, no manteniendo para ellas sino la tutela testamentaria y la dativa, y subsistiendo el antiguo derecho para las manunitidas y las emancipadas (6). La tutela femenil, sometida á las mismas reglas que la de los impúberos, se diferenciaba de ésta en que el derecho de dar un tutor testamentario á la mujer, pertenecía no sólo á su padre, sino también á su marido, quien podía acordar á aquella el derecho de elegirlo ella misma. Si lo nombraba el marido, el tutor era llamado dativo, y optivo, si lo nombraba la misma mujer. Otra diferencia había también entre una y otra tutela, pues la de la mujer podía pertenecer aun á personas incapaces accidentalmente y aun á ausentes, como que ella era más bien un

(1) *Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, §§ 1 á 4.*

(2) *Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, §§ 3 y 4.—Novela, 94, cap. 2.—Dig. lib. 27, tit. 1, l. 40.—Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, § 2.—Id. id., § 5.—Dig., lib. 26, tit. 10, l. 1. 3, § 5, y 7 § 1.*

(3) *Gaius, cap. 1, § 192.*

(4) *Plutarco, in Numa, cap. 9.—Gaius, cap. § 145.—Aulo-Gelio, I, 12.*

(5) *Gaius, cap. 1, § 144.—Id. id., § 192.—Id. id., § 190.—Id. id., § 194.*

(6) *Gaius, cap. 1, § 171.*

derecho para el tutor, que una protección para la mujer (1). Toda esta legislación, sin que se sepa fijamente la fecha, acabó por completo, y lo único que puede asegurarse es que ya no regía bajo el Emperador Constantino. Las Institutas de Justiniano no la mencionan ni por vía de recuerdo.

101. Pasando ahora á la curatela, debemos decir que era acordado á los menores de veinticinco años pero mayores de catorce, por la ley *Platoria* el derecho de pedir un curador especial por causas graves, cuya apreciación pertenecía al magistrado (2). Más tarde, lo que parecía una ley particular para el solo caso en que los menores hubiesen sido víctimas de su inexperiencia por parte de acreedores contra quienes se abría acusación pública (3), se convirtió en una medida general obligatoria para el menor, que quisiera ejecutar ciertos actos importantes (4). Ortolan nos enseña que casi por la misma época los pretores introdujeran en sus edictos la restitución *in integrum* en favor de los menores de veinticinco años, que hubieran sido engañados en cualquier negocio. Finalmente, el Emperador Marco Aurelio estableció por una constitución que los menores podían solicitar un curador general, que los asistiese siempre que fuesen incapaces de obrar por sí mismos, y que á tal efecto podía administrar sus bienes (5). Así, pues, y como lo observa Justiniano, la curatela general era puramente facultativa para el menor, salvo los casos de un proceso (6), el de recibir las cuentas de sus tutores (7), el de hacerse arrojar (8), el de comparecer ante los tribunales antes de la edad de diez y siete años

(1) *Gaius*, cap. 1, §§ 144, 155, 165, 166, 185 y 195.—*Id. id.* § 148.—*Id. id.* § 160.—*Id. id.* § 164.—*Id. id.* §§ 180 y 181.—*Ulpiano*, 11, 22.—*Tito Livio*, lib. 32, § 2.—Ciceron, *Pro Murena*, 12, 27.

(2) *Ulpiano*, 12, 4.—Plauto, *Pseudol.* act. 1, Scen. 3, V. 68.

(3) Cicerón *De natura Deorum*, 3, 30.

(4) Dion Casio, 52, 20.

(5) Capitolino, *Marco Aurelio* 10.

(6) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 2.—*Dig.*, lib. 26, tít. 5, l. 13, § 2.

(7) *Cód.*, lib. 5, tít. 31, l. 7.

(8) *Dig.*, lib. 1, tít. 7, l. 8.

(1), el de enajenar cualquiera cosa que fuese, y hacer ó recibir pagos (2) y casarse, tratándose de la mujer (3).

102. Mas no sólo los menores de edad estaban sujetos á curatela, porque ella existía también para los enajenados, para los débiles de espíritu, para los pródigos y para los enfermos crónicos. En cuanto á los primeros, fué la ley de las XII Tablas quien introdujo su curatela (4), perteneciendo á los agnados y gentiles designar entre ellos la persona que había de desempeñar aquella. En caso de no existir agnados, correspondía á los magistrados dar curadores á los dementes. Estos eran incapaces de una manera absoluta para ejecutar cualquier acto, porque no tenían voluntad, la cual es esencial en todos los contratos: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit* (5).

103. El curador hacía las veces del loco en todos los actos de la vida civil (6), y su gestión era garantizada por una hipoteca legal sobre el conjunto de su patrimonio (7). Los jurisconsultos romanos disputáron, sin llegar nunca á un acuerdo, sobre si la curatela cesaba á cada intervalo lúcido, para volver á ser necesaria, si la incapacidad reaparecía. La duda aún persistía durante el Imperio (8); pero Justiniano decidió que la curatela no debía cesar y renacer á cada intervalo lúcido, sino que debía continuar siempre, sin perjuicio de que el furioso en los momentos lúcidos pudiera ejecutar toda clase de actos fuera de la asistencia de curador (9). La curatela de los débiles de espíritu se introdujo en Roma por el uso, comprendiéndose en

(1) *Dig.*, lib. 3, tít. 1, l. 1, § 3.

(2) *Cód.*; lib. 5, tít. 71, l. 4.—*Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 7, § 2.—*Cód.*, lib. 5, tít. 37, l. 25 y 27.—*Id.* lib. 2, tít. 22, l. 3.

(3) *Cód.* lib. 5, tít. 4; l. 20.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, §§ 3 y 4.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 8.

(6) *Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 7, initio.

(7) *Cód.* lib. 5, tít. 37, l. 22, 25 y 27.

(8) *Cód.* lib. 4, tít. 33, l. 2.

(9) *Cód.*, lib. 5, tít. 70, l. 6.

esta clasificación á los insensatos, á los sordos, á los mudos y á aquellos que padecían de una enfermedad perpétua (1). La curatela de los pródigos remonta á la ley de las XII Tablas. Se sujetaba á ella á todos los que delapidaban los bienes que habían adquirido como herederos ab-intestato de un ascendiente, no aplicándose la interdicción sino á estos bienes (2). Despues entraron también en la interdicción los bienes adquiridos por sucesión testamentaria (3), haciéndose en definitiva toda prodigalidad merecedora de curatela (4). Los pródigos eran incapaces de ejecutar actos onerosos, exceptuándose solo el matrimonio (5), y la aceptación de una herencia (6), porque en orden á estos actos la prodigalidad no era de temerse. Todas estas formas de curatela terminaban de pleno derecho por la cura ó corrección del incapacitado, sin que fuese necesario un juicio, que en caso de existir, no tenía por objeto sino comprobar la extinción de la causa que había ocasionado la incapacidad (7).

104. El derecho romano reconocía también otras especies de curatelas, que podríamos llamar accidentales ó excepcionales. Ellas tenían lugar, 1º para suplir al *paterfamilias* que se hubiera hecho culpable de negligencia grave en la administración de los bienes de su hijo impúber (8), ó cuando hubiera rehusado administrar, porque no tenía el usufructo (9); 2º Si el tutor se hacía momentáneamente excusar (10), ó durante el examen de la excusa (11); 3º cuando el tutor estaba impedido de administrar, por un caso de fuerza mayor (12), y no se juzgaba nece-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 4.

(2) Ulpiano, 12, 3.—Paulo, 3, 4, § 7.

(3) Ulpiano, *in. id. loc.*

(4) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 6.

(5) *Dig.* lib. 23, tít. 2, l. 20.

(6) *Dig.* lib. 29, tít. 2, l. 5, § 1.

(7) *Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 1.—Ulpiano, *de tutel.* 3, § 1.

(8) *Cód.* lib. 9, tít. 51, l. 13, § 2.

(9) *Cód.* lib. 6, tít. 61, l. 8, § 1.

(10) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25, §§ 2 y 3.

(11) *Dig.*, lib. 49, tít. 1, l. 17, § 1.

(12) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25, § 6.

sario reemplazarlo por otro tutor (1); 4° cuando el tutor debía concertar un acto jurídico con el pupilo (2), ó se hacía su acreedor ó su deudor (3); 5° durante el litigio para destituir al tutor (4); y 6°. cuando se trataba de velar por la conservación de la mujer en cinta (5). Los tratadistas mencionan además otras curatelas: la del ausente, la de la herencia yacente y la de la quiebra, todas las cuales tenían por objeto exclusivamente los bienes y eran extrañas al derecho de familia.

105. Toda esta legislación, con muy señaladas diferencias, pasó á España, cuyos juriconsultos tomaron siempre por base de sus interpretaciones lo que con tanta minuciosidad estaba prescrito y reglamentado en el Código y en las Institutas de Justiniano. Innecesario, pues, nos parece detenernos á recorrer una por una todas las partes de las leyes pátrias (6), y por tanto nos limitamos á marcar aquello en que radicalmente innovaron á las romanas. Las principales de estas innovaciones pueden reducirse á dos, siendo la primera, la que ya en otra parte hicimos notar (núm. 5), ó sea la relativa á la guarda de los hijos que se encomendaba á la madre por fallocimiento del padre (7), y consistiendo la segunda, en otorgar á los tutores y curadores, en debida recompensa por su trabajo y vigilancia del pupilo, la décima parte de los frutos de los bienes de éste (8).

(1) *Dig.*, lib. 26, tit. 1, l. 1, §§ 2 y 3.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 21, § 3.

(3) *Novela* 72, cap. 2.

(4) *Cód.*, lib. 5, tit. 43, l. 7.

(5) *Dig.* lib. 37, tit. 9.

(6) *Part.* 6, tít. 16, 17 y 18.—*Fuero Real*, lib. 1, tit. 7, l. 2.—*Id.* lib. 3, tit. 7, l. 2.—Gutiérrez Fernández, *Códigos españoles*, lib. 1, cap. 5.—Fernández Elias, *Derecho civil español*, lec. 21.—*Novísimo Sala Mexicano*, lib. 1, tit. 7.—Navarro Amandi, *Código civil de España*, tit. 9.—Alvarez, *Derecho real de España, de Castilla y de Indias*, tit. 13 y siguientes.—*Fininio*, anotado por Heinicio, lib. 1, tit. 13 y siguientes.—Febrero de Galván, lib. 1, tit. 10.—De la Serna y Montalvan, *Der. civ. de España*, lib. 1, tít. 5 y 6.

(7) *Part.* 6, tit. 16, l. 9.

(8) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tit. 3, l. 3.—*Fuero Real*, lib. 3, tit. 7, l. 2.—*Part.* 6, tit. 14, l. 4.—*Id. id.* tit. 16, ll. 12 y 13.—Gutiérrez, *part.* 3, caps. 23 y 27.

DERECHO MODERNO.

106. Ya en otra parte hemos hecho notar (núm. 11), cómo, según el derecho francés, la tutela del menor de edad pertenece de pleno derecho á la madre, muerto el padre, con lo cual se reúnen en aquella las dos autoridades protectoras del hijo, pues, además de la que nos ocupa, debe reconocerse que le pertenece también el poder paterno en orden á la educación de éste. Hemos ya explicado también (núms. 46 á 65), las condiciones y restricciones con que esa tutela podía ser ejercida por la madre. Y como las demás disposiciones del Código de Napoleón, inclusive la institución del Consejo de familia, guardan relación con algunas de nuestras leyes civiles, creemos conveniente, para no repetirnos, reservar su comentario para cuando nos ocupémos en el de éstas. Hay un principio, sin embargo, que domina toda esta materia en el derecho moderno, y es, la abolición de aquella doble autoridad á que se sujetaba al menor de edad, según que no hubiese llegado á la pubertad, ó que habiéndola alcanzado, aún no cumpliera los veinticinco años. La tutela, pues, y la curatela ya no existen en las leyes modernas con las formas y objeto que tuvieran antes, porque la mayor edad es fijada desde la ley francesa de 20 de Septiembre de 1792, en los veintiún años.

107. Nuestra legislación nacional es muy vária en orden á la tutela, habiéndose inspirado parte en el proyecto de un Código civil español del señor Goyena, y parte en distintas legislaciones, procurándose aprovechar de ellas todo lo que se consideró adaptable á nuestras costumbres. Los dos Códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala, puede decirse que en ésta, como en otras muchas materias, forman un grupo aparte, casi en un todo diferente del que presentan los de Veracruz y Estado de México, muy influidos por la tradición romana. Todos, sin embargo, se separan en más de un punto de ésta, como vamos á verlo en la exposición que sigue.

NÚM. 1. ¿QUÉ ES TUTELA?

108. Los Códigos del Distrito Federal (art. 430 del de 1870 y 403 del actual) y el de Tlaxcala (art. 300) definen la tutela: la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó sólo la segunda para gobernarse por sí mismos. Los Códigos del Estado de México (art. 324) y de Veracruz (art. 375) expresan que la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado ni sujeto á patria potestad. Esta segunda definición está tomada de la l. 1, tít. 16, Part. 6, con la sola diferencia del cómputo de edad, que como antes lo hemos hecho notar (núms. 99 y 101), se formaba en el antiguo derecho, dividiendo el tiempo de la impubertad del de la pubertad, aunque comprendiéndose ambas dentro de la menor edad. Mas como toda nuestra legislación civil, según en otra parte lo expusimos (1), sigue el principio de que la menor edad dura para ambos sexos hasta los veintiún años, debemos entender que estos textos, sin reparar en aquella doble división, expresan que el menor de veintiún años, aunque mayor de catorce, está sujeto á tutela, si no se halla bajo la patria potestad ni emancipado. Nuestros otros Códigos guardan con los de Estado de México y Veracruz dos señaladísimas diferencias: consiste la primera en que estos últimos reservan la tutela á los menores de edad, sin extenderla, como aquellos, á los incapacitados, para los cuales, como veremos más adelante, tienen la *curaduría*. La segunda diferencia se palpa, atendiendo á que, mientras los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala sujetan á tutela á los menores de edad, aun emancipados, los otros no someten á estos últimos, según también después lo haremos notar, sino á *curatela especial*. Todas estas legislaciones, sin embargo, coinciden en un punto que radicalmente las separa del antiguo derecho, romano y pá-

(1) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 237.

trio, conforme á los cuales la tutela tenía por objeto primario la persona del pupilo, siendo secundario el de la guarda de los bienes, pues ambos objetos pertenecen en igual grado de preferencia á las obligaciones del tutor (1). En cambio, en cuanto á la curatela, puede decirse que los Códigos de Estado de México y de Veracruz, si bien no la refieren, como el derecho antiguo, á los menores púberos, para aplicarla sólo á los incapacitados y en ciertos casos á los menores emancipados, sólo le atribuyen obligaciones respecto de los bienes del sujeto á ella, sin relación, á lo menos principal, con su persona.

Todas estas legislaciones, excepto la vigente en el Distrito Federal, no hablan de la tutela sino refiriéndose á causas permanentes que la motivan, siendo así que, como en otra parte lo hemos expuesto (núm. 24), hay también lugar á la tutela en todo caso de oposición de intereses entre el hijo y aquel que sobre él ejerce la patria potestad. Como éste hay otros casos de tutela interina (2), en cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

Era, pues, precisa una reforma como la traída por el art. 403 del Código que sirve de base á nuestro comentario, á fin de evitar confusiones, y que se pudiera decir, conforme á la letra de los mismos textos legales, que el estado de sujeción á la patria potestad es incompatible con el de tutela (3).

(1) Alvarez, *Inst. de Der. Real*, tom. 1, pág. 182.—Una importante sentencia, sin embargo, de nuestros tribunales [Juzgado 6.º de lo Civil del Distrito Federal, 2 de Julio de 1875. "El Foro," tomo V, núm. 13.] se funda precisamente en el principio antiguo, para deducir que el tutor no necesita autorización judicial especial para gastos urgentes y notoriamente precisos en favor del pupilo, bastando la autorización general que, como tutor tiene, si se trata, por ejemplo, de los gastos que importa un viaje prescrito al pupilo por razón de enfermedad. Esto demuestra que el viejo principio jurídico sirve aún, en casos no expresamente previstos. Con todo, la importancia igual de la persona y de los bienes como objeto de la tutela, es característica de la legislación moderna. [Sentencia del Juzgado 2.º de lo Civil del Distrito Federal, 25 de Noviembre de 1884. "El Foro," tomo XXIII, 2.ª época, núm. 111.]

(2) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 190.

(3) Sentencia de la 4.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 25 de Enero de 1881. (El Foro, tom. 16, núm. 52, pág. 198, considerando 2 y 3.)

109. Esta, según nuestro derecho, es también, como en el antiguo, un cargo personal de que nadie puede excusarse sino por causas excepcionales, expresamente marcadas en la ley. Así lo declaran los arts. 377 del Código de Veracruz, 325 del de Estado de México, 306 del de Tlaxcala, 438 del del Distrito Federal de 1870 y 411 del actual. De este principio, que es también constante en la jurisprudencia francesa, se derivan importantes consecuencias de que hablaremos en su oportunidad (1).

