

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 hicieron 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-

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

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

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

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

Art. 686. No hay lugar á la restitución:

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

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

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

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

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

las columnas del acreditado Semanario jurídico "El Derecho," escribía en 30 de Septiembre de 1871: "En el día y con las seguridades de que rodea la ley al menor, el beneficio de restitución es un privilegio enteramente inútil á la par que no oivo á la sociedad; es una fuente de pleitos y de fraudes en los contratos. Quitado el único fundamento racional que tenía la existencia de este privilegio; con el nombramiento de dos tutores que intervengan en todo negocio de los menores, y la intervención del Ministerio Público; garantizados éstos por cuántos medios puede pedir la más activa y exquisita vigilancia; *nulificados* aquellos actos en que falta la intervención del tutor, ¿qué objeto, volvemos á preguntar, lleva ese beneficio?"

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2.

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

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

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

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

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

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

TOMO V.—P. 23

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

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

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

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

(1) Sentencia de la 1.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 11 de Enero de 1884 (*Anuario, Sec. de casación*, 1884, pág. 12).—Véase el apéndice, letra G.

(2) *Cód.*, lib. 5, tít. 71, l. 11.

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

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

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

CAPITULO III.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

Art. 428. Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del póstumo.

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

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

Art. 431. El nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre ó por la madre, excluye de la patria potestad á los ascendientes en quienes hubiera de recaer ese derecho en defecto del padre ó de la madre.

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

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

Art. 434. En el caso del art. 431, si el ascendiente en quien debe recaer la patria potestad es de segundo ó ulterior grado, y á la muerte del testador está impedido de ejercer aquella, cesando el im-

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

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

Art. 436. En el primer caso, si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fueren opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los menores que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION III.

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

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

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

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 3.

(4) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 1,014.—Arntz, tom. 1, núm. 704.—Laurent, tom. 4, núm. 398.

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

175. Si sobre el orden en que los padres tienen derecho de ejercitar la facultad de nombrar tutor testamentario, existen las diferencias señaladas entre nuestras leyes y la francesa, no sucede lo mismo respecto de otros puntos que pasamos á exponer. Ciertamente, los textos acabados de citar de nuestros varios Códigos, reconocen á una que el derecho de designar tutor en testamento, no pertenece á los padres sino á condición de que, al verificar este acto, se hallen en ejercicio de la patria potestad de la cual se deriva precisamente ese derecho (1). Decimos *al verificar este acto*, porque para juzgar de la capacidad del testador, debe atenderse al estado en que se hallaba al hacer el testamento (arts. 3424 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, 3987 del actual y 2725 del de Tlaxcala). Por manera que, aunque al tiempo de morir una persona, ya hubiera vuelto al ejercicio de la patria potestad; si de ella estaba privada ó suspensa por alguna de las causas de que hemos hablado en otra parte (núms. 37 á 45), al otorgar testamento, la designación hecha en éste del tutor, no valdría

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

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

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

(1) Dig., lib. 26, tít. 2, l. 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Dalloz, *Rep.*, "Interdiction," núm. 158.

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

(3) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 16.

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

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

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

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

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

menor?—Esta cuestión presenta, pues, un conflicto entre dos autoridades de la misma naturaleza, como sería la patria potestad ejercida por dos ascendientes, y entre ésta y los fueros siempre respetables del propietario, que, sin obligación alguna, se desprende voluntariamente de sus bienes para dejarlos por testamento á una persona extraña. Si en el primer supuesto, es el rigor de los principios el que, una vez establecido que la patria potestad pertenece á los ascendientes de la línea paterna y materna núm. 7), parece oponerse á que eso deje de suceder alguna vez por la interposición del tutor testamentario, que puede ser una persona extraña; en el segundo son de invocarse hasta consideraciones de utilidad para los menores, que se verían privados frecuentemente de las liberalidades testamentarias, si á todo trance y aun contra la voluntad expresa de los testadores, los bienes dejados hubieran de caer bajo la administración de personas determinadas. En el antiguo derecho el conflicto no podía existir, pues sólo el padre ejercía la autoridad doméstica, por lo que jamás podía darse el caso de que la atacase en otro miembro de la familia, y si se trataba de testador completamente extraño al menor, se seguía el principio de que *voluntas testatoris pro lege habetur* (núm. 22).—Pero las leyes modernas han procedido de otro modo, mediando entre los diversos inconvenientes que presentan ambos extremos. Refirámonos al primer caso, ó sea al del padre testador. ¿Puede éste, por medio de nombramiento de tutor testamentario, excluir de la patria potestad á los demás ascendientes á quienes la ley otorga esa autoridad? Sí, responden todos nuestros Códigos, menos uno, con tal de que no esté de por medio la madre (arts. 385 de Veracruz, 332 de Estado de México, 530 y 531 del Distrito Federal de 1876, y 431 y 432 del actual). Sólo el Código de Tlaxcala (art. 335) establece expresamente que no hay lugar á tutor testamentario, mientras existan ascendientes que deban ejercer conforme á la ley la patria potestad.

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

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

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

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

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

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

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

(1) S
lio de 1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

signe, mientras se decide el punto de oposición; y en el segundo, desempeñe la tutela el primer nombrado, substituyéndole los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción, salvo siempre la voluntad expresa del testador á este respecto (arts. 386, 387 y 388 del Código de Veracruz; 333 y 335 del de Estado de México; 339 del de Tlaxcala; 534, 535, 541 y 542 del del Distrito Federal de 1876 y 435, 436, 441 y 442 del actual). Se ve que así se salva el principio que en otra parte expusimos, respecto de la unidad de la tutela (núm. 119).

CAPÍTULO VII

DE LA TUTELA DE LOS MENORES

SECCIÓN PRIMERA. DE LA TUTELA DE LOS MENORES

ARTÍCULO PRIMERO.

La tutela de los menores de edad, se establece en favor de ellos, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción, salvo siempre la voluntad expresa del testador á este respecto (arts. 386, 387 y 388 del Código de Veracruz; 333 y 335 del de Estado de México; 339 del de Tlaxcala; 534, 535, 541 y 542 del del Distrito Federal de 1876 y 435, 436, 441 y 442 del actual). Se ve que así se salva el principio que en otra parte expusimos, respecto de la unidad de la tutela (núm. 119).

CAPITULO IV.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES.

Art. 445. *Hay lugar á la tutela legitima:*

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

II. *Cuando no hay tutor testamentario.*

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

Art. 446. *La tutela legitima corresponde:*

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

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

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

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

CAPITULO V.

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

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

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

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

Art. 452. El padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela.

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

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

CAPITULO VI.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

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

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

TOMO V.—P. 25

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

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

SECCIONES IV, V y VI.

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

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

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

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

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

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

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

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

199. En derecho francés, donde mal disimuladamente se conserva la exclusiva pertenencia de la patria potestad al padre (núms. 7 y 48) existe la tutela legítima también á cargo de la madre, quien, según el art. 390 del Código de Napoleón, tiene la guarda de los hijos menores y no emancipados, después de la disolución del matrimonio, por la muerte natural ó civil de su consorte. Este se encuentra en el mismo caso, si es la madre quien ha fallecido. Hemos explicado en otra parte (núm. 46) con qué diferencia pertenece esta tutela legítima al padre respecto de la madre; y ya sabemos también (núm. 65) que en caso de que la madre contraiga segundas nupcias, conservando la tutela con aprobación del consejo de familia, el segundo marido queda co-

(1) Part. 6, tit. 16, libs. 4 y 9.

(2) Part. 6, tit. 16, lib. 10.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Tomo v.—P. 26.

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

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

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

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS INCAPACITADOS.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

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

Pero ¿bajo qué autoridad estaban los hijos expósitos?

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

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

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

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

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

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

CAPITULO VII.

DE LA TUTELA DATIVA.

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

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

Art. 459. La tutela dativa tiene lugar

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

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

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

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

SECCION VII.

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

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

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

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

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

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

(1) Cód. lib. 5. tit. 32. l. 2, § 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cartados por el momento los Códigos del Estado de México y de Veracruz que, como hemos visto (núm. 220), hacen derivar aquel nombramiento del Consejo de familia, creemos que es preciso distinguir, pues ó se trata del menor de edad emancipado, ó del caso de oposición de intereses entre el menor y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, que son los dos supuestos de aplicación de la tutela dativa para asuntos judiciales. Si lo primero, creemos sin la menor sombra de duda y á reserva de volver á tratar de esto, cuando nos ocupemos en el comentario del título sobre *emancipación*, que tal nombramiento puede ser hecho por el menor emancipado, pues nada dice en contrario la ley á este respecto y lo mismo sucede en orden al curador, como veremos más adelante. En este punto están conformes nuestros Códigos (arts. 353 del de Tlaxcala, 538 del del Distrito Federal de 1870, 460 del actual y 476, inciso 3. del del Estado de México), con excepción del de Veracruz, (art. 529 inciso 3) que exige, para que el menor emancipado pueda comparecer en juicio, el consentimiento paterno y en su defecto, por ausencia, impedimento ó negativa del padre, autorización judicial.

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

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

ADICION.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

CAPITULO VII, TITULO 8, LIBRO I.

DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Art. 363. El consejo de familia se establece para proveer mejor y con más seguridad de acierto y de celo á los intereses del huérfano.

Art. 364. Se procederá á la formación del consejo de familia siempre que haya que nombrar tutor, pro-tutor y en los demás casos en que la ley requiere su reunión.

Art. 365. Los que ejercen patria potestad pueden nombrar en su testamento, además del tutor y pro-tutor, los vocales del consejo de familia, y aun fijar el número de éstos, siempre que no sean menos de tres. El nombramiento puede hacerse en personas que sean ó no parientes del menor.

La facultad de que habla este artículo no podrá ejercerla el que tuviere la patria potestad, si ha sido casado dos ó más veces y dejare hijos ó descendientes de los diversos matrimonios que haya contraído.

Art. 366. Cuando el que tiene la patria potestad no haya ejercido la facultad del artículo anterior, compondrán el consejo de familia cuatro de los parientes más allegados del menor, debiendo ser dos de la línea paterna y dos de la materna, y todos mayores de edad y vecindados en el mismo domicilio del huérfano, ó en lugar que no diste más de seis leguas. De la misma manera se integrará el consejo cuando falten los llamados por el padre.

Art. 367. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior,

todos los hermanos de padre y madre serán vocales netos del consejo de familia: y si son tres ó más no se les agregará otro pariente. El tutor no puede ser vocal del consejo de familia.

Art. 368. Serán llamados á formar el consejo en el orden siguiente:

I. Los abuelos, prefiriendo los varones á las hembras, y el de menor edad al de mayor.

II. Los hermanos ó hermanas carnales.

III. Los hermanos ó hermanas de padre ó de madre.

IV. Los tíos, hermanos de padre ó de madre, y en defecto de ellos sus hijos.

En igualdad de grados en cada una de las tres fracciones precedentes, se dará la preferencia á la mayor edad.

Art. 369. La primera reunión del consejo será formada y presidida por el Agente del Ministerio público, si llega á establecerse en el Estado y residiese en el mismo lugar del huérfano. En caso contrario, esta atribución pertenecerá al presidente del Ayuntamiento ó al municipal respectivo.

Art. 370. Cuando los parientes más cercanos del menor tengan su domicilio en un lugar que diste más de seis leguas del domicilio del huérfano, serán convocados por los funcionarios de que habla el artículo anterior; pero no podrán ser obligados á aceptar contra su voluntad el encargo de vocales del consejo de familia.

Art. 371. Si en el domicilio del huérfano, y á seis leguas de distancia no se encuentra suficiente número de parientes para formar el consejo de familia, y los que viven en puntos más distantes no aceptan el encargo, se completará ó formará el consejo con vecinos honrados, eligiéndose preferentemente á los que hayan sido amigos de los padres del menor. El nombramiento en estos casos lo hará el funcionario de que habla el art. 369, asociándose á los dos regidores más antiguos si el nombramiento hubiere de hacerlo el Agente del Ministerio público ó el presidente del Ayuntamiento, ó el juez conciliador si tal nombramiento hubiere de hacerlo algún municipal.

Los nombrados conforme á este artículo no podrán renunciar el

cargo sin causa justificada, á juicio de los funcionarios que los hayan nombrado.

Art. 372. El funcionario de que habla el art. 369, señalará un término breve en proporción á las distancias, para que los llamados comparezcan personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar más que á uno solo.

Art. 373. El mismo funcionario de que habla el art. 369, puede multar hasta en veinticinco pesos al pariente que no comparezca en el término que se le prefijó. Sin embargo, cuando la falta proceda de justa causa, y el funcionario citado juzgue útil al menor que se aguarde al ausente, podrá diferir la reunión. La misma facultad de multar podrá ejercer sobre los que dejen de concurrir á cualquiera otra reunión del consejo de familia.

Art. 374. La primera reunión del consejo se celebrará ante el funcionario de que habla el art. 369. Este resolverá en el acto cualquiera duda ó cuestión que se ofrezca sobre su formación. Las siguientes reuniones serán en el local que acuerde el consejo.

Art. 375. La autoridad de que habla el ya citado art. 369, tiene obligación de proceder á la reunión del consejo de familia, dentro de los diez días siguientes á la muerte del padre ó la madre sea de oficio ó petición de los interesados ó de cualquiera del pueblo.

Art. 376. El pro-tutor será el presidente del consejo. En él tendrá voto consultivo, y en caso de empate decisivo. Las resoluciones del consejo se acordarán por la mayoría relativa de las personas que deban componerlo.