110. Y como muy tardíamente eficaces serían las disposiciones legales para proteger á los huérfanos contra su inexperiencia, si la provisión de la tutela no se hiciese inmediatamente que el menor ó incapacitado empiezan á encontrarse en el caso de necesitar tal protección, el derecho moderno, inspirándose una vez más en las tradiciones del antiguo, ordena que todas las personas con quienes el menor pudiera estar conexionado, ejerzan los oficios conducentes á que sea nombrado el tutor en el menor plazo posible y so pena de incurrir en una responsabilidad punible. Nuestro antiguo derecho pátrio imponía esta misma obligación á los parientes del huérfano, á sus amigos, ó á cualquiera del pueblo, conminando á los primeros con la pérdida del derecho hereditario en caso de ser omisos en el cumplimiento de tal deber (2). El Código francés, refiriéndose también solo á la tutela dativa (art. 406), establece que el Consejo de familia, que debe nombrarla, sea convocado á pedimento de los parientes del menor, de sus acreedores ó de cualesquiera partes interesadas y aun de oficio por el Juez de Paz del domicilio, pudiendo toda persona hacer á este funcionario la denuncia de que un menor y no emancipado se halla en el caso de nombrársele tutor (3). Nuestro derecho nacional ha respondido á la misma necesidad, estableciendo medidas obligatorias, á fin de que aquella quede cumplidamente satisfecha,

(1) Demolombe, tom. 7, núm. 30.—Laurent, tom. 4, núm. 366.

(2) *Part.* 6, tít. 16, l. 12, y *glos.* de Greg. López, núm. 7.

(3) Demolombe, tom. 7, núms. 193 á 196.—Laurent, tom. 4, núm. 407.

en cuanto es posible. Empero, si tales medidas han sido preceptuadas por nuestras leyes civiles, ni son uniformes en todas ellas, ni se ven apoyadas por la misma sanción penal. En efecto, mientras los Códigos de Estado de México y de Veracruz, (arts. 326 y 327 del primero; 378 y 379 del segundo) previenen que el Juez de primera instancia y en su falta el conciliador del pueblo en que se hallare el menor, deben proveer provisionalmente al cuidado de su persona y bienes, hasta que se le nombre el tutor definitivo, haciendo inventariar y depositar los muebles, si al deferirse la tutela se encuentra fuera de su domicilio, y oficiando al Juez de primera instancia de éste con testimonio de tales diligencias; y si esta obligación se extiende también al caso en que se sepa, haber quedado vacante la tutela por cualquiera causa, ó que el protutor y consejo de familia no pueden atender á la defensa de los intereses del huérfano, pudiendo señalarse análogas disposiciones en el Código Civil del Distrito Federal de 1870 (arts. 439 y 446); el vigente (art. 412) se limita á declarar que el ejecutor testamentario, y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido el difunto, bajo cuyo poder estaban un menor ó incapacitado á quien deba nombrarse tutor, están obligados á dar parte del fallecimiento, dentro de ocho días, al Juez del lugar, á fin de que provea á tal nombramiento. Esta reforma, sin embargo, sólo significa que el legislador de 1884 creyó conveniente trasladar al Código de procedimientos civiles todas las disposiciones del de 1870, por referirse á la manera de poner en práctica la provisión de la tutela. El Código de Tlaxcala carece de una disposición á este respecto, salvo que quiera encontrársela en el art. 310, que no impone un deber, sino que establece meramente una facultad y sólo respecto de los parientes y del albacea. Aparte de tales diferencias, esos mismos Códigos siguen también diverso sistema por lo que respecta á la sanción del precepto que imponen. Los del Distrito Federal expresan que la negligencia en dar aviso á quien

corresponda para la provisión de la tutela, será castigada con veinticinco pesos de multa, que podrán aumentarse hasta cien. El de Estado de México sanciona dicho precepto, en cuanto á los parientes del menor, con la privación del derecho de ser tutores, pro-tutores, ó miembros del Consejo de familia, y del de suceder ab-intestato, si no hubiera llegado á darse el aviso por cualquiera otra persona. La misma sanción, excepto la última parte, previene el Código de Veracruz. En cuanto á los jueces, tanto el Código de Estado de México, como el de Veracruz, declaran: que en caso de no cumplir con lo que les concierne en orden á la tutela, responderán de los *daños* que sobrevengan por tal motivo al menor. El Código del Distrito Federal de 1870 (art. 446), declara que el Juez omiso en el cumplimiento de las prescripciones referidas, sólo será responsable de los perjuicios que sufran los incapaces, además de las penas en que incurra conforme á las leyes. Esta misma declaración se encuentra en los arts. 1427 del Código de procedimientos civiles vigente en el mismo Distrito Federal y 1390 del de igual clase de Tlaxcala.

NÚM. 2. ¿QUÉNES ESTÁN SUJETOS Á TUTELA?

111. La antigua legislación española, siguiendo á la romana (núms. 99 y 101), sujetaba á *tutela* solamente á los menores de catorce y doce años, atendida la diferencia del sexo, y reservaba la *curaduría* no sólo para los mayores de aquella edad y menores de veinticinco años, sino también para los que, habiendo ya cumplido éstos, se hallaban impedidos para administrar sus bienes por locura, prodigalidad, sordera-mudez y enfermedad perpétua (1). Este mismo sistema, cuya organización tendremos más adelante oportunidad de exponer con todos sus por-menores, siguen los Códigos de Veracruz y Estado de México, exceptuándose sólo el punto relativo á la edad, la cual, como

(1) *Part.* 6, tít. 16, l. 13 y *glos.* 1 de Greg. López.—*Sala Mexicano*, tom. 1, núm. 33, tít. 8.

ya dijimos, no es dividida por las leyes modernas en las dos épocas de pubertad ó impubertad. Dichos Códigos (arts. 375, 533 y 534 del primero; 324, 482 y 483 del segundo) expresan que el menor de edad no emancipado ni sujeto á pátria potestad, está sujeto á tutela; mientras el mayor de edad, pero incapaz de administrar sus bienes por sí mismo, por locura, áun teniendo intervalos lúcidos, demencia, imbecilidad, sordera-mudez con ignorancia del arte de leer y escribir, prodigalidad ó interdicción civil por causa de delito, está sujeto á curaduría. El Código del Estado de México somete también á curatela al menor emancipado para comparecer en juicio, y si igual prescripción no se encuentra en el Código de Veracruz, es porque éste, como lo veremos despues, previene para tal caso que el menor cuente con el permiso paterno ó judicial.

Los Códigos del Distrito Federal han seguido absolutamente otro sistema, pues inspirándose en el francés, sujetan á tutela no sólo á los menores de edad no emancipados, sino también á los incapacitados por locura, idiotismo, imbecilidad, áun cuando tengan intervalos lúcidos, á los sordo-mudos que no saben leer ni escribir y á los menores emancipados para los negocios judiciales (arts. 431 y 432 del Código de 1870, 404 y 405 del actual; 390, 489, 506 y siguientes del francés). La curatela, llamada en la última de estas legislaciones, tutela subrogada, no desempeña en todas ellas sino el papel de una institución creada para vigilar los actos del tutor ó interponerse entre éste y el pupilo, siempre que los intereses del uno y del otro estén en oposición. Más adelante expondremos las diferencias que separan estos sistemas, bastándonos por el momento consignar que los tres Códigos mencionados marcan una profundísima modificación respecto á las leyes antiguas en orden á los sujetos á tutela y curatela (1).

El Código de Tlaxcala sigue el mismo sistema (arts. 301 y

(1) Demolombe, tom. 8, núm. 560.—Laurent, tom. 5, núm. 286.

302); pero no contiene en ninguna parte la institución de la curatela.

112. Si en cuanto á los menores de edad sujetos á tutela, el comentador no encuentra ninguna dificultad, no sucede lo mismo en orden á los incapacitados, respecto de quienes puede surgir la duda sobre si, áun siendo menores, están sujetos á la tutela de éstos, ó si la de los incapacitados solo les alcanza desde la mayor edad en adelante. A falta de texto expreso en el Código francés, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en declarar que la tutela de los incapaces no los comprende mientras son menores, pues entonces están sujetos á la que les concierne por razón de su edad (1). Nuestra legislación nacional declara expresamente esto mismo, como es de verse en los arts. 312 del Código de Tlaxcala, 470 y 471 del del Distrito Federal de 1870, y 415 y 416 del actual, según todos los cuales el menor de edad no emancipado, que fuere demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo, estará sujeto á la tutela de menores, mientras no llegue á la mayor edad. Lo mismo, sin duda alguna, debe decirse en vista de los arts. 533 del Código de Veracruz y 482 del de Estado de México, sin dejar de recordar por de contado la semejanza de estas legislaciones con el antiguo derecho (2).

113. La más evidente justicia es la que ha dictado al legislador la idea de someter á tutela ó curatela á los mayores de edad privados de inteligencia. Nos creemos dispensados de explicar cómo deben entenderse las varias formas de enajenación mental, después de lo que tan extensamente hemos expuesto en otra parte y con motivo del matrimonio (3). Nuestra legislación,

(1) Valette, tom. 1, pág. 372.—Laurent, tom. 5, núm. 286.—Proudhon, tom. 2, pág. 546.—Demolombe, tom. 8, núm. 561.

(2) La Serna, *Derecho Romano y Español*, tom. 1, lib. 1, tit. 23, § 3.—Domat, *Les lois civiles, de tut. et curat.*—L. 3, § 1, ff. de tut.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 195 á 243.—Sentencia del juzgado 6º de lo Civil del Distrito Federal, 21 de Junio de 1876 [El Foro, tom. 7, núm. 7, considerandos 1º y 2º]

lo mismo que la francesa (art. cit. 499) declara que la enajenación mental sujeta al paciente á tutela ó curatela, *aun cuando tenga intervalos lúcidos*. Si hemos censurado, en nombre de la ciencia, la teoría de los intervalos lúcidos, con cuyo fundamento la ley permite el matrimonio que se contraiga durante ellos, no podemos menos que aplaudir, sin dejar de señalar en esto una contradicción, que se sujete á tutela á esos incapaces en quienes las aparentes reapariciones de la razón no hacen, como enseña Ducaurroy, sino indicar, como más necesaria, la interdicción (1). En efecto, cuando se trata de enajenación sin intermitencias, la misma franqueza de la enfermedad abulta todo peligro de un contrato cualquiera, aun dañoso, con el incapacitado. Fuera de esto, creemos haber demostrado que la ciencia no ha logrado decir la última palabra ni sobre la naturaleza del intervalo lúcido, y lo que es más importante aun, ni sobre su duración, circunstancias ambas que hacen imposible establecer el verdadero estado del enajenado en un momento cualquiera. Ante este inconveniente que, de no haber sido orillado por el legislador con la absoluta y constante sujeción á la tutela, habría sido causa de insolubles litigios, no quedaba otro medio que declarar cómo aun los intervalos lúcidos constituyen un estado perfecta y debidamente compatible con la sujeción tutelar, en lo cual la legislación moderna, no hace sino repetir una prescripción de la antigua (2).

114. ¿Deben ser también comprendidos, entre los sujetos á tutela, los sordo-mudos? Hemos también hablado en otra parte (3) de las declaraciones legales en orden á los sordo-mudos, quienes si en la antigüedad eran como absolutamente faltos de inteligencia, guardan hoy, merced á descubrimientos tan maravillosos como humanitarios, un estado que no debe confundirse con

(1) Ducaurroy, tom. 1, núm. 712.—Duranton, tom. 3, núm. 715.—Laurent, tom. 5, núm. 250.

(2) Cód. lib. 6, tít. 70, l. 6:

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 236 á 243.

la insania, si á él no acompaña la ignorancia del arte de leer y escribir. El Código francés guarda un silencio absoluto sobre la capacidad intelectual de los sordo-mudos, de donde inferen los comentadores que pertenece al arbitrio de los Tribunales decidir en cada caso particular, segun las circunstancias, si un sordo-mudo debe ó no recibir tutor. Ante esta omisión del legislador francés no es imposible que la sordera mudéz, aun acompañada de la absoluta ignorancia en el arte de leer y escribir, no amerite la imposición de la tutela, si por otra parte se descubre la inteligencia en el paciente (1). Nuestra legislación nacional es uniforme en este punto, estableciendo que sólo deben considerarse como incapaces, y por tanto como necesitados de tutela ó curatela, *los sordo-mudos que no saben leer ni escribir*.

115. Según el antiguo derecho, hemos visto antes (núm. 102) que estaban también sujetos á curatela los pródigos, que en el lenguaje de las XII Tablas eran solamente aquellos que dilapidaban los bienes adquiridos ab intestato; pero cuyo nombre se hizo después extensivo por el derecho pretoriano á los que dilapidaban toda especie de bienes. Esta misma legislación pasó al Código de las partidas (2), y es la que rige en la mayor parte de los Códigos modernos con más ó menos modificaciones. La ley francesa, sin llegar hasta el extremo del antiguo derecho, en el cual se confundían el pródigo y el demente, establece (art. 513) que puede ser nombrado al pródigo un consejo judicial, sin cuya asistencia aquel no pueda litigar, transigir, tomar prestado, recibir un capital mueble, descargarse de él, enajenar ó hipotecar sus bienes. Se ve, pues, que según la legislación francesa, no existe la interdicción por causa de prodigalidad, señalándose como único remedio para este vicio, el

(1) Dalloz, *Rep.* "Interdiction," núm. 26.

(2) *Part.* 5, tít. 11, l. 3.—*Id.* 6, tít. 16, l. 4.—*Id.* id., tít. 1 l. 9.—*Id.* id., tít. id., l. 13.—*Id.* 3, tít. 6 l. 2.—La Serna. *Derecho romano*, lib. 1, tít. 23, § 3.—Domat, *Les lois civiles*, lib. 26, tít. 5.—Donellus, *Opera*, tom. 11, ad. tít. *Dig. de verb. obligat.* pág. 565.

nombramiento de un consejo judicial sobre cuyas condiciones y facultades hablaremos más adelante.

Entre nuestros Códigos sólo los del Distrito Federal de 1870 (arts. 432, inciso 1 y 472), de Estado de México (art. 483), y de Veracruz (art. 534) se ocupan de la prodigalidad, dándole todo el valor de una verdadera causa de interdicción, aunque solo también en cuanto á los bienes. En otra parte hemos trascrito (núm. 41) los motivos que la comisión reformadora del Código civil del Distrito Federal de 1870, tuvo presentes para suprimir esta causa de incapacidad, que se encuentra en casi todas las legislaciones, tanto antiguas como modernas. Ha llegado, pues, el momento de dar nuestra opinión sobre esa reforma, y para ello juzgamos conveniente empezar por definir la prodigalidad. El derecho romano nos ha transmitido algunos conceptos á este respecto, los cuales por su absoluta conformidad con el orden moral más universalmente aceptado, no pueden menos que servir aún hoy todavía para la más exacta interpretación de nuestras leyes. *Quando*, dice el jurisconsulto Paulo, *tu bona paterna avitague nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (1). Ulpiano definía claramente al pródigo, diciendo que es: *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed sua dissipando et dilacerando profundit* (2). Una constitución imperial decía: *Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus cum potes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his deducantur in egestatem: eligendus itaque erit qui eos concilio regat: nam æquum est, prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum* (3). Es de esta fuente de donde Meslé tomó inspiración para decir que la prodigalidad consiste en la disipación de los bienes, en la mala conducta de aquellos que, pa-

(1) Paulus, *Senten.*, lib. 3, tít. 5.

(2) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 1.

(3) *Dig.*, lib. 28, tít. 5, l. 12, § 2.

reciendo razonables en sus discursos, llevan una vida de insensatos en cuanto al gobierno de sus bienes (1). Tal es, pues, la prodigalidad ante cuyas funestas y evidentes consecuencias la mayoría de los legisladores no ha vacilado en imputarlas á una causa que es preciso considerar como merecedora de castigo radical. Y como para lograr este objeto, el sistema más obvio era considerar la prodigalidad entre los defectos que incapacitan al hombre para el ejercicio de los derechos de la vida civil, así se ha hecho, evitando que los vicios se apoderen del individuo hasta hacerlo su miserable instrumento, que la miseria y el desamparo sean muchas veces la única herencia que trasmitimos á los seres que nos deben la existencia, y que el Estado, en lugar de destinar sus tesoros al progreso de la instrucción pública y al impulso de la industria, sobrelleve el pesado fardo que importa el sustento de innumerables personas, ya bien encaminadas, por el corruptor ejemplo de sus padres, á la ociosidad y al crimen, y sin otros elementos para labrar su felicidad, que el recuerdo de escandalosas disipaciones y de debilidades vergonzosas. Nada hay en esto, sin duda, que sea indigno de la sabiduría del legislador, ni contrario al derecho individual, cuya extensión acaba allí donde comienza otro derecho individual ajeno. “¿Qué hará el pródigo, pregunta uno de los jurisconsultos más entusiastas por la defensa de los derechos del hombre, cuando haya disipado su patrimonio? Pedirá alimentos á aquellos que están obligados á suministrarlos. ¿Y no es de todo punto injusto, que aquel que ha disipado su fortuna, obligue después á su familia á sostenerlo? Si él no tiene ascendientes ni descendientes, se dirigirá á la caridad pública. Pero es igualmente injusto que el patrimonio de los pobres sirva para alimentar á un hombre que era rico, y que ha tenido á bien arrojar á la calle todo lo que tenía, en locas disipaciones. El abuso de la propiedad puede y debe ser limi-

1) Meslé, *Œuvres*, part. 2, chap. 10, n^om. 7.

tado, desde que comprometa otros derechos (1).” ¿Vamos de otra suerte, y so pretexto de una libertad meramente nominal, á dar rienda suelta á todos los conatos que de ciertos infelices hombres hacen presa, para derramar sin tasa ni medida los bienes que representan el fruto tal vez del trabajo de nuestros antepasados, y que no nos han sido transmitidos sino á condición de conservarlos y aumentarlos para nuestros pósteros? ¿Qué semillero, por otra parte, de vicios trascendentes al conjunto social, la vida de algunos seres, reducida á gastos desordenados, al juego de todos los días, á los festines impuros, á la renovación ridícula de vestidos según los incesantes caprichos de la moda, á locas y vanas profusiones en fin, de todo lo cual la sociedad y el individuo no obtienen sino el incitante espectáculo de la ociosidad y del vicio? Creemos que, á lo menos para prevenir los incalculables males que de la prodigalidad permitida se siguen, debe todo buen legislador castigarla, siquiera con la privación de los derechos de administración sobre aquellos bienes de que hace un uso indebido. Si á esto añadimos que los crímenes son siempre precedidos y alimentados por el vicio impune y triunfante, el deber del legislador reviste todos los caracteres de una obligación grave é inexcusable. El interés social viene igualmente y de manera más directa en apoyo de la necesidad de prevenir por medios eficaces la conducta perniciosa del pródigo. Estése seguro de que las dilapidaciones excesivas no hacen sino sustraer á la industria caudales que servirían para hacerla nacer y aumentarla. Fuera, pues, de que la prosperidad de un país no consiste solo en los bienes materiales, sino en la mayor extensión entre los habitantes, de todas aquellas virtudes, que se llaman laboriosidad, ahorro, previsión, etc., etc., la experiencia comprueba que el pródigo devora en sus vicios todo lo que ha-

(1) Laurent, tom. 5, núm. 340.—Bertrand de Greville, *Rapport au Tribu. nat.*, núm. 1.—Emmery, *Exposé des motifs*, núm. 12. Locré, tom. 3, págs. 473 y 476.

ría vivir y prosperar á cien familias. La prodigalidad lo esteriliza todo y hace en su torno el vacío más triste y desconsolador (1).