Art. 377. Cuando la resolución del consejo sea unánime, se hará constar en el acta, expresando los votos y nombres de los que discutan. En tal evento, siendo la resolución del consejo contra el interés legítimo del menor, cualquiera de éstos, ó el tutor, podrá promover lo que estime conveniente, en beneficio del mismo menor, para hacer revocar la resolución del consejo.

Art. 378. Ningún individuo del consejo de familia tendrá voto, ni asistirá á las reuniones, cuando se trate de negocio en que tenga interés propio ó de sus hijos; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

Art. 379. El consejo se reunirá todas las veces que lo estime necesario, para proveer lo que mejor convenga á los intereses del menor, y en los casos que lo requiera la ley para ejercer las facultades que ella concede.

Art. 380. Todas las actas del consejo de familia se llevarán en un libro foliado y rubricado en todas sus fojas por el funcionario de que habla el artículo 369. Las actas se firmarán por todos los vocales que sepan escribir, expresándose quiénes no sepan ó no puedan firmar, y custodiará dicho libro el pro-tutor, y en su defecto el vocal de más edad.

Art. 381. Los miembros del consejo de familia, en caso de tutela de hijos legítimos serán nombrados según lo dispuesto en el artículo 371.

Art. 382. El tutor ó pro-tutor separado por cualquiera de las causas comprendidas en el art. 389, no puede ser vocal del consejo de familia.

Art. 383. Al consejo de familia corresponde declarar sobre las causas de impedimento y separación de sus vocales, salvo el recurso dentro del término de diez días al juez de primera instancia del Distrito.

Art. 384. El consejo de familia fundará su resolución, expresando las causas, y oyendo antes al interesado, cuando esto pueda hacerse sin grave inconveniente.

Art. 385. Si el consejo declara la inhabilidad ó acuerda la separación, y el interesado se conformare, se procederá inmediatamente á reemplazarlo. Si el interesado apelare, seguirá á sus expensas la instancia con el consejo; pero éste, aunque sea vencido en el juicio, no podrá ser condenado en costas, ni multado, sino en caso de calumnia ó temeridad manifiesta. En los demás casos, siendo vencido el consejo, las referidas expensas se pagarán por el menor.

Art. 386. Contra la declaración del consejo de familia, favorable al interesado, no se admitirá apelación, ni ningún otro recurso.

Art. 387. En los casos de los artículos 388 y 389, si el tutor no

ha entrado en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá al cuidado de la persona y bienes del menor, hasta que se resuelva definitivamente sobre el impedimento: si el tutor ha entrado ya á ejercer su cargo, podrá el juez proveer al mismo cuidado, en los términos prevenidos en el art. 339.

224. Entre nuestros Códigos sólo el anterior á que pertenece el capítulo transcrito, y el de Veracruz (Lib. 1, tít. 8, cap. 6) contienen la institución del Consejo de familia que, si ha de erirse á Goymas (1) se remonta á la antigua legislación española y hasta la romana. Funda este insigne jurisconsulto español su aserción en las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, conforme á las cuales faltando la madre, los hermanos y el tío paterno, eran los *parientes* quienes debían elegir tutor para el huérfano (2). Se prevenía también que la madre viuda y tutora de sus hijos, hiciera el inventario de los bienes de éstos ante los *parientes mas cercanos* del padre muerto, y que, si aquella pasaba á segundas nupcias, el alcalde de acuerdo con los *misimos parientes* diese á los huérfanos personas que los tuviera en guarda y cuidase de sus bienes (3). En cuanto á los antecedentes de la institución que nos ocupa, en el derecho romano, se señalan dos leyes conforme á las cuales la viuda menor de veinticinco años no podía repetir matrimonio sin contar con los *parientes mas inmediatos*, ni era posible variar, sin el mismo requisito, el lugar ó personas señaladas por el padre para la educación del pupilo (4). No puede negarse cómo estas citas demuestran, al menos, que en el instinto de los dos grandes pueblos legisladores á quienes tanto debe el moderno derecho, surgió verdaderamente la idea de asociar á los parientes del menor en la elección de la persona que se encargase de educarle y de cuidarle hasta que llegará á la edad de la experiencia y

(1) Goymas, Proyecto, art. 172.

(2) Fuero Juzgo, lib. 4, tít. 3, l. 3.

(3) Fuero Real, lib. 3, tít. 7, l. 3.

(4) Cód., lib. 5, tít. 4, l. 18.—Dig. lib. 27, tít. 2, l. 1, § 1.

de la madurez de la razón. Pero donde con toda exactitud pueden marcarse los orígenes del consejo de familia, es en la legislación consuetudinaria francesa que desde el siglo XIII se manifiesta en Turena y en el Anjou, prescribiendo que la hija huérfana y sujeta á la tutela de la madre no pudiera casarse sin la aprobación de los *parientes paternos* (1). A principios del del siglo XIV interviene el rey de Francia para introducir á los parientes maternos en el consejo de familia (2). "El consejo, dice Viollet, que representa respecto de los menores el espíritu, la tradición y la cohesión de la familia, pero cuyo papel no es siempre muy ostensible en la ley y en la costumbre, ha venido de siglo en siglo arruinándose, á medida que la familia ha perdido su unidad." (3) Durante el período revolucionario, fueron expedidas dos leyes en virtud de las cuales el consejo de familia quedaba erigido en tribunal para todas las cuestiones en que aquella se interesase (4). El Código de Napoleón concede al consejo de familia un papel importantísimo en orden al menor que quedase sin padres ni tutor testamentario ni legítimo, ó para cuando estos se excusaren ó fueren excluidos de la tutela, y sin duda de esa fuente es de donde nuestros dos Códigos antes citados tomaron la institución del consejo de familia (arts. 405 á 419 Cód. de Napoleón). La comisión codificadora de 1870 en el Distrito Federal, se decidió, por las razones que en seguida se expresan, á no admitir el consejo de familia en nuestras leyes: "Las leyes, y sobre todo las instituciones, deben acomodarse á las costumbres; y aunque el deber del legislador ilustrado consiste también en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no sólo en lo moral, sino en lo social, este deber ha de desempeñarse prudentemente, á fin de no desterrar costumbres útiles ó introducir sin criterio otras nuevas. La comisión cree: que el consejo de familia no está en nuestras costumbres, y que no hace falta en el actual estado de nuestra so-

(1) Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, tom. 1, pág. 145.

(2) *Bibliothèque nationale*, Ms. lat. 4,763, fol. 105.

(3) Viollet, *Hist. du droit civil français*, pág. 546.

(4) Decreto de 24 Août, 1,790 y 26 de Junio de 1794.

ciudad. La reunión de los parientes puede ser causa de disturbios cuando no hay este respeto aristocrático á la gerarquía doméstica. En otras partes un pariente anciano respeta y considera en un niño al jefe de la familia, porque ésta es la organización social. Pero entre nosotros falta y debe faltar ese elemento; porque cada padre es jefe de su familia, y el hijo de su hermano mayor es solamente uno de sus sobrinos. Y como además falta también la de prudencia, ya en lo moral, ya respecto de los bienes, no puede haber esa relación que hace del consejo de familia un elemento favorable á los intereses del menor. Y si esto es suponiendo realmente benéfico el consejo ¿qué deberá decirse cuando no puede tenerse esa seguridad?

Por el contrario: es más de temerse que la desavenencia de dos parientes, ó sus intereses ó sus pasiones sean causas de mal, y que la institución que se creyó una salvaguardia, se convierta en fuente de desgracias para el huérfano. La comisión cree que con las fuertes restricciones que se han puesto á la administración de los bienes de los menores, y con la intervención constante del juez y del Ministerio público, pueden obtenerse las ventajas que se atribuyen al consejo de familia, sin necesidad de aumentar el número de personas, que tal vez sean una rémora para muchos negocios."

CAPITULO VIII.

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA LA TUTELA Y DE LOS QUE DEBEN SER SEPARADOS DE ELLA.

Art. 462 No pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo.

I. Las mujeres excepto en los casos de los arts 449 y 452:

II. Los menores de edad:

III. Los mayores de edad que se encuentran bajo tutela:

IV. Los que hayan sido removidos de otra tutela en los casos 1º, 2º y 4º del art. 463:

V. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados á la privación de este cargo ó á la inhabilitación para obtenerlo:

VI. Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida:

VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor:

VIII. Los deudores del menor en cantidad considerable, á juicio del juez; á no ser que el que nombre tutor testamentario, lo haya hecho con conocimiento de la deuda declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento:

IX. Los jueces magistrados y demás funcionarios ó empleados de la administración de justicia:

X. El extranjero que no esté domiciliado, respectivamente, en el Distrito ó en la California:

XI. Los empleados públicos de hacienda que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual, ó la hayan tenido y no la hubieren cubierto:

XII. Los demás á quienes lo prohíba la ley.

Art. 463. Serán separados de la tutela:

I. Los que, sin haber caucionado conforme al capítulo X de este título, ejerzan la administración de la tutela:

II. Los que se manejen mal en el desempeño de la tutela, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del menor.

III. Los comprendidos en el art. 462 desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad.

IV. El tutor en el caso previsto en el art. 176.

Art. 464. No pueden ser tutores ni curadores del demente, los que hayan sido causa de la demencia, ni los que la hayan fomentado directa ni indirectamente.

Art. 465. Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará en cuanto fuere posible, á la tutela de los idiotas, imbeciles y sordomudos.

Tomo v.—P. 29.

Art. 466. La separación del tutor se hará siempre con su audiencia y por sentencia judicial.

Art. 467. El tutor que fuere acusado por cualquier delito, quedará suspenso en el ejercicio de su encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable á su favor.

Art. 468. En el caso de que se trata en el artículo anterior, se proveerá á la tutela conforme á la ley. Absuelto el tutor, volverá al ejercicio de su encargo.

SECCION VIII.

DERECHO ANTIGUO.

225. La legislación romana presentaba varios casos de incapacidad para el ejercicio de la tutela. Desde luego eran incapaces para el cargo, los esclavos, porque no eran personas, á no ser que fuesen nombrados por su dueño, pues entonces se les consideraba manumitidos tácitamente, resultando de esto su capacidad para la tutela (1). La condición de extranjero era también incompatible con la tutela, tanto porque ésta constituía un cargo público (núm. 97), como porque, tratándose especialmente del tutor testamentario, no podía ser nombrado como tal, sino la persona con quien se tenía facción de testamento (2). Por la primera de esas razones tampoco podían ser tutoras las mujeres (3), á no ser la madre y la abuela, á quienes vino el derecho imperial á concedérselo como una gracia, por presumir en ellas grande afecto á sus hijos (4). Pero, esto no podía ser sino á condición de que la madre ó abuela renunciasen á un segundo matrimonio (núms. 4 y 65) y al beneficio del *Senado-consulto Veleyano*, pues lo primero era necesario en garantía de los intereses del hijo y lo segundo tenía por objeto precaver de nu-

(1) Cod., lib. 5, tit. 34, l. 7.—Inst. de Just., lib. 1, tit. 14, § 1.

(2) Ulp. Reg., tit. 11, § 16 y 22, § 2.

(3) Dig. lib. 26, tit. 1, l. 18.

(4) Novella 118, cap. 5.

lidad todos los actos ejecutados por la tutora. Si la madre, una vez obtenida la tutela, contraía segundas nupcias, perdía *ipso iure*, aquella, quedando su gestión de hecho garantizada por una hipoteca legal no sólo sobre sus bienes, sino también sobre los del marido (1).

Los menores (2), los enagenados (3), los débiles de espíritu (4), y los pródigos tampoco podían ser tutores, porque eran incapaces de administrar sus propios negocios. Si eran nombrados, no entraban á funcionar, sino cuando cesaba su incapacidad. También eran incapaces para la tutela los enfermos, que estaban impedidos de desempeñarla convenientemente (5); los enemigos mortales del padre del impúber (6), entendiéndose que lo eran aquellos con quienes éste hubiese tenido un proceso de estado (7), ó sobre una parte considerable de la fortuna (8); y las personas que eran acreedoras ó deudoras del pupilo (9) ó que tuvieran con él un litigio cualquiera, exceptuándose los ascendientes, porque su afecto era una garantía contra el fraude (10). Si cualquiera de las incapacidades mencionadas sobreviniera durante la tutela al instante el tutor dejaba de serlo (11), salvo en el último caso, en el cual todo se reducía á nombrar un curador (12).

226. El antiguo derecho español está modelado sobre el romano, en la presente materia, salvo principalmente algunas originalidades, fundadas en razones religiosas. Las mismas in-

(1) Novella 44, cap. 2.—Id. 25, cap. 40.

(2) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

(3) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §2.

(4) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

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

(6) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §11.

(7) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §12.

(8) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §4, y 12.

(9) Novella 72, cap. 1.

(10) Novella 94, cap. 1.

(11) Dig. lib. 27, tit. 1, l. 40.

(12) Novella 72, cap. 2.

capacidades referidas, se encuentran pues, en las leyes alfon-
sinas (1) por lo cual nos creemos dispensados de hacer un estu-
dio especial de cada una de ellas (2).

DERECHO MODERNO.