Mas ¿cómo fijar las verdaderas proporciones que ha de presentar la prodigalidad, para ser considerada en el número de las causas de incapacidad? Nuestro Código civil del Distrito Federal de 1870, sin confundir al disipador desenfrenado con el hombre generoso é ilustrado que, ó alivia los sufrimientos de sus semejantes infelices, ó alienta las empresas industriales ó las bellas artes, ni con aquel á quien no puede imputarse otra cosa que el mal éxito de sus negocios, establece (arts. 473, 474 y 475) que por prodigalidad debe entenderse la disipación de los bienes en el juego, la embriaguez, la prostitución y el lujo, extendiéndose éste más allá de lo que permiten las rentas ó utilidades de aquellos. Verdad es que el mismo Código (art. 476) abre la puerta á otras causas de prodigalidad, que deja á la prudencia del Juez. Si hemos encontrado justos y convenientes los primeros preceptos, no podemos decir otro tanto de éste, que deja al arbitrio judicial la decisión de un punto en que tan interesada está la reputación del hombre. Y si tomamos en cuenta la variedad de criterios con que, ya fuera de un texto preciso de la ley, puede juzgarse de un hecho en que tan principal papel desempeñan las circunstancias accidentales de la vida, no podrá negarse que se presta á irritantes y hasta contradictorios abusos esa facultad omnimoda, otorgada á los jueces para graduar en cada caso particular la existencia del vicio que nos ocupa. Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. 512 de éste y 560 de aquel) no entran en definiciones sobre la prodigalidad ni incurren de una manera expresa en el defecto que acabamos de señalar, por lo cual se pa-

(1) Courcelle Seneuille, *Science Social*, etud. XII, pág. 319.—Melchor Salva, *Economía Política*, tom. 2, pág. 478.—Adam Smith, *Richesses des Nations*, tom. 2, lib. 5, cap. 2, pág. 594.—Leroy-Beaulieu, *Essai sur la repart. des richesses*, pág. 280.

recen al francés que así mismo procede, siguiéndose sin embargo de este silencio que el arbitrio judicial es también, según ellos, la única norma para todas las causas de aquella incapacidad (1).

116. Volviendo al orden seguido por las legislaciones modernas en la enumeración de los sujetos á tutela, debemos decir que no sólo los menores de edad lo están antes de la emancipación, sino también después de ella y hasta cumplir la edad de veintiún años, para los negocios judiciales. La emancipación, pues, de que nos ocuparemos en otra parte, no opera en favor de los menores el efecto de darles una personalidad jurídica completa, pareciendo como que el legislador, al libertarlo de la patria potestad, todavía ha abrigado algún temor por causa de su inexperiencia en orden á ciertos actos que, como los judiciales, importan un compromiso solemne y trascendental. Esta declaración que se encuentra consignada en el art. 405 del Código que sirve de base á nuestro comentario, hemos dicho que figura también en el art. 432, inciso II del Código del Distrito Federal de 1870 y en otros textos correspondientes de los Códigos de Estado de México, de Veracruz y de Tlaxcala, siendo también la misma á que se refieren los arts. 482 y siguientes del Código francés, si bien empleando el nombre de *curatela* en vez del de *tutela* que emplean las dos primeras legislaciones. Este punto no es, si se recuerda lo que en otra parte hemos dicho (núm. 101), sino una reproducción del antiguo derecho romano, al cual había seguido también la ley Alfonsina, al establecer el curador *ad-litem* que, á diferencia del *ad-bona*, era impuesto á los menores púberos en razón de su inexperiencia, por no haber aún llegado á la mayor edad (2).

(1) Duranton, tom. 2, núm. 798.—Toullier, tom. 2, núm. 1371.—Dembombe, tom. 8, núm. 528.

(2) *Part.* 6, tít. 16. l. 13.—Greg. López, *glos.* 2.—Gutiérrez, *Opera*, part. 1, cap. 9, núm. 18.—Sala Novísimo Mexicano, tom. 1, lib. 1.º tít. 7, núm. 23, Álvarez, *Inst. de Derecho real de España é Ind.*, tom. 1.º, tít. XXIII.—Sentencia del juzgado 2.º de lo Civil del Distrito Federal, de 10 de Julio de 1890. (Anuario de legial. y jurisp., secc. de jurisp., tom. 7, pág. 495.)

117. Como quiera que la tutela ó curatela de los incapacitados no los comprende, según lo hemos expuesto (núm. 113), sino desde que son mayores de edad, puede ocurrir la siguiente cuestión: sujeto á tutela ó curatela, un padre de familia incapacitado ¿bajo qué potestad quedan sus hijos? En el antiguo derecho, romano y español, no se encuentra ninguna disposición expresa acerca de este punto. Tal silencio debe de provenir de que, como en otra parte lo hemos hecho notar (núm. 3), la patria potestad era atribución privativa del padre, sin que jamás por su falta se trasladase á otra persona, ni aún á la madre viuda. Si á esto se agrega que por el solo hecho de la impubertad y minoridad los que en uno ó en otro caso se encontraban, eran sometidos á tutela ó curatela conforme á la prescripción legal, parece lo más natural en la lógica jurídica, que en el supuesto que nos ocupa, hubiese lugar á una curatela excepcional, especialmente destinada para los impúberos, como una curatela para los púberos menores de edad. Repetimos que nos es desconocido el texto que expresamente resuelva la dificultad (1).

En derecho francés, tampoco se encuentra una solución precisa á la cuestión propuesta, en orden á la cual asegura un eminente juriscónsulto (2), que hay una laguna en la ley. Creemos que así es la verdad, sobre todo, en lo que respecta á la hipótesis de que una persona extraña sea el tutor del padre de familia incapacitado. Mas como fuera de este caso puede suceder que el incapacitado tenga esposa, ya hemos visto en otra parte (núm. 11), cómo entónces la ley francesa prescribe que los hijos queden bajo la tutela de la madre, perteneciéndole la administración de todos los bienes como parte integrante del poder paterno (3). Contra esta solución se levanta la incon-

(1) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 642.

(2) Laurent, tom. 5, núm. 303.

(3) Toullier, tom. 12, núm. 309.—Marcadé, *sur l'art. 507*, núm. 1.—Démolombe, tom. 8, núm. 611.

testable objeción de que en ninguna parte dice aquella ley, que el ejercicio del poder paterno se suspenda por la interdicción de quien lo ejerce (núm. 41). En consecuencia, el incapacitado continúa ejerciendo ese poder, siendo por lo mismo válidos todos los actos por él practicados, principalmente durante los intervalos lúcidos (1).

Nuestro derecho nacional ha sido en este puesto, como en otros, más previsora que la antigua y las modernas legislaciones extranjeras. En efecto, todos nuestros Códigos á una declaran que los hijos menores de un incapacitado están sujetos al mismo tutor de su padre, en el caso de que no haya otro ascendiente bajo cuya potestad deban caer conforme á la ley (arts. 553 del Código de Veracruz; 503 del de Estado de México; 318 del de Tlaxcala; 497 del del Distrito Federal de 1870 y 417 del actual). Respecto de este último, pudiera decirse que no expresa claramente el concepto que le atribuimos; pero su sentido no puede ser otro, dado que más adelante el legislador, al ocuparse de la tutela legítima de los incapacitados por locura, claramente dice (art. 454) lo que acabamos de declarar (núm. 43).

NÚM. 3. CONDICIONES DE LA TUTELA.

118. El afán de los legisladores por asegurar en cuanto sea posible la educación é intereses ó solamente estos últimos, de las personas sujetas á tutela, ha hecho en todo tiempo fijar la atención sobre la conveniencia y aún necesidad de erigir, al lado de la persona del tutor, otra autoridad igualmente protectora, para que por el concurso de ambas queden menos expuestas á omisiones y negligencias, los gravísimos deberes cuyo cumplimiento les está confiado. Esta idea se encuentra en la legislación romana (núm. 97) y también en la antigua española (2),

(1) Laurent, tom. 5, núm. 303 bis.

(2) L. L. 2 y 3, tít. 18, *Part. 8*.—De la Serna, *Derecho Romano*, lib. 1, tít. 25 y 26.—Novis. Sala Mexicano, tom. 1, lib. 1, tít. 7, núm. 34.

aunque fuerza es reconocer cómo los antecedentes que allí se contienen, son muy poco claros y definidos, refiriéndose más bien á la sustitución del tutor por el curador, que al concurso de ambos en favor del menor ó incapacitado. Es el Código francés el primero á quien verdaderamente se debe la creación de una garantía más, que la que podía proporcionar la tutela, en favor de la persona é intereses del sujeto á ella. Si en el antiguo derecho el curador de que hablamos, no intervenía sino faltando ya el tutor por excusa, por remoción ó por oposición de intereses entre él y el pupilo, la ley francesa lo establece de una manera permanente y por el sólo hecho de existir la tutela, atribuyéndole facultades que, como en su oportunidad veremos, pertenecen unas á mera vigilancia de la conducta del tutor, y otras á protección directa y decidida en favor del sujeto á tutela, y en contra de aquel (art. 420). Tal es, en efecto, el subrogado tutor del derecho francés. Y como si esta garantía no hubiera parecido suficiente al legislador, establece también la institución del consejo de familia, que es una especie de tribunal doméstico, destinado á sobrevivir no sólo al tutor, sino también al subrogado tutor, teniendo, entre otras facultades, la de remover al uno y al otro. Nos reservamos hablar también más adelante de esta institución de la cual, con más razón que de la anterior, puede asegurarse que no tiene precedentes en el antiguo derecho.

Nuestros Códigos nacionales se han mostrado igualmente celosos respecto de las garantías con que en toda buena legislación debe escudarse el ejercicio de la tutela. Los de Veracruz y Estado de México siguen al francés en cuanto al subrogado tutor, que en ellos es llamado protutor (arts. 376 del primero y 356 del segundo) y también respecto del Consejo de familia (arts. 403 de id. y 364 de id). Los Códigos del Distrito Federal (arts. 433 del de 1870 y 406 del actual), más confiados que los anteriores, sólo han juzgado necesario que un curador intervenga en el desempeño de la tutela por el tutor. De nues-

tros Códigos forma radical excepción en el punto que nos ocupa, el de Tlaxcala, que como en otra parte lo indicamos, no hace para nada mención (núm. 111), de otra autoridad protectora del menor ó incapacitado, que de la tutela.

119. Una de las más importantes condiciones de la tutela en el derecho moderno, es su unidad, principio implantado en la legislación en vista de las enseñanzas de la experiencia de la cual dan patente prueba las mismas varias distinciones del antiguo derecho, para impedir los inconvenientes que resultaban de la multiplicidad de tutores. En Roma podían presentarse tres hipótesis: ó se dividía la gestión de los bienes, ó se nombraba un sólo administrador, estando otras personas encargadas del cuidado del menor, ó se consideraba como común y solidaria entre varios la administración. En el primer caso, y pudiendo hacerse la división, ya por el testador (1), ya por el magistrado (2), cada tutor tenía el derecho y el deber exclusivos de administrar en el radio que le era señalado: *Vel in partes, vel in regiones: et, si ita fuerit divissa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione quam non administrat* (3), y se le consideraba como tutor honorario respecto de sus colegas (4), á quienes debía vigilar en el desempeño de sus funciones (5) y hasta podía hacerlos destituir (6). Esto último se entiende en el caso de que la tutela hubiera sido encomendada en su integridad á todos los tutores (7). En el segundo caso, ó sea, el de un administrador único, que podía ser nombrado por el testador (8) ó por la mayoría de los tutores (9), sin

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 15.

(2) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 9.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 4.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 52, l. 2.

(5) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 2.

(6) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 2.

(7) Van Wetter. -- *Droit romain*, tom. 2, § 632.

(8) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 1.

(9) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 7.

que tal derecho perteneciera nunca al magistrado (1), podía suceder que de varios tutores testamentarios ó dativos, uno de ellos reuniese la administración íntegra en sus manos, mediante la oferta de un fiador, lo cual no estaba obligado á hacer (2), ó que todos se pusiesen de acuerdo en nombrar un gerente único, quien entonces tenía sólo el derecho y el deber de administrar, siendo considerados los otros como tutores honorarios en el sentido antes dicho. En el tercer caso, ó sea cuando la administración era común, porque todos los tutores ofreciesen fiador ó persistiesen en administrar juntos, sus derechos y deberes en el ejercicio de sus funciones eran solidarios (3), bastando la autorización de uno solo para la validez de los actos del impúber (4), salvo que se tratase de su arrogación, la cual exigía por su grande importancia la intervención de todos los tutores. Más adelante hablaremos de la responsabilidad de los tutores en estos varios supuestos, en todos los cuales fuerza es reconocer que el voto de la ley era la unidad en el desempeño de la tutela, *sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit ne per multos tutela spargatur* (5). Lo mismo que decimos de la tutela, sucedía con la curatela (6).

Toda esta legislación pasó al Código de las Partidas para el caso de que hubiese acuerdo entre los varios tutores, ya sobre que todos administrasen, ora para que lo hiciese uno solo. Pero en el supuesto de que tal acuerdo no existiese, el Código Alfonsino, á diferencia de la ley romana, prevenía que el Juez escogiese aquel que en su superior conocimiento apareciera como más capaz y provechoso para los intereses del menor. Otra diferencia puede también señalarse con el derecho roma-

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 8.

(2) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 1, 17 y 19, § 1.

(3) *Cód.*, lib. 5, tít. 40, l. 1.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 59, l. 5.

(5) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 6.

(6) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, initio y § 5.

no, respecto de la curatela, la cual era rigurosamente una, en cuanto á la persona encargada de ejercerla (1).

En derecho francés puede decirse que domina el mismo principio de la unidad de la tutela, á pesar de que no ha dejado de opinarse que, no estando prohibido por la ley de una manera expresa el nombramiento de más de un tutor, podría éste tener lugar siempre que lo exigiese el mayor interés de los menores (2). Pero la doctrina contraria ha prevalecido, fundada tanto en la discusión que precedió al Código de Napoleón (3), como en la consideración de las intrincadas complicaciones y de los graves perjuicios que se seguirían al menor por la división del personal de la tutela (4). Se conviene, sin embargo, generalmente en que hay dos casos en las cuales cabe la dualidad de la tutela: aquel en que por pasar la madre viuda á segundas nupcias, (núm. 65), si es mantenida en la tutela de los hijos, el consejo de familia debe darle por *co-tutor* al segundo marido según el art. 396; y aquel en que por poseer el menor bienes en las Colonias, manda el art. 417, que la administración de tales bienes sea confiada á un *pro-tutor*, quien habrá de proceder en ella con absoluta independencia del tutor.

La unidad de la tutela es también principio aceptado expresamente por nuestra legislación nacional (arts. 325 del Código de Estado de México, 377 del de Veracruz, 303 del de

(1) *Part.* 6, tít. 16. l. 1. 9 y 11.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, lib. 1. cap. 3, art. 2.—Alvarez, *Ob. cit.*—Febrero, edición de Galván, lib. 1, tít. 10, cap. 1, núm. 14 y cap. 2, núm. 6.—Hevia Bolaños, *Curia Philípica*, part. 1. § 18, núm. 11.—Curia Mexicana, pág. 286, núms. 869 y 860.—Sentencia de los Juzgados 1.º y 2.º de Letras de la ciudad de Guanajuato, 28 de noviembre de 1853. (Gaceta de los Tribunales tom. 3, pág. 233.)

(2) Argau, *Institution au droit français*, tom. 1, pág. 51.—Merlin, *Rep. "tutela"*, sect. 2, § 2, art. 1.—Arrets: Paris, 15 Messidor, an XII Rouen, 3 mai 1842. (Dal'oz. *Rep. "Minorité"*, núms. 59, 1.º y 393); Dijón 14 mai 1862. (Daloz. 1862, 2, 121).

(3) Loaré, *Legislat. civ.*, tom. 7, pág. 220.

(4) Delvincourt, tom. 1, pág. 105, not. 1.—Toullier, tom. 2, núm. 1123.—Demante, tom. 1, núm. 406.—Demolombe, tom. 7, núm. 231.—Laurent, tom. 4, núm. 369.

Tlaxcala, 434 del del Distrito Federal de 1870 y 407 del actual. Deben, sin embargo, señalarse desde luego dos importantes excepciones: es la primera el caso de los tutores interinos que tienen por objeto, según en su oportunidad veremos, representar al menor en ciertas ocasiones, aún teniendo ya tutor definitivo; y consiste la segunda en el derecho que al testador extraño asiste, conforme lo expondremos al hablar de la *tutela testamentaria*, de nombrar tutor sólo para la administración de los bienes que deja al menor sobre quien no ejerce patria potestad, ni está bajo la de otra persona. Aunque los Códigos no hablan de esta segunda excepción y aún parecen rechazarla por los términos absolutos en que están redactados los textos que proclaman la unidad de la tutela, nos vemos obligados á consignarla en esta parte de nuestro comentario, para evitar las dudas á que aquellos pudieran dar lugar. Lo mismo sucedía en el antiguo derecho (1).

120. ¿Puede un sólo tutor desempeñar la tutela de varios incapaces? No obstante que inconveniente racional no existe ni ha existido nunca para la resolución afirmativa de este punto, cualquiera que sea el sistema seguido por la ley en orden á la tutela, la verdad es que, si no se encuentra una prohibición formal á este respecto, tampoco puede señalarse una permisón clara y terminante en la generalidad de los Códigos, que disipe toda duda en cuanto á tal amplitud de poder, concedida á un sólo tutor. Nada claro encontramos en el derecho romano, ni en las leyes españolas, salvo algunas indicaciones en contrario de donde podría deducirse cómo desde el Fuero Juzgo era perfectamente legal que varios incapaces estuviesen bajo la guarda de un sólo tutor (2). Tal es, al ménos, el sentido que sería dable á la letra de ciertos textos. En derecho

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tít. 3, l. 3.—*Fuero viejo*, lib. 5, tít. 4, l. 1.—*Fuero Real*, lib. 3, tít. 7, l. 1.—*Part.* 6.ª, tít. 17, l. 2.

(2) *Partida* 6, tít. 16, l. 8.

francés, puede afirmarse lo mismo, y ni el menor reparo hacen sus comentadores sobre esta cuestión. Tal silencio ha sido roto por nuestra legislación nacional, muy especialmente por los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala. En efecto, éstos declaran en términos que no admiten duda, que un solo tutor y un solo curador pueden desempeñar la guarda de varios incapaces (arts. 435 del de 1870, 408 del actual y 304 del de Tlaxcala). Los Códigos de Estado de México y de Veracruz (arts. 333 del primero y 386 del segundo) sólo declaran este mismo punto respecto de la *tutela testamentaria*. Así es que podría decirse con el viejo adagio: *affirmatio unius est exclusio alterius*; pero creemos que, cualquiera que sea la exactitud de esta regla de interpretación, debe ceder á la consideración de que nada autoriza á pensar que el poder de la ley en la tutela legítima y el del magistrado en la dativa pueda ser inferior al de la voluntad privada en la testamentaria. Quizá por ser esto tan evidente, no juzgaron necesario los legisladores de los Estados de México y Veracruz, otorgar expresamente para las dos primeras tutelas lo que ya establecían en términos claros para la última. Si á esto se agrega que puede no haber incompatibilidad para el desempeño de varias tutelas por una sola persona, habrá que convenir en que esta materia pertenece á aquellas en que sólo las circunstancias de cada caso son las que pueden hacer necesaria la inhabilidad del que ya es tutor para el ejercicio de otra tutela. Más adelante volveremos á tocar este punto, cuando nos ocupemos de la capacidad y excusas de los tutores.

121. ¿Puede ser nombrado el tutor ó el curador, á plazo, *a die* ó *ad diem*, ó bajo condición? En el antiguo derecho era indudable la respuesta afirmativa sobre esta cuestión, en orden á la tutela testamentaria, pues la voluntad del testador era soberana en cuanto á las condiciones con que, después de su muerte, podía disponerse de sus bienes y aún ejercerse cualquier derecho respecto de las personas sobre quienes en vida

tuviera el omnímodo poder de *pater familias* (1). Pero no era igual la decisión, tratándose del tutor legítimo ó dativo, pues en este caso y á juzgar por el conjunto de los textos, no cabían ni condición ni plazo para una función que, como la tutela, parece requerir la perpetuidad y la unidad (2). ¿Qué decidir á este respecto en el moderno derecho? Laurent califica de ociosa la cuestión, considerando que importa evitar los cambios de tutor, así para la educación de los hijos, como para la administración de los bienes (3). No nos parece, sin embargo, que el solo silencio de la ley francesa sea razón suficiente para proscribir las tutelas condicionales ó á plazo, y la opinión entre los comentadores está de tal manera dividida, que pueden señalarse tantos sufragios por uno como por otro lado (4). Demolombe asienta la doctrina de que el Consejo de familia es en definitiva, quien debe decidir si la tutela condicional ó á plazo, encomendada á determinado individuo por el testador, ha de subsistir ó no, según lo dicten los intereses del incapacitado (5). Lo que, sin duda, no pasa de ser una opinión prestigiada por el nombre de su autor, ha pasado á nuestra legislación nacional, al rango de un texto obligatorio, como es de notarse en los arts. 336 del Código del Estado de México, 389 del de Veracruz, que se refieren al consejo de familia y 341 del Código de Tlaxcala, que sólo habla del tutor, estableciendo que el Juez, ya sea con aquel ó con éste, debe consultar, si las condiciones y demás modalidades establecidas por el testador para el ejercicio de la tutela, son convenientes ó dañosas á los intereses del menor. En los Códigos del Distrito Federal, si

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 8, § 1.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 14, § 3.—De la Serna, *Derecho romano*, tom. 1, lib. 1, tít. 14, § 3.—Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 619.—*Part. 6.*^a, tít. 16, l. 8.—Gutiérrez Fernández, *Códigos fundamentales* lib. 1, cap. 5, art. 2, § 2.—De la Serna y Montalvan, *Derecho civil de España*, tom. 1, núm. 277.

(2) Toullier, tom. 2, núm. 1105.—Duranton, tom. 3, núm. 439.—Meulé, *Des tuteles*, 1.^{er} part., pág. 312.

(3) Laurent, tom. 4, núm. 370

(4) Dalloz, *Rep. "minorité"*, núms. 128, 159 y 160.

(5) Demolombe, tom. 7, núm. 230.

bien no se contiene una disposición tan expresa sobre el punto que nos ocupa, existe el reconocimiento de la facultad que al testador asiste para poner al nombramiento de tutor condiciones ó plazos, para cuyo evento el Juez debe proveer de tutor interino al menor, y aún puede invocarse, principalmente si se trata del Código vigente en el Distrito Federal, la muy importante circunstancia de que éste reconoce la omnimoda soberanía del testador, para imponer condiciones en orden á la disposición de sus bienes, después de la muerte. Tal es la solución consagrada por nuestros Códigos, que en su respetó al derecho de propiedad, y ya que la tutela se refiere también á la administración de los bienes, han querido que su propietario pueda establecer condiciones y plazos aún después de su muerte. La ley, en efecto, debe, en cuanto sea compatible con la libertad humana, consentir en esta disposición de ultratumba, que es en último análisis la sanción del derecho inviolable y eterno del propietario, más allá de los límites de esta vida. ¿Por qué no habría de respetarse lo que el testador ha establecido en la expresión auténtica de su última voluntad, para la mejor conservación de los bienes que deja á aquellos con cuyo concurso ó por cuya inspiración los ha adquirido en vida? Todo lo dicho, por de contado debe entenderse en orden á la tutela testamentaria, pues respecto de la legítima y dativa, ya veremos en su oportunidad cuándo debe cesar, para ser reemplazada respecto de la persona que la ejerza, por aquella que se juzgase más conveniente á los fines de una función, que, en definitiva, no tiene otro objeto que reemplazar la patria potestad.

122. La creación del derecho moderno del curador ó protutor, cuyas principales atribuciones se reducen á vigilar la conducta del tutor y á interponerse entre éste y el menor, cuando los intereses de uno y otro estén en oposición, ha producido la necesaria consecuencia de que aquellos cargos, no sólo sean incompatibles en una misma ó idéntica persona, sino también

entre dos que estén ligadas respectivamente por los vínculos de un estrecho parentesco. Inútil es buscar rastros de esta disposición en el derecho antiguo, ni aún en el caso de concurrencia de varios tutores, cuando unos eran considerados como honorarios respecto de los otros, y ejercían también un verdadero poder de vigilancia (núms. 104 y 119). La legislación francesa no contiene sino un sólo precepto (art. 423) acerca de esta materia: según él, el tutor no debe votar por el nombramiento del tutor subrogado, el cual tiene que ser designado entre las personas pertenecientes á aquella de las dos líneas de parentesco á que el tutor fuere extraño. Sólo hay una excepción de este principio: el caso de primos hermanos. Si el menor no tiene parientes sino en la línea del tutor, la tutela subrogada debe ser confiada á un extraño, sin que le valga ninguna excusa para relusar la protutela (1). La excepción establecida respecto de los primos hermanos, se refiere exclusivamente al caso en que el tutor y protutor sean primos hermanos entre sí. Tal es, á lo menos, la interpretación más natural á que se presta el art. 423, aunque debe reconocerse que es generalmente profesada la doctrina de que el texto legal se refiere á la hipótesis de que el tutor y el protutor sean primos hermanos del menor (2). Se establece también con generalidad entre los autores que la excepción del art. 423 se aplica lo mismo á los parientes afines que por la sangre, y muy particularmente á los maridos de primos hermanos.

Nuestro derecho nacional contiene también disposiciones sobre el punto que nos ocupa, más explícitas y terminantes, á no dudarlo, que las del derecho francés. Guardan absoluto

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 421, § 106.—Demolombe, tom. 5, núm. 367.

(2) Duranton, tom. 3, núm. 518.—Marcadé, *sur l'art. 423*, núm. 1.—Taulier, tom. 2, pág. 40.—Aubry et Rau, tom. 1, pág. 421.—Por la primera interpretación: Laurent, tom. 4, núm. 425.—Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 893.—Demolombe, tom. 7, núm. 369.

silencio sobre la materia los Códigos de Veracruz y de Tlaxcala, no siendo esto de extrañar igualmente en ambos, pues mientras el segundo, como ya lo hemos hecho notar (núm. 111), no habla de curador ó protutor, el primero sí trata de esta institución, cuyo objeto es garantizar mejor la buena conducta del tutor. El Código del Estado de México (art. 361) expresamente declara que el tutor y protutor no pueden ser parientes entre sí por consanguinidad ó afinidad, dentro del tercer grado civil. Los Códigos del Distrito Federal han restringido aún más la prohibición impuesta por razón de parentesco, pues establecen que la tutela y curatela de un incapaz no pueden ser desempeñadas por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en la línea recta ó dentro del cuarto en la colateral. Por manera que, según el Código del Estado de México, el tutor no puede ser padre del protutor, ni su abuelo, ni su bisabuelo, ó viceversa; pero sí, su tatarabuelo y así sucesivamente en la línea recta. En cuanto á la colateral, el tutor no puede ser hermano del protutor ni su tío, ó viceversa; pero sí, su primo hermano, y así sucesivamente también. Respecto del parentesco por afinidad se observan las mismas reglas que en el consanguíneo. Los Códigos del Distrito Federal extienden, sin límite, la prohibición en la línea recta, comprendiendo, por lo que hace á la colateral, hasta el cuarto grado ó sea á los primos hermanos, fuera de los cuales dicha prohibición cesa (1). De esta exposición de nuestros Códigos debe inferirse desde luego, cómo ellos han evitado, con toda claridad, la duda á que hemos aludido en orden á la legislación francesa con respecto á si el parentesco de que aquí se trata, debía ser del tutor ó protutor con el menor, ó sólo de los dos primeros entre sí. Los mismos Códigos del Distrito Federal, llevando hasta el extremo las precauciones con que han querido asegurar el buen desempeño de la tutela, declaran que este cargo y el de

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 307 y siguientes.

protutor ó curador no pueden ser ejercidos por una misma persona. Tal declaración merece sin duda el calificativo de redundante, pues la dualidad de las personas para aquellos distintos cargos, se impone por la naturaleza de las funciones encomendadas al curador, sin que haya una sola de éstas que aparezca compatible con la tutela (arts. 436 y 437 del Código de 1870, y 409 y 410 del actual). Y sin duda por este motivo nuestras demás leyes no contienen disposición semejante.

123. Los diversos orígenes que tiene la tutela, han sido tomados en cuenta por algunas legislaciones, para clasificar en cuatro especies aquel cargo. En efecto, si el testador, como lo hemos manifestado ántes (núm. 119), tiene derecho de nombrar tutor, unas veces en ejercicio de la patria potestad, otras, aún siendo un extraño por el solo hecho de dejar bienes á un incapaz ó menor de edad, para después de su muerte, claro es que ese origen de la tutela tiene que imprimir su nombre á la función civil que de aquel deriva. Y como desde la legislación romana se ha creído que entraba en el poder del propietario poner condiciones para la transmisión de los bienes después de la muerte, la tutela testamentaria es el primer tipo que se presenta en la materia, no viniendo ocasión para las otras tutelas, sino á falta de ésta, como si la ley hubiera querido ante todo respetar la voluntad del testador en la designación de la persona que ha de hacer sus veces después de la muerte, de la misma manera que la respeta tratándose de los bienes. Si tal ocasión llega, puede suceder una de dos cosas: ó bien que haya parientes de los llamados por la ley para el ejercicio de la tutela, ó bien que tales parientes no existan. Si lo primero, interpretándose siempre la voluntad del testador, la ley designa entre ellos el que ha de servir la tutela; si lo segundo, el Juez en algunas legislaciones, el consejo de familia en otras, hace el nombramiento de tutor, ó confirma el hecho por el menor, con tal de que éste haya cumplido cierta edad. Tales son los tres orígenes de la tutela á que debe agregarse el exclusivamente

judicial para el caso de las tutelas interinas (1). Estas simples indicaciones creemos bastantes por el momento, á reserva de ampliarlos cuando nos ocupémos en particular del estudio de cada una de dichas tutelas. De nuestros Códigos sólo los del Distrito Federal y de Tlaxcala mencionan en sus *generalidades* sobre la materia que nos ocupa la cuádruple clasificación de la tutela. (arts. 307 de Tlaxcala, 447 del Distrito federal de 1870 y 413 del actual).

124. Una de las más importantes condiciones para que la tutela exista, tiene que ser, sin duda alguna, que se halle perfectamente comprobado que es llegado el caso de ser aquella necesaria, ya porque se trate de un menor de edad, ora de un incapacitado á quien sería peligroso para él mismo y aún para la sociedad permitir que ejecutase libremente los actos de la vida civil. Esa comprobación establecida conforme á la ley, es lo que se llama en el lenguaje de la ciencia declaración de *interdicción*, ó simplemente de *estado*, como si con esta locución genérica se hubiera querido dar á entender que la minoridad ó la incapacidad mental constituyen la materia *sine qua non* de la tutela. Si en orden á la primera, quizá por ser patente é indudable, ya que consistía, según lo hemos expuesto, en no haber cumplido la persona catorce años, si era hombre, ó doce si era mujer, el antiguo derecho romano y pátrio no nos ha transmitido ningunas reglas para la declaración de estado; lo contrario se observa respecto de la incapacidad mental, que debía ser previamente establecida, mediante los procedimientos que en concepto de los legisladores debían de disipar toda duda acerca de su existencia, y evitar los abusos y atentados á que las pasiones, sobre todo la codicia, podían arrastrar.

En efecto, según el derecho romano, la interdicción debía ser decretada con conocimiento plenísimo de causa, y con empla-

(1) Sentencia de la 4.^a Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de 25 de Enero de 1881, considerando 7.º [El Foro, tom. 16, núm. 52.]

zamiento, audiencia y citación de las personas á quienes aquella interesaba, no menos que nombrándosele previamente curador *ad litem* al presente incapacitado (1). Este mismo sistema fué seguido por la jurisprudencia española, la cual, á falta de textos expresos en las leyes, obedeció las indicaciones que le aconsejaba la prudencia en cada caso particular (2).

En derecho francés no se habla de procedimiento alguno para la interdicción del menor de edad, que se supone en rigor fuera de los alcances de ella, porque sus facultades mentales están en incesante desarrollo, sin que su estado meramente incompleto haga necesario otra cosa que la intervención complementaria del tutor (3). La interdicción, pues, solamente ha sido establecida para los enajenados, y á esta idea responden los arts. 490 á 502 y 505 del Código de Napoleón. Estos textos se ocupan de las personas que pueden pedir la interdicción, contra quién, según que el incapacitado sea menor ó mayor de edad, ante qué Tribunal, de las formas que deben observarse para la declaración de estado, en orden á las pruebas de los hechos de imbecilidad, demencia ó furor y de las obligaciones que en este caso incumben al Consejo de familia.

Análogo sistema han seguido entre nosotros los Códigos de Veracruz y Estado de México, los cuales tampoco tratan de la declaración de estado ó de la interdicción, sino en orden á la incapacidad por razón de locura, tomada esta palabra en su sentido genérico. Pero los dos Códigos del Distrito Federal (4) y el de Tlaxcala han considerado que también la minoridad debe ser previamente establecida para que se defiera la

(1) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 6.—Godofredo, nota á esta ley.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 3.—*Dig.*, lib. 24, tít. 3, l. 22, § 8 *initio*.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 4.—*Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 1.

(2) Serna y Montalvan, lib. 1, tít. 6, núm. 287.—Sentencia de la Excm. 1.^a Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, de 20 de Junio 1851. [Gacet. de Trib., tom. 1, pág. 513].

(3) Laurent, tom. 5, núm. 347.