227. Pocas innovaciones pueden señalarse respecto de la le-
gislación antigua en esta materia, en la cual, como acabamos
de ver, se ostenta toda la minuciosidad que distingue el dere-
cho romano. Nuestros Códigos, modelados siempre sobre el
francés, no hacen por consiguiente sino reproducir las mismas
instituciones de éste. Como en el antiguo derecho, son inhábi-
les para la tutela, desde luego las mujeres, por que según ense-
ñaba Domat, "la tutela exige una autoridad y obliga á funcio-
nes que no sería decente que la mujer ejerciese respecto de ex-
traños (3)". Pero esta razón sirve también para convencer de
que hay tutela cuyo desempeño debe de ser precisamente con-
fiado á las mujeres. Porque ¿á quién más dignamente que á
ellas encomendar la guarda del esposo y de los hijos? La razón
de decencia invocada por Domat adquiere toda su fuerza en fa-
vor de este principio. Así, y tomada en cuenta la dualidad de
sistema seguida por las leyes modernas en orden á los derechos
de la madre sobre sus hijos; ya como tutora legítima, ora como
encargada de la patria potestad (núms. 11, 198 y 199) es de ob-
servarse que todos los Códigos modernos proclaman la capaci-
dad de la mujer para ser tutora de su esposo ó de sus hijos
(núms. 206, 207 y 211). Tal es el texto de los arts. 442 inciso 3
del Código de Napoleón 356, inciso 1 del de Tlaxcala, 562, inciso
1 del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso 1 del actual. No
hay que olvidar que la tutela á que se refieren estos preceptos
de nuestros Códigos, en orden á la mujer, es solo la de los inca-
pacitados por locura, mientras el francés, como no otorga la pa-

(1) Partida 6, tit. 16, lib. 4.—Id. Id. 1. 7.—Id. tit. 18, l. 1.

(2) Sentencia del Juzgado de Letras de Celaya (Estado de Guanajuato)
de 12 de Noviembre de 1874.—["El Foro, tom. 4 número 85.]

(3) Domat, "Les lois civiles," lib. 1. tit. 1, sec. 7 §3.

tria potestad á las madres habla de la tutela propiamente dicha. Los Códigos de Veracruz y Estado de México, aunque empleando la denominación de curador, expresan la misma idea (núm. 206).

228. Vienen en segundo lugar como inhábiles para el ejercicio de la tutela los menores de edad, sean ó no emancipados. Así lo expresan los arts. 388, inciso II del Código del Estado de México, 430, inciso I del de Veracruz, 356, inciso II del de Tlaxcala, 562, inciso II del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso II del actual. Hay en este punto una diferencia entre nuestro derecho y el francés, y es la que deriva del diverso sistema seguido por éste en orden á la autoridad sobre los hijos. Como lo hemos explicado en otra parte, (núm. 11) el art. 390 francés declara que después de la disolución del matrimonio por la muerte natural ó civil de uno de los esposos, *la tutela de los hijos menores y no emancipados, pertenece de pleno derecho al supérstite de los padres*. Es esta, pues, en derecho francés una verdadera tutela *legítima* (núm. 199), resultando de aquí que como se es capaz para el matrimonio por sólo la pubertad y antes de la mayor edad (1) la menor no es incompatible, pero sólo en el caso especial, con la tutela. (2)

229. También son incapaces para ejercer la tutela las personas mayores de edad, que se encuentren bajo tutela ó curaduría. Es la declaración contenida en los arts. 388, inciso III del Código del Estado de México, 430, inciso II del de Veracruz, 356, inciso III del de Tlaxcala, 562, inciso III del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso III del actual. En los mismos términos se expresa el Código de Napoleón (art. 442, inciso II). La sencillez de estos preceptos da sin embargo, lugar á una no poco grave dificultad. ¿De qué incapacidad se trata, de la que es tan indiscutible que ya ha ameritado el nombramiento de tutor ó curador, ó de la que es meramente presunta; pero tan evidente y notoria que ya se ha manifestado por actos que no permi-

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núm. 43.

(2) Laurent, tomo 4, núms. 374 y siguientes.

ten la menor duda acerca de ella? Laurent, combatiendo á Zacharias, profesa la doctrina de que no hay incapacidad legal, sino cuando el enagenado está sujeto á interdicción. (1) Es esto ser consecuente con el sistema seguido por la ley positiva (núms. 144 y 146). ¿Mas podrá decirse lo mismo de nuestros legisladores? Nos atrevemos á decir que no, al menos por lo que hace á los Códigos del Distrito Federal y del de Tlaxcala (núms. 145 y 146). En efecto, según las legislaciones de esas entidades federativas son nulos todos los actos celebrados por los incapaces citados aún antes del nombramiento de tutor, cuando la incapacidad era patente y notoria ya en la época de tener lugar aquellos. ¿Podrá decirse, sin inconsecuencia, por esos Códigos que tal nulidad deje de existir cuando se trata de ejercitar la tutela? No se comprende esto, pues hay razón para decidir la misma cosa en ambos supuestos. Empero, otro es el sentido de los textos legales.

230. Desde el antiguo derecho se había establecido que los tutores debían dar, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, garantía de administrar bien los intereses del pupilo (2). Si el tutor faltaba á esta obligación, sus actos eran nulos (3). No dando la garantía, el tutor podía también ser destituido (4). El deber que incumbía al tutor de garantizar su buena administración, fué también previsto y reglamentado por nuestro derecho patrio en la forma y con las distinciones que expondremos cuando nos ocupemos de este punto (5). Sin duda, como el cumplimiento de esta obligación debía ser previo á la entrada del tutor en el ejercicio de sus funciones, jamás se dió el caso de que se tratara de la incapacidad para la tutela, por no haberse llenado tal requisito.

¿Cuál ha sido la suerte de estas disposiciones del antiguo derecho en el moderno? El Código de Napoleón (art. 2121, inciso

(1) Laurent, tomo 4, núm. 514.

(2) Inst. de Just. lib. 1, tit. 24.

(3) Dig. lib. 26, tit. 7, l. 7.—Cód. lib. 5, tit. 42, l. 3.

(4) Cod. lib. 5, tit. 51, l. 13.—Id. lib. id. tit. 42, l. 2.

(5) Part. 6, tit. 16, l. 9.—Id. 3, tit. 18, l. 94.

2) establece también que los bienes de los tutores están legalmente hipotecados en garantía de la buena administración de los menores ó incapacitados. A reserva de tratar extensamente este punto más adelante, bástenos por el momento consignar que nuestro derecho nacional no ha sido infiel á estos antecedentes convirtiendo de una manera expresa en causa de incapacidad para la tutela, la falta de cumplimiento de la obligación que nos ocupa, en tanto que dependiera de la voluntad de la persona, y por lo que hace á otra tutela. Así los Códigos de Tlaxcala (art. 356, inciso 4) del Distrito Federal de 1870 (art. 562, inciso 4) y el actual (art. 462, inciso 4) declaran que son incapaces del ejercicio de la tutela los que hubieren sido removidos de otro anterior por haberlo ejercido *sin caucionar*. Si á primera vista parece contradictorio este supuesto de nuestros Códigos, habrá de disiparse toda duda tomando en cuenta lo que después explicaremos, ó sea, que conforme á ellos no es imposible que de hecho entre el tutor al desempeño de su cargo, antes de haber caucionado. Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. 449 del primero y 407 del segundo), como no suponen esta posibilidad, tampoco se ocupan del hecho, como causa para ser incapaz del ejercicio de la tutela.