(4) Sentencia del Juzgado de lo Civil de Guanajuato, sin fecha [Foro, tom. 7, 2.^a época, núm. 19].

tutela (arts. 449 del Código de 1870, 414 del actual y 308 del de Tlaxcala). ¿Cuáles sean los procedimientos que deban observarse según estas varias legislaciones para la declaración de estado en uno ó en otro caso?—Materia es ésta que una innegable razón de método ha hecho excluir del Código que comentamos, y que se encuentra extensamente tratada en los Códigos de los otros Estados de la República, lo cual no ha impedido que de ella también se ocupen las leyes respectivas de Procedimientos. Aprobando, como aprobamos, la reforma llevada á cabo por nuestro legislador de 1884, debemos limitarnos á indicar los textos que establecen dichos procedimientos.

Esos textos son: en el Código del Estado de México, los arts. 484 á 493 y 514; en el Código de Veracruz, los arts. 535 á 538 y 562; en el Código del Distrito Federal de 1870, los arts. 450 á 461 y 477 á 479; y en el de Tlaxcala, los arts. 309 á 311.

125. El Código vigente en el Distrito Federal se ocupa en los arts. 418 y 419 de la duración de la tutela y de la interdicción; pero de ésto trataremos al comentar el cap. 13 sobre *extinción de la tutela*.

CAPITULO II.

Del estado de interdicción.

Art. 420. Son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los menores de edad y por los demás sujetos á interdicción, antes del nombramiento del tutor, aunque sea interino, si la menor edad ó la causa de la interdicción eran patentes y notorias en la época en que se ejecutó el acto administrativo ó se celebró el contrato.

Art. 421. Son nulos igualmente los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad no emancipados, después del nombramiento del tutor, si éste no los autoriza.

Art. 422. Lo son también los de los menores emancipados, que sean contrarios á las restricciones legales.

Art. 423. Por último, son nulos todos los actos y contratos de los demás incapacitados, posteriores al nombramiento de tutor interino, si no son autorizados por éste ó por el tutor definitivo en su caso.

Art. 424. La nulidad á que se refieren los artículos anteriores, sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación, ni por los comuneros en ella.

Art. 425. La acción para pedir la nulidad prescribe en los mis-

mos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

Art. 426. Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los arts. 420 á 423, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión ó arte en que sean peritos.

Art. 427. Tampoco pueden alegarla los menores, si han presentado certificados falsos del registro civil, para hacerse pasar por mayores, ó han manifestado dolosamente que eran mayores.

SECCION II.

126. En virtud de la reforma de que antes hicimos mérito, llevada á cabo por el legislador del Distrito Federal en 1884, (núm. 124), el *estado de interdicción* no es considerado en el Código que sirve de base á nuestro comentario, sino desde el punto de vista de la validez ó nulidad de los actos practicados por el que está ó debe estar sujeto á tutela. Vamos, pues, á ocuparnos de esta materia, que está íntimamente ligada con la administración de la tutela, objeto de un comentario posterior, ya que debemos arreglarnos, en cuanto sea compatible con el método y la claridad, al sistema seguido por el legislador. Como en el derecho romano, después de dividirse la edad del hombre en dos grandes épocas que se llamaban *impubertad* y *pubertad*, correspondiendo la primera, según lo hemos expuesto en otra parte (núms. 99 y 101), á la edad de catorce y doce años, y abrazando la segunda todo el tiempo trascurrido desde esa edad hasta los veinticinco años, dentro todavía de la menor edad, pues desde entónces solamente era considerado el hombre en toda la plenitud de su desarrollo físico y moral; una atenta observación de la naturaleza humana inspiró á los jurisconsultos romanos la idea de descomponer, por explicarnos así, aún la primera época en dos partes, que se denominaban *infancia*, y *mayor edad de infancia*. En la primera se halla-

ba el hombre desde su nacimiento hasta cumplir los siete años; y eran mayores de infancia los que, teniendo ya esta edad, caminaban á los catorce ó á los doce años, según el sexo. De los primeros se decía que eran incapaces aún de hablar: *qui fari non possunt*, aplicándose á los segundos la proposición contraria: *qui fari possunt*. El menor de edad, que se hallaba en la infancia, como nada podía hacer por sí, era preciso que el tutor obrase siempre por él, aún en aquellos actos que exigían la intervención personal del pupilo: (*infans nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit*) (1). Pero si éste se encontraba en la mayoría de infancia, se entraba por la jurisprudencia en la distinción sobre la naturaleza de los actos del sujeto á tutela, para saber cuáles podían ser ejecutados por él, sin la asistencia del tutor, y cuáles requerían imprescindiblemente esta condición, pues entonces se había creído deber interpretar la ley más benignamente: *benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertate proximi*. Al efecto, se asentaba un principio que podemos llamar fundamental en esta materia: los pupilos podían, sin la autorización de su tutor, hacer su condición *mejor*; pero no hacerla *peor*. La razón era que para actos cuyo resultado era el primero, no se necesitaba sino alguna inteligencia (*aliquem intellectum*); mientras que para los del segundo, era indispensable una madura reflexión y cierto poder de cálculo, que permitiese estimar, si eran mayores los provechos que las pérdidas en el negocio (*animi judicium*). ¿Cuáles eran los actos de la primera naturaleza, y cuáles los de la segunda? Respecto de éstos, el tutor podía intervenir de dos maneras: ó dejando ejecutar el acto jurídico por el impúber á quien autorizaba (*tutoris auctoritas*), ó ejecutándolo él mismo sin aquel (*tutæ gestio*). Si por regla general el tutor tenía la elección libre entre estos dos modos de intervención (2), estaba obligado á la vía de la autoriza-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 3, tit. 19, § 10.

(2) *Dig.*, lib. 26, tit. 7, l. 1, § 4.—La palabra *autorización*, no significa,

ción, tratándose de actos que por su naturaleza eran personales del pupilo y no admitían por tanto representación (1); y á la vía de la gestión de la tutela, respecto de actos que el pupilo no podía verificar por hallarse enajenado ó ausente, ó por considerarlo así conveniente el tutor (2). Conforme á la regla asentada, los pupilos podían por sí solos recibir una donación, ser libertados de una deuda (3), y en general adquirir para sí, pues todos estos actos, por su naturaleza, solo servían para hacer mejor la condición del pupilo (4). Al contrario, era necesaria la intervención del tutor siempre que se trataba de que el pupilo enajenase lo que le pertenecía, de libertar á su deudor, de pagar á un acreedor, etc., etc., porque en estos y otros actos semejantes, era á lo menos posible algún daño para el sujeto á tutela. En otros términos, y hablando de una manera general, se decía que el pupilo podía *estipular*, porque esto no era sino una manera especial de obligar á los otros hacia sí; pero no podía *prometer*, porque esto importaba una obligación hacia los otros.

127. No se crea, sin embargo, que las obligaciones contraídas por el pupilo sin el requisito de la autorización de su tutor, eran tan radicalmente nulas, que no produjeran ningun efecto ni respecto de él ni de su co-contratante en todos los casos. Un principio, que seguramente fué introducido por la victoria del derecho natural sobre el positivo ó civil, había establecido que nadie pudiera enriquecerse á expensas de otro (5), y conforme

aquí lo que en nuestro moderno lenguaje forense, es decir, un simple permiso, para que álguien haga una cosa, que no podría verificar válidamente sin tal requisito. En derecho romano la *auctoritas* del tutor importaba de toda necesidad su presencia, su concurso en el acto ejecutado por el pupilo, aumentando la persona incompleta de éste: *augebat; auctor fiebat*. (Ortolan, *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21). No es, pues, sino un grave error de Vinnio la afirmación contraria. (*Comentario de las Inst.*, lib. 1, tít. 21).

(1) *Cod.*, lib. 6, tít. 30, l. 5.

(2) Ulpiano, *Reg.* 11, § 25.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 9.—*Cod.*, lib. 5, tít. 59, l. 1.—*Dig.*, lib. 46, tít. 4, l. 2.

(4) *Dig.*, lib. 41, tít. 1, l. 11.

(5) *Dig.*, lib. 50, tít. 17, l. 206.—*Id.* lib. 26, tít. 8, l. 5, § 1.

á él, si, *verbi gratia*, el pupilo había celebrado un contrato de venta, no estaba obligado á entregar la cosa vendida; pero habiendo recibido el precio, sí lo estaba á restituirlo, salvo que lo hubiera perdido, pues lo contrario equivaldría á justificar un evidente despojo. En cuanto al tercero con quien el pupilo hubiera contratado, como el acto no adolecía de ningún vicio respecto de él, no tenía derecho de pedir la rescisión, la cual era puramente relativa al pupilo (1). Como el acto ejecutado por éste sin el requisito que nos ocupa, tenía una verdadera existencia jurídica, pudiendo sólo ser rescindido en lo que le perjudicase, no había ningún inconveniente en que fuese confirmado por él, después de que ya se hubiera hecho capaz (2) ni tampoco en que la obligación que de tal acto resultaba, se garantizase por una hipoteca, ó por fiadores (3), ó fuese revahada por el tutor mismo, ó novada por el impúber (4).

128. De la regla conforme á la cual el pupilo no podía hacer *peor* su condición sin la autorización del tutor, se seguía que no podía por lo mismo hacer *adición de herencia*, pedir *posesión de bienes*, ni recibir una *herencia fideicomisaria*, pues todos estos actos, á pesar de su apariencia lucrativa, importaban obligaciones para el heredero ó poseedor, sin que de ellos pudiera decirse lo que ántes expresamos respecto de los contratos onerosos, porque en éstos no puede negarse que al menos intervenía la voluntad perfecta del co-contratante, mientras que en los que ahora nos ocupan, tendría que obrar sólo la personalidad incompleta del pupilo (5).

129. Si de los sujetos á tutela, pasamos á los que la ley romana sometía á curatela, ya porque fuesen menores de veinticinco años, aunque mayores de catorce ó doce, ora porque estuviesen privados de razón ó fuesen pródigos, encontraremos

(1) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 628.

(2) *Cód.*, lib. 2, tít. 46, l. 2.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 1, l. 25.—*Cód.* lib. 2, tít. 24.

(4) *Dig.*, lib. 39, tít. 5, l. 19, § 4.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21.

análogas disposiciones á las indicadas, con la natural diferencia que imponían por un lado la pubertad y por el otro, la menor suma de poder otorgado por la ley al curador. Este, como lo hemos dicho en otra parte (núm. 101), era dado á los menores púberos, teniendo solamente que *consentir* en sus actos (*consensus*), sin necesidad de interponer su autoridad (*auctoritas*) como el tutor (1). Los menores púberos eran adultos, que tenían una persona civil completa; por consiguiente el curador sólo vigilaba sus actos, ú obrando como cualquier procurador, podía gestionar sus intereses. En cuanto á los enajenados, como eran absolutamente incapaces, nada podían hacer sino por medio de su curador que los reemplazaba en un todo (2). Exceptuábanse los débiles de espíritu y los pródigos á quienes estaban vedados solamente los actos onerosos (3). A los segundos se les permitían, sin embargo, el matrimonio y la aceptación de una herencia, porque entónces no era de temerse la prodigalidad (4).

130. Tanto el menor impúber como el púber *sui juris* gozaban del beneficio de restitución *in integrum* contra los actos que hubieran ejecutado, ya por sí solos, ya con la autorización de su tutor ó con el consentimiento de su curador, ora contra la gestión de uno ú otro, si de ellos les resultaba daño ó perjuicio grave á sus intereses (5). Detengámonos un momento á estudiar este recurso en lo que respecta á los menores. Lo que dis-

(1) Ortolan, *Inst. de Just.*, tom. 1, lib. 1, tít. 23, pág. 300.—Van Weter, *Droit rom.*, tom. 2, § 627.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 8.—*Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 7, *init.*

(3) *Dig.*, lib. 45, tít. 1, l. 6.

(4) *Dig.*, lib. 23, tít. 2, l. 20.—*Id.* lib. 29, tít. 2, l. 5, § 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 29, *init.*—*Id.* lib. 4, tít. 1, l. 8, *init.*—*Cód.*, lib. 2, tít. 25, ll. 2 y 3.—*Id.* lib. 5, tít. 71, l. 11 *in fine.*—*Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 7, § 6.— Véase el apéndice letra A [Lo vasto de esta materia, sobre todo en el antiguo derecho, en donde bastó por sí solo á llenar *in folios* en gran número y de extensísimas proporciones, nos obliga á reducir el presente comentario á lo que juzgamos estrictamente indispensable para la inteligencia de aquella, confiando en que más amplios datos pueden ser recogidos por nuestros lectores en las sentencias que insertamos por vía de apéndice al fin de este volumen.]

tingue la *restitutio in integrum* es su origen pretoriano (1). Tres eran las condiciones para que procediese respecto de los menores: 1.º el daño ó perjuicio sufrido debía ser de importancia á juicio del pretor, porque la *in integrum restitutio* era un recurso excepcional, y el pretor no se ocupaba de reparar daños insignificantes: *de minimis non curat pretor* (2); 2.º no debía el menor haberse hecho pasar fraudulentamente por mayor (3), ni constar que había confirmado el acto por juramento (4). La razón era que, si por regla general el remedio de la restitución no tenía lugar en favor del demandante, cuando el daño ó el perjuicio habían provenido de su falta (5), el pretor había querido proteger á los menores aún en este caso (6), con tal de que su conducta no fuese dolosa ni se faltara á la religión del juramento (7); y 3.º la restitución *in integrum* era un remedio subsidiario, que no se daba sino á falta de otro (8).

131. En general no tenía lugar más que contra la persona que se había inmediatamente aprovechado del acto dañoso ó perjudicial; pero no contra los terceros detentadores, salvo que aquella estuviese insolvente ó que éstos fuesen adquirentes de mala fe (9), porque entónces la acción restitutoria ó resoisoria se volvía *in rem*.—Según el derecho pretoriano la restitución podía ser exigida hasta dentro del año de cumplida la mayor edad; pero en el derecho posterior, ese breve plazo se amplió hasta cuatro años, estableciéndose que después se entendería tácitamente confirmado el acto, y que por lo mismo la pres-

(1) *Dig.*, lib. 50, tit. 1, l. 26, § 1.—*Cód.*, lib. 2, tit. 47, l. 3.

(2) *Dig.*, lib. 4, tit. 1, l. 4.—Véase el apéndice, letra B.

(3) *Cód.*, lib. 2, tit. 43, l. 1.—Véase el apéndice, letra C.

(4) *Cód.*, lib. 2, tit. 28, l. 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tit. 6, l. 16.

(6) *Cód.*, lib. 2, tit. 35, l. 1.

(7) Antonio Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 18.

(8) *Dig.*, lib. 4, tit. 4, l. 16, *init.*—Véase el apéndice, letra D.

(9) *Dig.*, lib. 4, l. 13, § 1.—Ant. Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV núm. 6.

cripción no empezaría á correr sino á partir del vencimiento de dichos cuatro años (1).

132. Los efectos de la restitución se hallan expresados con toda claridad en la siguiente fórmula de la ley romana: *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum rescipiat* (2), devolviendo la persona con quien el menor contrató la cosa adquirida aún con sus frutos, y éste á aquella el precio recibido. La denominación, pues, corresponde perfectamente á la casa: *res debet esse integra* (3).

133. La antigua legislación española es fiel trasunto de la romana en toda esta materia, que se ve agrandada y muy minuciosamente explicada en el Código del rey *Sabio*. La misma distinción que hemos notado antes entre el menor impúber y el menor púber; entre la *auctoritas* y la *gestio* del tutor, tanto respecto de actos judiciales como extrajudiciales; su validez, si ellos eran notoriamente ventajosos para el pupilo, y su nulidad, si se trataba de actos onerosos y, en fin, la necesaria presencia del tutor en ellos, cosas son todas de que se trata ampliamente en nuestra legislación pátria, con particularidad en el más grande de sus monumentos ó sea el inmortal Código de las *Siete Partidas* (4). En cuanto á la restitución *in integrum*, nuestros antiguos comentadores la han estudiado en todas las más delicadas cuestiones á que da lugar, como vamos á exponerlo, mencionando al menos las principales.

134. El menor de veinticinco años, púber ó impúber, debía ser restituido en todos los casos en que, habiendo obrado por sí mismo ó con la autoridad de su tutor ó curador, resultaba

(1) *Cód.*, lib. 2, tít. 53, l. 7.

(2) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 24, § 4.

(3) Véase el apéndice, letra B.

(4) *Part.* 6, tít. 16, l. 17.—*Part.* 3ª, tít. 7, l. 2.—*Part.* id. tít. 2, l. 11.—*Part.* 5, tít. 2, l. 4.—*Part.* id., tít. 14, l. 4.—*Part.* id., tít. 11, l. 4.—Bartolo, *in leg. Marcellus, de fidejussor.*—*Id.* *in leg. fin. § si pupillus* en el tít. del *Cód. de integ. restit.*—*Id.* *in leg. 1, de Novat.*—Sánchez, *de matrim.* lib. 6, disp. 33.—Molina, *de Justitia*, tom. 1, disp. 224.—Pichardo, *de Auct. tut.*—Hermosilla *in leg.* 3, tít. 1. *Part.* 5, gloss. 4, núms. 1 y sig. y l. 5, gloss. 1.

lesionado, no sólo en el sentido de daño (*damno emergente*), sino aún en el de perjuicio (*lucro cessante*). De este principio se deducía que si el menor se pretendía lesionado en un contrato de compra-venta, de arrendamiento, de sociedad ó en cualquiera otro oneroso, procedía el remedio restitutorio en sentido favorable al pupilo. Supóngase que éste había celebrado un contrato que no le convenía; el contrato se tenía por no hecho. Pero si la lesión era relativa al precio, ya porque el menor hubiese vendido á uno inferior, ya porque hubiera comprado á uno mayor que el conveniente para sus intereses, la restitución tenía lugar, no contra el contrato, sino contra el precio (1).

135. De la misma manera se decidía que el menor gozaba de beneficio de la restitución cuando hubiera renunciado tácita ó expresamente el término probatorio en un juicio (2). El beneficio procedía tambien en favor del menor contra sentencia definitiva en causa civil ó criminal que le hubiera inferido lesión, ya por error ó impericia del juez, ora por culpa ó facilidad del menor (3). El menor no debía de probar en cualquiera de estos casos, sino que era menor y que había sido lesionado. Ocurría, sin embargo, la duda sobre si la restitución procedía aún en favor del menor que fuese Doctor ó Abogado, y unánimemente se asentaba lo contrario conforme al principio: *malitia supplet aetatem* (4). El mismo carácter de subsidiario que tenía el remedio de la restitución, no podía ménos que producir la consecuencia de que, siendo como era establecida principalmente en contra del co-contratante del menor ó incapacitado, no se hiciese efectivo sino despues del recurso ordina-

(1) Ant. Gómez, *Var. Resol. de restit. minor*, cap. XIV, núm. 1.---Contra, Morla, *Emporio*, tít. 5, quæst. 1, núm. 30.

(2) *Recop.*, lib. 4, tít. 8, l. 6.---Antonio Gómez, *Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 5.

(3) *Part.* 3, tít. 56, ll. 1, 2 y 3.---Véase el apéndice, letra D.

(4) *Raz, Praxis*, tom. 1, tempor. 8, núm. 115.---Cevallos, *quæst.* 805.

rio sobre reintegración del daño ó perjuicio en contra del tutor ó curador, salvo que por culpa de éstos hubiera sido lesionado aquel, pues entonces las leyes concedían una perfecta elección al menor, llevando siempre la mira de que le fuesen reparados dichos daños ó perjuicios de la manera más pronta y eficaz (1).

136. La esencia de los principios del antiguo derecho en orden á la validez ó nulidad de los actos del sujeto á tutela, debe reconocerse que ha sido recogida por la legislación moderna, no siendo las diferencias que pudieran señalarse, sino de mera forma en la generalidad de los casos, pues el fondo se ha conservado inalterable. En efecto, ¿qué importa que la *auctoritas* de una ley que, como la romana, daba tanta importancia á las formas y solemnidades de los actos, haya sido reemplazada en el moderno derecho, menos pagado que aquella de las palabras, por un verdadero mandato general en virtud del cual el tutor resulta el representante omnímodo del pupilo? La causa que ha hecho necesaria la tutela, es la misma en el uno y en el otro sistema, pues vemos que en ambos se trata de proveer á la inexperiencia é incapacidad del pupilo, por medio de la intervención de otra persona que, unas veces obrando como mero auxiliar de aquel, otras sustituyéndosele por completo, llena igualmente los fines de la institución. Y tal es, en verdad, la principal diferencia que separa entre sí los dos criterios á que ha obedecido el natural y justísimo afán del legislador, para que no queden abandonados á sí mismos todos aquellos seres en quienes la menor edad ó alguna enfermedad están indicando, á falta de la natural tutela de sus padres, la necesidad de que un extraño haga sus veces. Así, no puede ser más sencillo el art. 450 del Código de Napoleón, que dice: El tutor cuidará de la persona del menor, y lo representará en todos los actos civiles, administrando sus bienes como buen

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2, y *glos.* de Greg. López.—Gutiérrez Fernández, *Códigos*, tom. 1, lib. 1, cap. 5, § 13, art. 1.—Febrero Mexicano, tom. 1, lib. 1, tít. 10, cap. 6, núm. 3.

padre de familia — La omnipotencia del tutor es, pues, la regla; su incapacidad, ó sea la capacidad del pupilo, es la excepción (1).

A reserva de exponer después más ampliamente las condiciones con que la ley francesa ha establecido que el tutor y el menor ó incapacitado se conduzcan respectivamente durante la tutela, nos limitamos por el momento á consignar que se pueden clasificar en cinco grupos los actos relativos al patrimonio del sujeto á tutela. El primero comprende aquellos que el tutor puede ejecutar solo; el segundo, aquellos que exigen la autorización del Consejo de familia; el tercero, los que exigen la autorización del Consejo de familia y la homologación del Tribunal; el cuarto, los que además de estas condiciones, exigen ciertas formalidades particulares, y el quinto, los que son prohibidos al tutor. Fuera de estos actos, no quedan en el sistema del Código de Napoleón, sino aquellos que por su naturaleza no pueden menos que ser ejecutados personalmente por el menor mismo, sin que en éstos ni en aquellos deba admitirse algo parecido á la antigua *cuctoritas* de la ley romana. En otros términos, el sistema francés hace desaparecer por completo la personalidad del menor, debiendo surgir en su lugar el tutor, salvo, repetimos, muy contados actos que la ley determina de un modo claro y preciso. Estos actos personalísimos del menor son: primero, el matrimonio á los diez y ocho ó á los quince años (art. 144); segundo, las capitulaciones matrimoniales (arts. 1387 y 1398); tercero, el testamento, á la edad de diez y seis años (arts. 904, 905 y 226); cuarto, el reconocimiento de un hijo natural (arts. 336, 337 y 339); quinto, el enganche militar, si el menor tuviere veinte años, etc., etc. Pero por de contado que ningunos actos puede ejecutar válidamente el menor ántes de las edades señaladas.

137. ¿Cuál es la suerte de los actos ejecutados, sea por el tutor,

(1) Arré s: Cass. 3. Fev. 1873.—(Sirey, 1873--1--61).

sea por el menor solo, cuando, conforme á la ley, debieran serlo por el tutor? Pocos puntos han dado margen en el Derecho francés á mayores controversias, que éste, á causa sin duda de lo defectuoso de los textos aplicables. Dos sistemas se dividen el campo de la cuestión, y en ambos viene á palpase, como consecuencia de haberse hecho desaparecer la diferencia romana entre el menor y el pupilo, el cambio más radical operado por el derecho moderno sobre el antiguo. Según un primer sistema, siempre que el menor no emancipado hubiera ejecutado un acto, que no podía serlo sino por su tutor, hay lugar á la rescisión ó restitución, si además de tal circunstancia se verifica la de haber habido lesión: *minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam latus* (art. 1305 del Cod. de Napoleón). En cuanto á los actos ejecutados por el tutor con todas las formalidades que la ley prescribe, su validez es incontestable, aun cuando hubiera habido lesión, y obligan al menor lo mismo que al co-contratante, sin perjuicio de la acción de aquel por daños y perjuicios contra el tutor: *factum tutoris, factum pupilli* (art. 450 del mismo Código). Este sistema está apoyado en Francia por el mayor número de sufragios, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (1).

El segundo es el que ha introducido en el derecho moderno la distinción entre la nulidad por falta de forma, y la rescisión por lesión. Como los menores son *incapaces*, se dice, resulta que siempre que un menor no emancipado, bajo la obligación, por consiguiente, de ser representado por su tutor, hubiera ejecutado por sí mismo un acto cualquiera, habría lugar á nulidad, y el menor podría hacer anular el acto, por la sola razón de

(1) Proudhon *sur Valette*, tom. 2. chap. 16, sec. 2.—Merlin *Quest. de droit*, "Hypothèque."—Duranton, tom. 10, núm. 273.—Marcadé *sur l'art. 1305*.—Demolombe, tom. 7, núms. 818 y 821.—Moli-or, *Obligat.* tom. 1, núm. 41.—Fenet, tom. 13, pág. 288.—Larombière, *des Obligat.* tom. 4, núm. 11.—Arrêts: Cass. 18 juin. 1844 (Dev. 1844, 1, 497); 8 Août 1859 (Dalloz 1860, 1, 460).—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1157 y 1158.—Laurent, tom. 16, núms. 24 á 34 y 45 á 48.

de que emanaba de él; es decir, de un incapaz para contratar. Si al contrario, el acto es regular; si ha sido ejecutado por el representante legal del menor no emancipado, hay lugar á la restitución por lesión (1). Este sistema descansa sobre la verdadera naturaleza de la representación tutelar en el derecho francés, la cual, como ántes dijimos, consiste en una completa sustitución de la persona del pupilo por la del tutor, y en la interpretación literal de los arts. 1108, 1124 y 1125 del Código francés.

138. Sea de esto lo que fuere, y ya que, como acabamos de ver, en el uno y el otro sistema se reconoce al menor el derecho de ser restituido en caso de lesión, resulta que dos cosas debe probar éste para lograr su intento; la primera es su menor edad, y la segunda es la lesión (2).

139. Pero ¿en qué ha de consistir la prueba de la lesión? A falta de un texto expreso en el Código francés, la jurisprudencia ha establecido que la cuestión sobre si el menor ha sido ó no lesionado, debe ser decidida segun las circunstancias, la naturaleza de los compromisos, la condición social y los elementos pecuniarios del menor (3).

140. Segun el art. 1306, "el menor no es restituible por causa de lesión, cuando no resulta sino de un hecho casual ó imprevisto." Una sentencia nos suministra ejemplo de la especie á que este texto se refiere: un menor celebra un contrato de reemplazo á un precio elevadísimo, porque era tiempo de guerra. Poco despues se hace la paz, y el menor pide la rescisión del contrato por lesión; la demanda fué rechazada, porque el precio que se habia pagado, no excedía del justo en la época del contrato, y porque si la terminación de la guerra hizo bajar súbita-

(1) Troplong *des hypothèques*, tom. 2, núm. 488.—Toullier, tom. 6, núm. 105.—Troplong *de la Vente* núm. 156.

(2) Laurent, tom. 18, núm. 536.

(3) Mourlon, tom. 2, pág. 798, núm. 1510.—Arrêts: Bruxelles, 20 pluviöse, an 13; Dalloz, *Rep. "Obligation"*, núm. 2907, Paris, 20 avr. 1822 (Id. id., núm. 2906).

mente el precio de aquel servicio, era por efecto de un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes y no sujeto á su previsión (1).

141. Como la ley romana, la francesa no entiende conceder restitución al menor sino por lesiones de importancia, y así se ha practicado en la jurisprudencia desde la época del derecho consuetudinario (2). "La simple lesión," frase contenida en el art. 1305 del Código de Napoleón, importa, pues, en el sentido de la jurisprudencia y de la doctrina, un daño notable cuya calificación toca al juez hacer (3).

Como los demás aspectos bajo los cuales es considerada la restitución *in integrum* por la ley francesa, coinciden en más de un punto con aquel de nuestros Códigos nacionales que, como despues veremos, exclusivamente trata de aquella, nos reservamos hacer su estudio para más adelante, teniendo entonces ocasión oportuna de exponer ambas legislaciones sobre esta materia. Otro tanto decimos en orden á la validez ó nulidad de los actos del incapacitado.

142. Entre nosotros el papel del tutor en orden á los actos del menor, es el mismo que hemos descrito al presentar la legislación francesa en toda su absoluta sencillez, libre del formulismo romano, conforme al cual el menor sujeto á tutela gozaba de una personalidad jurídica, ni tan perfecta que hiciese innecesaria la intervención del tutor; pero tampoco tan nula que no se le considerase capaz de figurar como actor principal é indispensable en los contratos (núm. 126). Ese término medio de la *auctoritas* que solo alcanza á comprender una profunda sutileza, tenia que determinarse clara y precisamente en los Códigos modernos ante cuyo criterio exigente y práctico ninguna

(1) Marcadé *sur l'art. 1305*.—Larombière, *sur l'art. 1306*, núm. 2.—Arrêt: Bourges, 8. Mars. 1815.—(Dalloz, *Rep.* "Obligat." núm. 2912.)

(2) Coutume de Berri, tit. 2, art. 4.

(3) Jaubert, *Discours au Tribunal* (Loché, tom. 6, pág. 219).—Toullier, tom. 4 núm. 677.—Larombière *sur l'art. 1305*, núm. 16.

institución jurídica valía la pena de ser conservada, si no respondía á una realidad tangible de la vida social. El legislador de nuestros días, hallándose en presencia de seres incapaces por razón de edad, y convencido de que sólo desde la veintiún años en adelante, lo mismo el hombre que la mujer, alcanzan la plenitud de su capacidad física é intelectual, no podía consentir que se fuese capaz é incapaz al mismo tiempo, con aptitud jurídica en un sentido é ineptitud innegable en otro, persona completa para los actos de la vida civil, y sin embargo deficiente hasta el extremo de requerir el complemento del tutor. Todas estas vaguedades se desvanecieron al golpe del art. 450 francés de que son un eco en nuestra legislación nacional los arts. 442 del Código de Veracruz, 400 del de Estado de México, 385 del de Tlaxcala, 594 del del Distrito Federal de 1870 y 497 del actual, según todos los cuales el tutor representa al menor en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase.

143. De esta organización de la tutela no podía menos que brotar la consecuencia, de que son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad, no emancipados, después del nombramiento de tutor, si no consta que éste los había autorizado. Tal es el texto de los arts. 326 del Código de Tlaxcala, 513 del del Distrito Federal de 1870, y 421 del actual. El mismo principio se encuentra consignado en los Códigos de Veracruz (art. 483), y de Estado de México (art. 436), si bien expresado en diferente forma, comprendiendo la intervención del consejo de familia, institución que estas legislaciones han tomado de la francesa. Si á esto se agrega que igual prescripción se encuentra en nuestros Códigos con respecto á los incapacitados (arts. 495 de Estado de México, 545 de Veracruz, 329 de Tlaxcala, 515 del Distrito federal de 1870 y 423 del actual) no podrá menos que reconocerse cómo nuestros legisladores se

han guiado en esta materia por el sistema que en Francia, defendieron juristas tan eminentes como Troplong y Toullier (núm. 137), y que hace derivar la nulidad de los actos del sujeto á tutela, independientemente de toda lesión, de la sola circunstancia de incapacidad por causa de menor edad ó de enfermedad.

144. Mas ¿qué decir respecto de los actos ejecutados por el menor ó por el incapacitado antes del nombramiento de tutor? En derecho romano la cuestión apenas podía ser propuesta, siendo unánimes las leyes lo mismo que sus comentaristas en el sentido de que la interdicción no podía tener efecto sino desde el día de la sentencia que la pronunciara, pues hasta entonces se podía afirmar que los actos adolecían, sin asomo de duda, del vicio de incapacidad por parte del agente (1). Aunque la legislación española nada contiene expreso á este respecto, es probable que los tribunales hayan seguido el mismo principio en orden á la incapacidad por causa de locura. En el derecho moderno francés es de creerse que las opiniones se hayan dividido con respecto á la menor edad, pues ya hemos visto (núm. 137), cómo, según un sistema, los actos del menor sujeto á tutela, y ejecutados por sí solo, eran nulos por razón de incapacidad, conforme á las reglas generales de los contratos; mientras que según otro, solo eran anulables, si había habido lesión. Respecto del menor, no sujeto todavía á tutela, el Código de Napoleón no contiene ningún texto expreso, como el relativo á los sujetos á interdicción por causa de locura. El art. 503 dice, en efecto, que los actos anteriores á la interdicción podrán ser anulados, si la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que estos actos han sido ejecutados. Desde luego se advierte que el legislador francés ha procurado establecer una perfecta diferencia entre los actos del incapacitado después de la declaración de interdicción y sin la autorización

(1) *Dig.*, lib. 28, tit. 1, l. 18.—*Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 12, § 1.

de la persona que deba darla, y los actos del mismo incapacitado, anteriores á dicha declaración. Los primeros son nulos de pleno derecho, sin que valga ninguna prueba dirigida á establecer que dichos actos han sido llevados á cabo á lo menos en un intervalo lúcido (1). Los segundos son meramente anulables, correspondiendo á la persona que entabla la acción contra ellos, probar no solamente el estado de demencia simultáneamente al acto, sino tambien su notoriedad (2). Nuestro derecho contiene análoga disposición con las diferencias que siguen. El Código de Veracruz ni en los principios generales sobre validez de los contratos, contiene nada en orden al punto que exponemos. El de Estado de México se expresa en el art. 495, segunda parte, como el 503 francés. Los del Distrito federal (arts. 511 del de 1870 y 420 del actual) y el de Tlaxcala (art. 328) declaran solemnemente que son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los menores de edad y por los demás sujetos á interdicción, antes del nombramiento del tutor, aunque sea interino, si la menor edad ó la causa de la interdicción eran patentes y notorias, en la época en que se ejecutó el acto administrativo ó se celebró el contrato. A muy importantes comentarios dan lugar estas disposiciones de nuestro derecho, tanto sobre la clase de actos á que se refieren, como á las condiciones y efectos de la nulidad que pronuncian.

145. Desde luego ocurre preguntar: ¿la nulidad tanto de los actos posteriores al nombramiento de tutor y ejecutados por el sujeto á tutela sin la autorización de aquel, como de los anteriores á dicho nombramiento, se refiere á toda clase de actos? En cuanto á los menores, indudablemente que no, pues ya queda dicho que la autorización tutelar solo es necesaria para los

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 522, § 127.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 987.