231. Véase, pues, cómo la incapacidad probada en una ocasión constituye, según los Códigos citados, un estigma indeleble cuando se trata del ejercicio de otra tutela. Por muy dura que parezca esta disposición, no podrá menos que convenirse en su justicia y conveniencia, atento que el legislador ha debido procurar la mayor suma de garantías respecto del tutor y en favor de los que le están sujetos. En este sentido están conformes con los Códigos del Distrito y de Tlaxcala los de Veracruz y Estado de México (art. 430, inciso 3 del primero y 388, inciso 4 del segundo) según los cuales son incapaces para obtener el cargo de tutor las personas que hubieren sido removidas de otra tutela *anterior por sospechosas*.

232. Esta última palabra por la generalidad de su sentido, y porque á no dudarlo no ha sido empleada arbitrariamente por el legislador, amerita alguna explicación. En el derecho

romano se había establecido desde las XII Tablas cómo perteneciente á cualquiera *quirit ex populo* y no sólo á parte interesada, el derecho de acusar al tutor por sospechoso (1). El objeto de ese derecho no era precisamente el castigo del tutor sino resguardar la fortuna del pupilo por el sólo peligro de que fuera malversada (2). Su conocimiento no correspondía, por lo mismo, á la jurisdicción criminal, sino á la civil, no obstante que pudiera importar algunas veces la infamia del tutor (3) menos cuando éste fuese el ascendiente ó patrón del pupilo (4). En este último caso sólo la defensa de los intereses son la base de la acción (*suspecti tutoris postulatio*) y muy frecuentemente no se obtenía ni la remoción del tutor, limitándose á unirle un curador (5).

233. Ahora bien ¿quienes se hacían sospechosos? puede decirse que todos aquellos que perdían, respeto ó de quienes se disminuía por lo menos, la estimación que de ellos se hacía en público. La *existimación* era definida por Calistrato: *dignitatis illesæ status, legibus ac moribus comprobatus* (6) "Era el honor del ciudadano romano, dice Ortolan, que se fundaba á la vez sobre las leyes y las costumbres, y que debía conservarse intacto para la plena aptitud en orden á los derechos civiles, tanto en el orden público como en el privado (7)." *Dignitas*, enseña el profundo Savigny, era la posición exterior de un hombre, reflejo de su dignidad personal y á la que la opinión pública se unía naturalmente (8)." Las alteraciones de la *existimación* se originaban de tres causas que muy claramente expresa el siguiente fragmento de una constitución de Constanti-

(1) Breal et Bailly, Dictionnaire etymologique latin "Specio."

(2) Van-Wetter, Droit rom. tomo 2, §633.—Ortolan, Inst de Just. lib. 1, tit. 26 §1.—De la Serna, Derecho rom. Inst. de Just. lib. 1, tit. 26, §1.

(3) Dig. lib. 26, tit. 10, l. 3, §5 y 7 §1.

(4) Dig. 37, tit. 15, lib. 5.

(5) Dig. 26, tit. 10, l. 9.

(6) Dig. lib. 50, tit. 13, l. 5, §1.

(7) Ortolan, Generaliz. du Droit rom. part. 1 tit. 1, chap. 3, §24.

(8) Savigny, Droit rom. Apéndice VI—IV.

no: *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspersantur* (1). La primera consistía, ya en el ejercicio de ciertas profesiones ó en la ejecución de actos vergonzosos que designaba la ley ó el edicto del pretor, ya en la condenación impuesta por delitos públicos ó privados (2); la torpeza (*turpitududo*) era la mancha impresa sobre la reputación por acciones que, aunque no penadas por la ley, atraían sobre su autor el desercédito y el desprecio público (3); y la *levis nota* estaba reservada especialmente para los manumitidos y los hijos de cómicos ó histriones, que eran incapaces del matrimonio con senadores ó hijos de estos y de ser instituidos herederos (4).

Salvo muy señaladas cosas que debía abolir el transcurso del tiempo con la influencia de las nuevas ideas, toda esa legislación se encuentra repetida en la antigua española, como es de verse en las *Partidas* donde esta materia aparece expuesta hasta con detalle (5). Creemos que la exposición de la ley 1^a, tít. 18, Partida 6^a constituye el mejor criterio en que podrán inspirarse, según los códigos de Veracruz y Estado de México, el consejo de familia y la autoridad judicial, para calificar la inhabilidad del tutor, como sospechoso (6).

Al mismo género de ideas á que nos hemos referido, pertenece otro supuesto á que en los artículos antes citados hacen alusión los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, ó sea, á que resulta también incapacidad para la tutela de que la persona hubiera ya sido separada de otra por haberse conducido mal en su desempeño, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del menor (7).

(1) Cód. lib. 3, tít. 28, l. 27

(2) Dig. lib. 3, tít. 2

(3) Cód. lib. 12, tít. 1, l. 2—Dig. lib. 22, tít. 5, l. 3—Id. lib. 37, tít. 15, l. 2—Id. lib. 50, tít. 2, l. 12—Inst. de Inst. lib. 2, tít. 18, § 1

(4) Ulp. Regular. tít. 13 y tít. 16, § 2—Dig. lib. 32, tít. 2, l. 44, § 5—Id. lib. 40 tít. 11, l. 5—Cód. lib. 3, tít. 28, l. 27

(5) Partida 6, tít. 18, l. 1, 2, 3 y 4

(6) Véanse antes en la adición [cap. 7, tít. 8, lib. 1 del Cód. del Estado de México] los arts. 383 á 387

(7) Sentencia del juzgado 6.º de lo Civil del Distrito Federal, 24 de Mayo de 1876 ("El Foro" tomo 6, núm. 105)

234. Es igualmente incapaz para la tutela la persona que hubiera sido removida de otra, por haber contraído matrimonio con la pupila, sin la dispensa necesaria. Nos referimos á lo que en otra parte hemos expuesto respecto de este impedimento para el matrimonio (1). De esta causa de incapacidad sólo tratan los códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala en los mismos textos ha poco citados, no haciéndolo los de Veracruz y Estado de México probablemente porque, según ellos, aquel impedimento es dirimente y por tanto verdadera causa de nulidad del matrimonio, supuesto lo cual, desaparece en el pensamiento del legislador el peligro de una mala administración de la tutela (2). ¡Cuán pueril é infundada deba parecernos esta confianza en la buena conducta de un tutor cuya pupila se hace su esposa, es algo que por su evidencia creemos excusado hacer otra cosa que enunciar!