(2) Laurent, tom. 5, núm. 314.—Demolombe, tom. 8, núm. 655.

actos relativos á la gestión del patrimonio, quedando fuera de su alcance los actos morales cuya naturaleza exige la intervención personal del interesado (núm. 142). Muy claramente se desprende esto de los términos mismos de que se han servido sobre el particular nuestros legisladores. Por consiguiente, tratándose de actos como el matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros análogos, debe decirse que son válidos, aun los ejecutados por el menor posteriormente al nombramiento de tutor y sin su autorización, porque ésta no es necesaria en tales actos (1). En cuanto á los incapacitados, debemos distinguir con toda claridad los dos sistemas que hasta la fecha se han dividido el imperio de nuestra legislación, pues algunos de nuestros Códigos aceptan la interdicción parcial, y otros establecen que la interdicción tiene siempre que ser absoluta. Si, pues, tratándose aun de actos personalísimos del incapacitado, anteriores al nombramiento de tutor, debe decirse que todas nuestras leyes, excepto el Código de Veracruz, los someten, en cuanto á su validez ó nulidad, á los principios generales que rigen cada uno de esos actos (2); si se trata de estos mismos, pero ejecutados posteriormente á la declaración de interdicción, serán nulos ó válidos según la ley á que deban sujetarse. Vamos á explicarnos. Como lo hemos expuesto en otra parte (3), hasta hace muy poco tiempo ha venido la ciencia de la patología mental á establecer el principio de que las facultades del entendimiento y de la voluntad, aunque distintas en la exposición que de ellas han hecho siempre los tratadistas, forman un todo armónico é inseparable en la acción, que siempre resulta un efecto complejo de las unas y de las otras. Esta idea que hoy ya apenas se discute, porque ha salido radiante de luz del crisol incontestable de reiteradas

(1) Véanse los tomos III, núm. 380, y IV, núm. 193 de esta obra.

(2) Véase el apéndice, letra E.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 212 y siguientes.

observaciones psicológicas, no era la aceptada por el antiguo derecho, ni lo es todavía en el moderno por todos los Códigos vigentes. A la par del francés, que en su art. 499 reconoce la posibilidad de que el enfermo mental sea incapaz para ciertos actos ó para todos, y capaz para otros, los nuestros del Estado de Veracruz (arts. 539 y 540), de Estado de México (arts. 488 y 489), de Tlaxcala (art. 333) y del Distrito Federal de 1870 (arts. 466, 467 y 515) expresan esa misma posibilidad, y de aquí resulta que los actos del incapacitado, sujeto á tutela y ejecutados sin la autorización del tutor, serán ó no válidos, según que se ajusten ó no á las restricciones marcadas en la sentencia de interdicción. (1) El Código actual del Distrito Federal, poniéndose de acuerdo con las últimas revelaciones de la ciencia y sobre todo procurando hacer descansar los derechos y las obligaciones del hombre en una base fija y segura, se ha separado del primitivo sistema, y al efecto proclama de una manera absoluta (art. 423) que son nulos *todos* los actos y contratos de los incapacitados, posteriores al nombramiento de tutor interino, si no son autorizados por éste, ó por el tutor definitivo en su caso.

146. Respecto de los actos del incapacitado, anteriores al nombramiento de tutor, es muy de notarse la diversa redacción que respectivamente emplean los Códigos que de esto tratan. En efecto, mientras los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala se sirven de la frase: *son nulos*, para calificar esos actos, el Código de Estado de México dice que *podrán ser anulados*. Así se expresa también el Código de Napoleón, y fuerza es reconocer que no ha sido una misma la idea expresada por todas estas legislaciones. La diferencia se explica atendiendo siempre al concepto científico de la locura aceptado por unas y otras. Para una ley, que parte del supuesto de que la locura nunca puede ser parcial, lógico es que sean nulos los actos del inca-

(1) Véase el apéndice, letra F.

pacitado, sin necesidad de averiguar previamente las varias circunstancias que pueden modificar las perturbaciones mentales. En cambio, ante una legislación que no reconoce la unidad completa del humano espíritu, sino que acepta los intervalos lúcidos y la localización de los padecimientos psíquicos en determinadas regiones del cerebro, ó afectando limitativamente solo ciertas funciones, nada resulta más natural que la necesidad de escudriñar todas estas modificaciones, antes de decidir si los actos de que se trata, fueron ó no ejecutados con todas las condiciones de validez. Así los Códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870, fieles á este segundo sistema, se muestran inconsecuentes al declarar nulos actos que, ejecutados solamente por un presunto incapacitado, pues aún no se ha pronunciado sentencia de interdicción contra él, bien merecían ser examinados, antes de todo, desde el punto de vista de los diversos grados que, se reconoce, puede recorrer la locura y de las distintas fases que es capaz de presentar. Los Códigos de Estado de México y el actual del Distrito Federal son, pues, los que deben servirnos para razonar sobre cuáles hayan de ser las pruebas del que demanda la nulidad de los actos que nos ocupan.

147. Conforme al segundo, creemos que todo el deber del juez ante quien se pide la nulidad de un acto de esta especie, se reduce á investigar si está comprobado que en la época en que el acto se ejecutó, primero, el agente estaba loco, y segundo, la locura era patente y notoria. No puede negarse, sin embargo, la inutilidad de esta última circunstancia, que indudablemente solo se refiere al co-contratante del incapacitado. ¿De qué se trata, en efecto, al prescribir, como cualidad indispensable para la nulidad de los actos anteriores á la interdicción del incapacitado, su *notoriedad*? ¿Se quiere decir con esto que la incapacidad ha de ser conocida del co-contratante para que dichos actos sean nulos? Ningún objeto tiene tal declaración porque, como más adelante veremos, la acción de nulidad no correspon-

de en este caso, sino al incapacitado ó á sus legítimos representantes. Nos parece, pues, fuera de toda indicación ese requisito, como no se trate de las únicas personas para quienes la ley abre la acción de nulidad; pero entonces no es la *notoriedad* la que debiera prescribirse, sino el dolo del menor ó incapacitado mismo, lo cual es cosa muy diversa. Por lo demás, la nulidad de los actos, una vez probada la incapacidad del presunto incapacitado, se presume según el art. 420 del Código que comentamos, de derecho, sin que valga el intento de la parte contraria para demostrar que la locura no era sino parcial en la época del acto que se trata de anular, ni menos que éste fué ejecutado en tales circunstancias por el co-contratante, á sabiendas de la incapacidad y aceptando de antemano todas sus consecuencias. Sin embargo, una sentencia del Juzgado 3.º de lo Civil del Distrito Federal y con la cual no estamos de acuerdo sino en lo que respecta á la personalidad del actor, parece haber decidido que no es nulo el matrimonio celebrado en una época en que consta que la pretendida esposa estaba privada de la integridad de sus facultades intelectuales, morales y afectivas, pues aparecía igualmente que tal incapacidad era conocida por el otro contrayente, desde antes de la celebración del acto, notándose por lo mismo que todo el móvil del litigio había sido anular un matrimonio contraído por fines innobles y bastardos. Si la incapacidad de uno de los otorgantes del matrimonio está demostrada, según reconoce la sentencia, no comprendemos cómo consideraciones muy respetables de orden moral hayan dado fundamento para violar tan manifiestamente el art. 420 del Código que comentamos (1).

148. Mas como el Código del Estado de México reconoce la posibilidad de la incapacidad parcial, por lo cual declara que los actos del incapacitado anteriores á la interdicción solamente

(1) Sentencia del Juzgado 3.º de lo civil del Distrito Federal de 9 de Agosto de 1891 (Anuario, sección de jurisprudencia, pág. 399.)—Véase el apéndice, letra E.

pueden ser anulados, no bastará, según él, que se pruebe la locura del agente en la época del contrato, sino que será necesario demostrar además la especie de locura de que se trata, su existencia en el momento del acto y que ella impidió el conocimiento y la libertad del agente. Si no basta, para anular el acto, que su autor haya sido un incapacitado, puesto que el juez tiene una facultad discrecional para anularlo ó no, preciso será, para ilustrar la sabiduría del magistrado, que se le presenten pruebas sobre todas las circunstancias conexas con el acto cuya nulidad se pide, debiendo atenderse, no sólo al carácter de la enfermedad mental que se afirma, sino también al lugar donde el acto se ha verificado y á la mayor ó menor dificultad de actividad intelectual que el acto haya exigido en relación con la persona del presunto incapacitado. Se comprende á cuántos errores y arbitrariedades puede arrastrar este sistema, que no apoya sus decisiones sobre una base científica y segura.

149. Las leyes modernas se han ocupado, como las antiguas, de la nulidad de ciertos actos practicados por el menor de edad emancipado (núm. 101), pues, según en otra parte lo hicimos notar, se ha creído que el que no era mayor, aunque ya hubiese pasado de la edad de la pubertad, aún adolecía de cierta inexperiencia y falta de reposo principalmente para algunos actos graves de la vida (núm. 116). Más adelante expondremos extensamente, siguiendo el orden de nuestros Códigos, todo lo relativo á la *emancipación*, y como, según entonces veremos, los efectos de este cambio en la personalidad jurídica del menor no son tan extensos que lo asimilen por completo al mayor de edad, natural es que los actos de aquel para los cuales las leyes han creído conveniente establecer determinadas formalidades, no subsistan, si éstas no han sido cumplidas. Son, pues, nulos algunos actos de los menores emancipados que, al ejecutarlos, no han sido asistidos de la persona á que las leyes han determinado sujetarlos. ¿Cuáles son esos actos por lo que res-

pecta á la tutela? El Código francés establece que el menor emancipado no podrá intentar una acción sobre bienes raíces, ni defenderse contra ella, ni recibir ni dar descargo de un capital mueble, sin la asistencia de su curador (art. 482). Este mismo Código menciona otros casos en que se halla restringida la administración de bienes en orden al mismo menor, mediante prohibiciones que no creemos por el momento oportuno exponer. El Código de Veracruz no menciona para nada la intervención del tutor ó curador en orden á los incapaces de que hablamos. Los de Estado de México (arts. 476, inciso III y 482), el de Tlaxcala (art. 460, inciso IV), el del Distrito Federal de 1870 (art. 692, inciso III) y el actual (art. 593, inciso id.), imponen la necesidad, el primero, de un curador dativo, y los tres últimos de un tutor de la misma clase, para los asuntos judiciales del menor de edad emancipado (1). En cuanto á la nulidad de estos actos cuando no hayan sido ejecutados con la asistencia del tutor ó curador, puede afirmarse que ella está establecida por todas las legislaciones que de la materia tratan, á lo menos en el sentido de que, siendo requisito indispensable para la validez de tales actos la formalidad establecida, aquella se infiere de los textos relativos, conforme al principio de que las partes nada pueden hacer que sea contrario á la esencia de los contratos (2). Así procede ciertamente el Código del Estado de México, de cuyo art. 1267 se debe deducir la nulidad de ciertos actos practicados por el menor emancipado, si no los autoriza el curador á que los sujetan los arts. 476 y 482.—Pero sin duda por el equívoco á que podría dar lugar este sistema, los Códigos de Tlaxcala y los dos del Distrito Federal

(1) Sentencia del Juzgado 2.º de lo civil del Distrito Federal, de 25 de Noviembre de 1881—“considerando 1.” (El Foro, tom 23 núm. 111.)—Id. del mismo Juzgado de 16 de Julio de 1890—“considerando 3.”—(Anuar. de leg. y jurisp. secc. de jurisp. tom VII, pág. 497.)

(2) Laurent, tom. 5, núm. 215.—Demolombe, tom. 8, núm. 272.—Duranton, tom. 3, núms. 1670 y 671.—Toullier, tom. 2., núm. 1296.

pronuncian expresamente la nulidad, como es de verse en los arts. 327 del primero, 514 del del Distrito Federal de 1870 y 422 del que comentamos, todos los cuales declaran que son nulos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores emancipados, que sean contrarios á las restricciones legales.

150. Hemos enunciado en otra parte que algunas de las modernas legislaciones sujetan á tutela ó curatela á los pródigos (núm. 115). Esto supuesto, se pregunta ¿cuál es la suerte de los actos del pródigo, si no se han respetado las restricciones á que las leyes los sujetan? Conforme al Código francés (art. 513), pertenece á los tribunales enumerar los actos que son prohibidos al pródigo, si ha de ejecutarlos sin la asistencia del consejo judicial á que se le sujeta. En esta virtud, esos actos prohibidos al pródigo, sin tal requisito, son nulos de pleno derecho (1). Pero ¿á qué momento debe atenderse para establecer esa nulidad? El art. 502 responde que el nombramiento del consejo judicial produce sus efectos desde el día de la sentencia lo mismo que la interdicción (núm. 115). ¿No se aplicará á los pródigos el art. 503 que hemos visto aplicarse á los incapacitados (núm. 144)?—Así se ha pretendido por algunos autores y tribunales (2); pero la interpretación contraria ha prevalecido, fundándose en la innegable diferencia que existe entre la locura y la prodigalidad, pues si la primera es capaz de ser notoria, la segunda no importa una causa natural de incapacidad y sólo existe en virtud de una sentencia (3). Aquellos de nuestros Códigos que consideran la prodigalidad como una verdadera causa de interdicción, están uniformes en declarar nulos

(1) Laurent, tom. 5, núms 358 y 359.

(2) Demolombe tom. 8, núm. 772.—Toullier tom. 2, núm. 1333.—Arrêts: Paris, 16. dec. 1859. (Sirey, 1860, 2, 307.); Paris, 10. mars, 1864 (Id. 1864, 2, 597.)

(3) Demante, tom. 2, núm. 285 bis X.—Emmery, *Expos. des motifs*, núm. 12.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 1192.

los actos del pródigo posteriores al nombramiento de tutor ó curador y que sean contrarios á las restricciones fijadas en la sentencia de interdicción (arts. 481 y 515, del Distrito Federal de 1870; 512 y 495 del de Estado de México, y 545 y 560 del de Veracruz.)

151. Mas ¿qué decir en orden á los actos del pródigo, anteriores á la sentencia de interdicción?—El Código del Distrito Federal de 1770 (art. 512), el de Estado de México (art. 515), y el de Veracruz (art. 563) responden que esos actos son válidos, con tal de que hayan sido ejecutados *antes de la demanda de interdicción*, siendo nulos cuando se han verificado entre la demanda y la ejecutoria. El segundo exige para esto último la circunstancia de que la prodigalidad hubiera sido manifiesta, ó, como el Código de Veracruz, que el tribunal hubiera ya nombrado administrador interino. Indudablemente son justas estas disposiciones, si no por razón de la prodigalidad, á lo menos por fundarse en los principios generales del derecho, que autorizan siempre la anulación de los actos ejecutados en fraude de la ley, por dolo, y en perjuicio de incontestables derechos.

152. ¿A quiénes compete la acción de nulidad de los actos y contratos ejecutados por los menores ó incapacitados, sin los requisitos legales?—Según el antiguo derecho, la incapacidad de las partes era en general una simple causa de rescisión del acto jurídico en favor del incapaz, puesto que no había sido establecido sino en su interés. Así leemos en el Digesto: *si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo; pupillum sibi non obligat* (1). Del mismo modo dicen las Institutas: *Unde in his causis, ex quibus mutue obligationes nascuntur, in emptionibus et ditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt*

(1) *Dig.*, lib. 10, tit. 1, l. 12, § 29.

obligantur: at invicem pupilli non obligantur (1). La propia decisión era seguida en nuestra legislación patria, que se basaba para esto en el carácter esencialmente personal de la acción de nulidad por razón de minoridad ó de incapacidad mental. Tal acción, pues, establecida sólo en beneficio del sujeto á tutela ó curatela, no competía á su fiador, quien permanecía obligado, sin poder oponer, ni por vía de excepción, una nulidad que le era absolutamente extraña. No se hacía en esta materia sino aplicar el principio, que tendremos oportunidad de exponer ampliamente cuando hablemos de la fianza, y conforme al cual debían ser clasificadas las excepciones en reales (*respectu rei*), y en personales (*respectu personæ minoris et ejus ætatis*). Y como sin duda alguna la nulidad de que tratamos, había sido aceptada únicamente en consideración á la incapacidad del menor ó del interdicto, no podían aprovecharse de ella las personas extrañas, es decir, los fiadores, socios ó compañeros de aquellos, pues éstos sólo sin razón osarían reclamar en nombre de su inexperiencia ó incapacidad (2).

El derecho moderno se ha inspirado en el mismo principio, como es de verse en el art. 1125 del Código de Napoleón, según el cual las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, ni del interdicto con quien han contratado. Esto quiere decir que la incapacidad que engendra la nulidad de que tratamos, se refiere solo al incapaz; y que por tanto la segunda es sólo relativa á éste, sin que ningunas otras personas, ni el co-contratante, ni los obligados mancomunada ó subsidiariamente con el incapaz, puedan invocarla. Nuestros Códigos son en esta materia fiel trasunto de iguales ideas; y de ello dan irrecusable prueba los arts. 546 y 1577 del Código de Veracruz, 496 y 1446 del de Estado de México; 330

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21, § 1.—Pothier *Du Caut.* núm. 321
(2) *Part.* 5, tít. 12 l. 4.—Antonio Gómez, *Var. Resol.*, tom. 2, cap. 14, núm. 9.—Futiérrez Fernández *Códigos españoles* lib. 1, cap. 5, art. 7, § 13.—Balde, sobre la l. *Tam mandatori, Cod. de non numerata pecunia*.

del de Tlaxcala, 516 del del Distrito Federal de 1870, y 424 del actual, según todos los cuales la nulidad fundada en incapacidad de uno de los contratantes, ya por razón de edad, ora por alguna de las otras causas que motivan aquella, solo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación, ni por los mancomunados en ella. Así, pues, según nuestro derecho civil, la nulidad de los actos del menor de edad ó del incapacitado, es también puramente relativa y por lo mismo, excepto las personas á quienes por declaración expresa se concede, no puede ser invocada como acción ni como excepción por otras, cualquiera que sea el carácter con que en el acto ó contrato hayan intervenido. Hay, por tanto, una grande analogía entre esta materia y la nulidad de los actos de la mujer casada, ejecutados sin los requisitos legales (1).