235. Siendo el impedimento, de que hablamos, para el matrimonio, extensivo á los descendientes del tutor; la incapacidad de éste para una nueva tutela tendrá también lugar, cuando la anterior haya cesado por esa causa? Sería, en nuestro concepto, extremar el rigor de la ley cuya mente, de seguro, no ha sido otra que declarar inhábiles para la tutela á aquellas personas que por sus actos propios denunciaran ser indignas del ejercicio de ese cargo. Claro está que las más veces no serán extrañas al matrimonio de la pupila con el descendiente del tutor las influencias de éste; pero para corregir tan grave mal, basta la sanción pronunciada por la ley—nombramiento de un tutor interino, que administre los bienes—sin que nada justifique el aumento de esa pena con otra, la cual parece reservada al caso de individual responsabilidad del tutor. Los textos positivos están de acuerdo en esto, pues solo se refieren á la hipótesis del matrimonio del mismo tutor con la pupila.

236. Desde el antiguo derecho se había también establecido que la condenación á ciertas penas importaba la pérdida de

[1] Véase el tomo 2, de esta obra, núms. 263 á 270.

[2] Véase el tomo 3 ° de esta obra, núm. 380, 3. °

los derechos de familia. Era lo que en Roma se llamaba *maxima diminutio capitis* y en ella incurrián los condenados á la última pena y á las minas, aun antes de la ejecución de la sentencia (1). La *minor diminutio capitis*, haciendo perder la ciudad pero no la libertad, importaba también la pérdida de los derechos de familia y en ellos incurrián aquellos á quienes se habían prohibido *el agua y el fuego*, ó sean los departados á una isla (2). La *minima diminutio capitis* significaba meramente la modificación del estado de la persona, ya porque habiendo sido *sui juris*, se hiciera *alieni juris*, ora porque un hijo emancipado por su padre fuera *capite deminutus*. (3) Todo esto supuesto, fácil es derivar la influencia que la *capites deminutio* tenía sobre la capacidad para la tutela, que terminaba por la *maxima* y la mediana. En cuanto á la *minima*, aunque importaba un cambio de familia, no producía aquel efecto sino respecto de la tutela legítima, como la única fundada en los derechos de familia (4). La antigua legislación española siguió con absoluta fidelidad estos antecedentes (5).

El derecho moderno en Francia se ha inspirado en ellos, si bien empleando una terminología diversa, para fulminar también la pena de incapacidad en orden al ejercicio de la tutela y en contra de aquellas personas que hubieran sido condenadas á una pena aflictiva ó infamante, pues tal condenación importa, según el artículo 443 del Código de Napoleón, de pleno derecho la exclusión de la tutela, con arreglo á los artículos 7, 18 y 29 del Código Penal del mismo país de 12 de Febrero de 1810. Nuestro derecho nacional tiene que ser en esta materia fiel reflejo de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 22 prohíbe las penas infamantes, no sólo en el sentido de la naturaleza y condiciones en que conforme al an-

(1) Inst. de Just., lib. 1, tit. 12, § 3.—Dig. lib. 48, tit. 19, lib. 11, §§ 3 y 29, —Id. id. lib. 17.

(2) Ulpiano, Regular, tit. 10, § 3.

(3) Dig. lib. 38, tit. 17, lib. 1, § 8. Id. lib. 4, tit. 5, lib. 3.

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

(5) Part. 6, tit. 16, lib. 21.

tiguo derecho y al francés se hacía y se hace consistir la infamia, sino también en cuanto á la significación atribuida á ciertos castigos, como el destierro, que por sí sólo no induce idea alguna de indignidad social. Así, nuestros varios Códigos en materia civil, declaran unánimes que son incapaces para obtener el cargo de tutor "los que por sentencia hayan sido condenados á la privación del cargo, ó á la inhabilitación para ejercerlos art. 430, inciso IV del de Veracruz, 388, inciso V del del Estado de México, 356, inciso id., del de Tlaxcala, 562 inciso id., del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso id., del actual."

237. ¿Qué significan las expresiones "privación" é "inhabilitación" en el lenguaje de nuestros legisladores? Para comprender este punto es preciso recordar los textos de los distintos Códigos penales, vigentes en aquellos Estados de la República sobre enumeración de las penas y sus efectos, aparte la aflicción que importan para el culpable, relativamente á su aptitud para el ejercicio de los derechos civiles. El Código Penal del Distrito Federal, modelo en su mayor parte de los demás que rigen en México, considera únicamente dos efectos de las penas en orden á los derechos civiles ó de familia: el de suspensión y el de inhabilitación. El primero resulta de las penas de prisión ó reclusión, como consecuencia necesaria de ellas, ó de sentencia que formalmente la impone como pena. En el primer caso, la suspensión comienza y concluye de hecho con la pena de que es consecuencia; en el segundo, comienza al terminar el tiempo de la pena privativa de la libertad, y su duración no puede exceder de doce años ni bajar de tres (arts. 146, 147 y 148). El otro efecto que considera el Código Penal á que nos referimos, ó sea el de inhabilitación no puede decretar sino I cuando espresamente lo prevenga dicho Código; y II si hubo abuso de los derechos civiles de que se trata, ó el reo se ha hecho indigno de ejercerlos por otro delito diverso.

238. Como en el derecho romano y en el antiguo español, en el moderno se declara también que son inhábiles para la tutela

los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de malas costumbres. Así es de verse en los arts. 444 del Código Francés, 388, inciso VI del del Estado de México, 430, inciso V del de Veracruz, 356, inciso VI del de Tlaxcala, 562, inciso id. del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso id. del actual.

En consecuencia la calificación de esta incapacidad pertenece soberanamente á los jueces, quienes sin violar ninguna ley, pueden decir que es indigna de la tutela la madre que ha vivido al lado de un hombre públicamente desestimado, y que no era su esposo (1). Por la misma razón la incapacidad de que se trata, puede resultar aún de la incuria, falta de orden y sabiduría en el manejo de los negocios (2). Creemos igualmente, con un notable fallo extranjero, que una falta aislada, seguida de arrepentimiento y atenuada en sus consecuencias, no puede ameritar la indignidad de la persona responsable para el cargo de tutor, pues los textos legales se refieren á la mala vida notoria, lo que da la idea de una série de actos contrarios á la moral (3).

La circunstancia de *notoriedad* que las leyes exigen para que las malas costumbres ó la mala vida constituyan la incapacidad que nos ocupa ¿significa que esos defectos han de ser públicos y conocidos de gran número de personas? Sí, porque acusa, sin duda, menos depravación moral el que oculta sus vicios que el que hace gala de ellos y contribuye á sabiendas con su escandaloso ejemplo á la corrupección de las costumbres (4).