La jurisprudencia de nuestros tribunales nos suministra un caso en que se ve con toda claridad el caracter eminentemente personal de la acción de nulidad que nos ocupa. Una persona embarga un bien raíz, perteneciente al intestado de otra; posteriormente se presenta una tercera proponiendo tercería excluyente de dominio sobre lo embargado y acompañando, como fundamento de su acción, la escritura de cesión de los derechos hereditarios que el intestado tenía hecha á favor del causante del tercer opositor. Ejecutante y ejecutado oponen á la tercería la excepción de nulidad de la cesión, pretendiendo apoyarse en que el cedente se hallaba en estado de enajenación mental al verificar aquella. La sentencia que recayó, decide: que si por parte del ejecutado, sucesor universal del cedente, ó sea del que se pretendía incapacitado, no podía menos que reconocerse perfecta personalidad para promover la

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 406 y 411.

nulidad de la cesión, no sucedía lo mismo respecto del ejecutante, que era un individuo del todo extraño en el sentido legal al mismo incapacitado (1).

153. Mas ¿qué debe entenderse, cuando la ley dice que la nulidad de que tratamos, sólo puede ser invocada por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus *legítimos representantes*? ¿Querrá esto significar que solamente el tutor ó curador del incapacitado pueden invocar tal nulidad? El mismo fallo á que antes hemos hecho referencia, se hace cargo de este punto resolviendo, como acabamos de verlo, que la excepción de nulidad de la cesión, opuesta por el ejecutado, no era incompatible respecto de él, á pesar de ser heredero del pretendido incapacitado. ¿Por qué? Porque el heredero *representa legítimamente* la persona del difunto, sucediéndole en todos sus bienes, derechos y obligaciones (2). Y como legítima representación tienen también los que ejercen la patria potestad respecto de los sujetos á ella; el marido, respecto de su esposa; el albacea, respecto del difunto, mientras dura en su cargo, y el mandatario respecto del mandante, se sigue que todas estas personas tienen la personalidad jurídica necesaria para hacer valer aquella nulidad á nombre del incapacitado.

154. Sin embargo del carácter relativo de esta nulidad, como establecida en debida reparación tan solo de la inexperiencia ó incapacidad de los sujetos á tutela, fuerza es reconocer que ella puede convertirse en una nulidad absoluta, cuando la incapacidad coexiste de una manera completa con el acto ó contrato de que se trata, pudiendo entonces ser invocada por cualquiera persona. Habría en este caso motivo indiscutible para afirmar la inexistencia de lo ejecutado, por falta de una de las condiciones esenciales de todo acto libre, que no puede subsistir

(1) Sentencia de la 3.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de 20 de Mayo de 1890 (*Anuario de leg. y jurisp.*, secc. de jurisp., tom. 7, pág. 282.—Véase además el apéndice, letra E).

(2) Véase especialmente el considerando 3 de dicha sentencia.

sino mediante la observancia de aquellas (1). Volveremos á hablar sobre este punto cuando tratemos sobre los *contratos en general*.

155. Este aplazamiento no debe, sin embargo, impedirnos que hablemos de una grave contradicción que á lo menos, atentos los términos de la ley, podría señalarse entre los textos que hemos citado de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala sobre el carácter personalísimo de la acción de nulidad de que nos hemos venido ocupando y los arts. 1789 y 1765 respectivamente de los Códigos del Distrito Federal de 1870 y del actual, y 1276 del de Tlaxcala. Estos textos declaran que "la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contratantes, no puede alegarse por el otro, *si no prueba que al tiempo de contratar ignoraba la incapacidad*." Seguramente que de referirse tal declaración á la incapacidad por menor edad ó enfermedad mental, guarda la más evidente antinomia con los otros textos, que de una manera especial tratan de la nulidad de los actos de los sujetos á tutela. Basta, se podrá decir, que el co-contratante del menor ó incapacitado pruebe que ignoraba esa circunstancia, para que también le pertenezca la acción de nulidad contra el contrato, no obstante que en principio hemos visto que ella es exclusiva del incapaz, como establecida privativamente en su favor. La contradicción es, pues, evidente, y que en tal sentido pueden ser entendidos, conforme á su letra, aquellos textos, nos lo demuestra el "considerando 18" de la Sentencia del Juzgado 3.º de lo civil del Distrito Federal de 9 de Agosto de 1890, donde expresamente se reconoce, con motivo de una demanda de nulidad de matrimonio, que se pretendía por el marido, como contraído por la mujer en estado de demencia, como "es verdad que la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contrayentes, no puede alegarse por el otro, si no prueba que al tiempo de contratar

(1) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 208 y siguientes.

ignoraba la incapacidad (1).” Empero la antinomia no es sino aparente, porque no se concibe que el legislador, tras de consignar en términos que no admiten ni sombra de duda, que la acción de nulidad proveniente de incapacidad de los contratantes sólo puede intentarse en los términos establecidos (arts. 1778 del Código del Distrito Federal de 1870, 1664 del actual, y 1268 del de Tlaxcala), haya agregado casi inmediatamente lo contrario, convirtiéndose así un remedio, exclusivo de los incapaces por menor edad ó locura, como fundado sólo en su inexperiencia é ineptitud mental, en aprovechable también nada ménos que por el co-contratante, á quien no exculpa de sus yerros en tales contratos, ni su ignorancia misma de la incapacidad conforme al principio: *qui cum alio contrahit, non debet esse ignarus conditionis ejus*. Es necesario, pues, so pena de aparecer la ley en este punto como la expresión del absurdo, buscar á las palabras más adecuado sentido al sistema ya terminantemente planteado por el legislador, y no encontramos otro que el de reconocer que los textos enunciados se refieren á incapacidad muy diversa de la aludida por los que hemos comentado. Un hombre contrata con otro, suponiéndolo revestido de la capacidad civil para obligarse, ya porque no le esté prohibido hacerlo en virtud de declaración judicial, *verbi gratia*: suspensión de derechos civiles por causa de un proceso; ya porque se presente como propietario de la casa sobre que el contrato versa, ora porque se le creyera con la representación de otra persona, sin tenerla. Si el co-contratante, que está siempre obligado á conocer la condición del otro, no prueba que ignoraba la incapacidad, el contrato subsistirá en cuanto á él, produciendo la eficacia de las obligaciones contraídas. Tal es, en nuestro concepto, la única interpretación racional de los textos legales relacionados. Volveremos á hablar sobre

(1) Véase el apéndice, letra E.

este punto, al tratar del *error de hecho*, como motivo de nulidad de los contratos.

156. Igual promesa hacemos respecto á la duración de la acción de nulidad en orden á los actos y contratos de los menores de edad, é interdictos en general, para cuando hablemos de la prescripción, conformándonos por hoy con manifestar que, según los arts. 497 del Código de Estado de México, 547 del de Veracruz, 517 del del Distrito Federal de 1870 y 425 del actual, la acción para pedir dicha nulidad prescribe en los mismos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

157. La nulidad de los actos de los menores de edad ha tenido, desde la antigua legislación, dos importantísimas excepciones que, fundadas en una indiscutible justicia, hacen que aquel remedio establecido sólo para escurar la inexperiencia contra los abusos de la malicia humana, no se convierta en patente de impunidad en casos en que todo indica la inconveniencia de tener por seres dignos de protección á los que se han mostrado capaces de emplear aún los recursos del dolo y de la perversidad. Ante la realidad que disipa aún la menor duda sobre la pericia y hasta maldad del pretendido incapacitado ¿habría sido justo mantener el remedio de la nulidad, motivado sólo en favor de la ignorancia inculpable y de la inocencia que mueve siempre á sincera compasión? Seguramente no, y en el mismo sentido en que hemos estudiado este punto respecto de los sujetos á patria potestad (núm. 16), debemos estudiarlo hoy en orden á los menores sujetos á tutela. Ya hemos dicho en otra parte cuáles eran las disposiciones del antiguo derecho sobre este particular (núms. 130 y 135). Sus motivos nos los expone con toda claridad una sentencia del Juzgado sexto de lo civil del Distrito Federal, si bien sólo en orden á los menores de edad que sean abogados: "Considerando 1º, dice este importante fallo, que según la común opinión de los intérpretes del derecho, en la aplicación de las leyes, más

se debe atender á su sentido y fines, que á la letra de ellas: 2º que si bien es cierto prohíben éstas á los menores de veinticinco años comparezcan en juicio por sí, y previenen se les nombre curador *ad litem*, también lo es, que el objeto de esa disposición es que no sean engañados los relacionados menores y por otra parte, que no se nulifique el *cuasi contrato* que envuelve todo juicio por la restitución *in integrum*, que tienen derecho de gozar los menores, inconvenientes que no caben en el caso presente por ser el menor abogado titulado, y como tal, en su calidad de perito en la profesión del derecho, por lo que no puede presumirse sufra engaños en asuntos de su profesión, en cuya razón se funda la doctrina de que no goza el beneficio de restitución *in integrum* el abogado menor en los negocios judiciales, enseñada por el común de los tratadistas, entre otros el Febrero de Pascua, lib. 1º, tit. 1º, cap. 1º, núm. 16: que estando prohibido al menor de 17 años ser abogado por sí ó por otro (ley 2ª, tit. 6, P. 3), es evidente, que en negocios propios el abogado mayor de diez y siete años y menor de veinticinco puede defender sus derechos, supuesto que por su título y por la ley se halla facultado para defender los negocios ajenos, por graves que sean, porque de lo contrario, resultaría la anomalía de que la mujer, el ciego de ambos ojos, y otras personas, que naturalmente deben suponerse incapaces, puedan defender en juicio sus derechos propios, como lo previene la ley 3ª del mismo título y Partida antes citada, y el abogado menor, tan sólo por ser menor, no pudiera defender sus derechos, á la vez que todo mayor de 17 años puede abogar en su causa, ó resultaría el absurdo de que el abogado menor sería á la vez el patrono de su curador *ad litem*, cuando por su profesión debe presumírsele la ciencia y experiencia necesarias en negocios judiciales: 4º que en el caso presente el menor demanda los honorarios ganados en su profesión, los cuales pertenecen á su *peculio cuasi castrense*, del que puede disponer libremente tanto *inter vivos* como por causa de muer-

te: 5° que en el peculio *cuasi castrense* se debe considerar á los menores como padres de familia, y en consecuencia, pueden demandar en juicio sin necesidad de curador, según el Febrero Mexicano, edición de D. Mariano Galván, tomo 3°, tít. 2°, cap. 2°, núm. 4; y glosa de Gregorio López á la ley 6°, tít. 17, Part. 4ª (1)."

Los mismos principios han sido seguidos por algunos de nuestros Códigos, como es de verse en los arts. 331 y 332 del de Tlaxcala, 518 y 519 del del Distrito Federal de 1870, y 426 y 427 del actual, según todos los cuales los menores de edad no pueden alegar la nulidad á que antes nos hemos referido en las obligaciones contraídas sobre materias propias de la profesión ó arte en que sean peritos, ni tampoco pueden alegarla, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar por mayores de edad, ó han manifestado dolosamente que lo eran. La sencillez de estos textos nos evita entrar en explicaciones innecesarias. Los Códigos de Veracruz y Estado de México no se ocupan de este punto de una manera expresa; pero puede decirse comprendido en los principios generales que rigen las condiciones de validez de los contratos.

158. El fallo anterior, así como algunas indicaciones que quedan hechas en su oportunidad (núms. 130 á 135), nos muestran cómo, aparte de la nulidad de sus actos, tenían, desde el antiguo derecho, los sujetos á tutela ó curatela el remedio de la *restitución in integrum*, ó sea la rescisión del contrato cuando había habido lesión. Si en el lenguaje de los modernos legisladores no deja de haber cierta lamentable confusión entre la acción en nulidad y la de rescisión, expresiones de que aquellos hacen uso casi indiferentemente, débense sin embargo establecer las importantes diferencias que entre ambas exis-

(1) Sentencia del Jefe de lo Civil del Distrito Federal de 30 de Enero de 1861. [*Gacet. de Trib.*, tom. 2, pág. 77]. Véase también el apéndice, letra B, segunda sentencia.

ten, no obstante que parecen confundirse sobre todo en su carácter esencialmente personal y en sus resultados á favor del menor ó incapacitado. Esas diferencias pueden reducirse á dos sustanciales. La primera consiste en que la nulidad se funda en la falta de alguna de las condiciones necesarias para la validez del acto ó contrato en cuestión. Así el demandante en nulidad no debe probar sino ésto, siendo indiferente que haya habido ó no lesión. Al contrario la restitución se funda precisamente sobre la verdad del daño ó perjuicio causado por el acto al menor ó incapacitado. De esto resulta la segunda diferencia: mientras la nulidad produce, como su nombre lo indica, el aniquilamiento del acto ó contrato, la restitución se limita á reparar el daño ó perjuicio en que se hace consistir la lesión. En este sentido son terminantes los arts. 1108 y 1305 del Código de Napoleón (1). En nuestra legislación sólo el código del Distrito federal de 1870 destina todo un título á la *restitución in integrum*, pues los demás, ó expresamente la han suprimido, como los códigos de Veracruz, arts. 482 y 483, de Estado de México, arts. 435 y 436, y de Tlaxcala, art. 272 ó han omitido hablar de ella, apareciendo que en su lugar unos y otros han dejado el recurso de nulidad y la acción de responsabilidad contra el tutor ó curador. Los primeros de esos Códigos dicen: "Nunca habrá recurso de restitución para el menor, quien para indemnizarse de los perjuicios que reciba en sus negocios, sólo podrá dirigirse contra su tutor, protutor, vocales del consejo ó Juez que haya intervenido; pero nunca contra un tercero, pues los menores en sus negocios sólo tendrán los mismos derechos que los mayores de edad y el recurso de nulidad del acto cuando haya faltado en él alguno de los requisitos necesarios para la validez del acto ó contrato."—Al reformarse en 1884 el Código del Distrito Federal, vigente desde el año de 1870, la resti-

(1) Laurent, tom. 18, núm. 526.—Duranton, tom. 12, núm. 525.—*Contra*: Demolombe, tom. 28, núm. 26.

tución de los menores fué uno de los puntos que más llamaron la atención de los legisladores. "Las leyes, dice en su dictamen la 1ª comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, las leyes españolas, fiel trasunto de las romanas en esta materia, disponían que á los menores de catorce años se les diera tutor, y á los mayores de esta edad y menores de veinticinco, curador. El tutor tenía la administración plena de los intereses del menor, antes de que éste llegara á los siete años; pero después de esta edad, el menor se hallaba facultado por la ley para comparecer en juicio y celebrar contratos, autorizándolo para ello su tutor ó curador. Los menores, en estos actos que celebraban por sí mismos, solían cometer errores que dañaban sus intereses; pero como la ley presumía que eran personas hábiles para ejecutarlos, no se les podía atacar de nulidad, y fué preciso que el derecho pretoriano entre los romanos les concediera una excepción que pudiera servirles de defensa contra su propia debilidad, cuando resultaran perjudicados. De aquí se originó la restitución *in integrum*, remedio que se daba al menor, no en calidad de menor, sino en consideración al daño que hubiera sufrido: *Minor restituitur, non tquam minor, sed tquam læsus*. Con el transcurso del tiempo, la legislación romana exageró su solicitud en defensa de los intereses de los menores, pues extendió la excepción de restitución aun á los casos en que el menor contrataba asistido de su tutor, y á aquellos en que éste celebraba los contratos con todos los requisitos legales, si el menor sufría algun daño en su fortuna. La legislación española, que estuvo vigente en el Distrito Federal hasta que se expidió el Código Civil, adoptó los preceptos de las leyes romanas y la ampliación que á ellos dió la jurisprudencia, y entonces pudo verse prácticamente que este exceso de precauciones en favor de los menores, lejos de serles ventajoso, les era desfavorable en muchas ocasiones. Efectivamente, los menores viven rodeados de las mismas circunstancias que cualquiera otra persona: para administrar sus bienes y hacerlos

progresar, necesitan sus representantes celebrar diversos contratos y contraer las responsabilidades consiguientes; mas como siempre se tenía en expectativa el temor de la restitución, nadie podía celebrar convenios con los tutores ó curadores sino obteniendo un lucro excesivo que compensara del riesgo en que se estaba de que el contrato fuera rescindido más tarde. Había, pues, en primer lugar dificultades gravísimas para la administración; y en segundo lugar, se tenían que sufrir pérdidas ciertas cuando había absoluta necesidad de contratar, porque no era posible conseguir quien quisiera arriesgar sus fondos en estos negocios tan inciertos, sino bajo el concepto de obtener utilidades de gran cuantía. Esto era positivamente dañoso para los menores, y así lo comprendieron los juriscónsultos más eminentes. Por estas razones comenzó á sostenerse la teoría que inició Savigny en su Tratado de Derecho Romano, que consiste en que se deben aumentar las precauciones al celebrarse los contratos sobre bienes de menores; pero una vez perfeccionados con todos los requisitos legales, habrán de considerarse tan inviolables y asegurados como las convenciones que se otorgan entre los mayores de edad. Siguiendo esta doctrina, las legislaciones modernas han quitado la distinción que había antiguamente entre tutela y curatela, dando á estas palabras una significación muy diversa de la que tenían antes. Hoy todos los menores, desde su más tierna edad hasta que cumplen veintiún años, tienen absoluta incapacidad legal para contratar y se hallan asistidos por un tutor y un curador: el primero cuida de la persona del pupilo, lo representa en juicio y administra sus bienes, y el segundo vigila la conducta del tutor, examina las garantías que éste presta, é interviene en todos los actos que pudieran ser gravosos para el menor.

“El tutor necesita de autorización judicial, que no se le puede conceder sin audiencia del curador, para enajenar ó gravar los bienes inmuebles y las alhajas y muebles preciosos, para transigir en los negocios del menor, comprometerlos en

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 si 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 admitirá los recursos que le correspondan, segun el interés de que se trate.

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