Sin embargo, esto no quiere decir, que si la *notoriedad* es combatida en juicio, no puedan rendirse acerca de ella las pruebas que el derecho establece, pues de lo contrario una mera de-

(1) Arrêt: Cass. 15, mars 1864, (Sirey, 1864, I, 155).

(2) Arrêt: Bruxelles, 22 juin 1827, (Daloz, Rep. "Minorité" 356 y 369).— Sentencia del Juzgado 1.º de lo Civil del Distrito Federal (México) de 29 de Octubre de 1878 (El Foro, tom. 11, núm. 90).

(3) Arrêt: Rouen, 24 janv. 1859 (Daloz, 1860, 2, 24).

(4) Arrêt: Bordeaux, 15 pluvioso an XIII (Daloz, Rep. "Minorité" núm. 357).

negación bastaría para destruir lo que es tan cierto que puede demostrarse (1).

239. Según nuestros Códigos son también incapaces para la tutela las personas que tengan pleito pendiente con el menor, al deferirse aquella (arts. cit.). Es una reminiscencia del antiguo Derecho (núm. 225) que, sin embargo, no es fielmente seguido por el nuestro en este punto. En efecto, hemos visto que no cualquier litigio con el menor importaba la indignidad para la tutela, sino sólo aquellos en que se interesase su estado civil ó una parte considerable de los bienes. Así lo expresa también el Código de Napoleón (art. 442), alejando, por consiguiente, como causas de incapacidad, litigios insignificantes ó no suficientemente graves, en concepto del juez, para ameritar aquella (2).

En cambio de esta latitud que parece acusar en nuestros legisladores un nimio celo en favor de los pupilos, es de notarse que sólo se han fijado en la persona que hubiera de desempeñar la tutela, desatendiéndose por completo de sus parientes inmediatos, quienes, de seguro, caso de tener un pleito con el menor, no dejarían de influir más ó menos perjudicialmente para éste sobre el tutor.

240. Otra incapacidad de que hablan también nuestros Códigos (arts. cit.) es la de deuda considerable á juicio del juez en favor del pupilo. Las precauciones de los legisladores se habían fijado desde antiguo en este punto (3), sin expresarse, como lo hace hoy nuestro Derecho, que la deuda había de ser *considerable* (4). Es Baldo el primero que demostró la necesidad de ese requisito, si bien exigiendo que, antes del discernimiento del cargo de tutor, hubiera ya litigio sobre la deuda: *nisi delatam tutelam esset jam lis super debito, quia magnum videtur ex*

(1) Arrêt: Cass. 12, mai. 1830 (Dalloz, 1830, 1240)—Demolombe, tom. 7, núm. 486.—Laurent, tom. 4, núm. 523.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 517.—Demolombe, tom. 7, núms. 496 y 497.

(3) Novella 72, cap. 1.—"Partida" 6, tit. 16, l. 14.

(4) Bartolo y Saliceto, "Gloss. minoris, Cod. qui dar tutor, poss."

eo, quod sit de eo magna lis inter partes (1). Es de notarse que tampoco se refieren nuestras leyes, en orden á esta incapacidad, sino á la persona del tutor, no haciéndola por lo mismo extensiva á sus parientes inmediatos.

241. ¿Qué decidir, entonces, cuando se trate del caso en que, *verbigratia*, el hijo del tutor fué el deudor del menor? La cuestión era dilucidada desde la época de los glosadores del Derecho Romano. Unos opinaban que la prohibición de la ley debía limitarse á los abuelos é hijo del tutor, *propter affectionem quoe suspicionem tollit* (2), no haciéndose extensiva al hermano, *quia honor et privilegium, quod lex concedit parentibus, non debetur fratribus* (3). *Angelus Aretinus* aventuraba ya una opinión que nos parece ser todavía hoy utilísima ante el silencio de nuestros Códigos, tanto respecto de esta causa de incapacidad como de la anterior. Si el hijo del tutor es deudor ó acreedor del pupilo ¿deberá el segundo ser separado de la tutela? Debe distinguirse, contestaba este juriscusulto: ó el hijo está bajo la patria potestad, ó emancipado, y en el primer caso, ó le pertenece ó no el usufructo; si lo primero, es evidente que el carácter de deudor ó de acreedor del hijo del tutor, impedirá á este funcionar como tal, pues en derecho ambos no forman sino una sola persona jurídica, subsistiendo por lo mismo la razón por la cual la ley ha declarado esas circunstancias causa de incapacidad para la tutela; si lo segundo, por argumento *a contrario* debe decirse que tal causa desaparece, pues la sola razón de afecto entre padres é hijos no basta para motivar una prohibición odiosa (4).

242. Mas supóngase que se trata de tutor testamentario, ¿le alcanzarán también las prohibiciones de que hablamos? Después de algunas vacilaciones en la doctrina, uno de los juriscusultos

(1) Baldus, "Gloss. ad hæc Cod. quando mulier tutel. fung. potest."

(2) "Gloss. ad Auth. minoris Cod. qui dat tutor poss.—Guillermo de Cuneus; in l. cum eo Dig. de pact.—Saliceto, Auth. minoris col. 1.

(3) De Cuneus, in l. 3, § 1, Dig. de legat. preest."

(4) Ang. Aret. "in auth. minoris."

antes citados (1) estableció la siguiente distinción: ó el testador sabía ó ignoraba que el tutor fuese deudor ó acreedor; si lo segundo, clara es la resolución afirmativa del tema propuesto; si lo primero debe respetarse la voluntad del testador, á quien la ley no debe sobrepujar en desconfianza y precauciones en favor del hijo. En cuanto al medio de asegurarse de si el tutor sabía ó no la circunstancia á que nos referimos, las opiniones estaban divididas: los unos querían que ella se dedujese precisamente de los términos del testamento, mientras los otros enseñaban que podía probarse independientemente de tal instrumento. (2) Nuestro Derecho Nacional, siguiendo la legislación alfovesina (3), preceptúa el primer sistema con el aditamento de que el testador ha de declarar *expresamente* que nombra para tutor á tal persona, deudora de su hijo (arts. cits). El Código de Veracruz es la sola escepción de lo que decimos, aunque puede entenderse comprendida esa facultad del testador en la plenitud de las que le concede el art. 389 (núm. 193).

243. Este mismo Código y el del Estado de México mencionan (arts. cits., incisos 8 y 9 respectivamente) otra causa de incapacidad: la negligencia de los parientes del menor en dar noticia á quien corresponda sobre el caso de orfandad de aquel á la vacante de la tutela (núm. 110). Como la sanción que para tal negligencia establecen nuestros Códigos, es meramente pecuniaria, no es difícil comprender porque no hablan también de esta causa de incapacidad. Pero por de contado que ninguna de ambas penas tiene justa aplicación, sino cuando la persona de que se trate, ha sido dolosamente omisa en el cumplimiento del deber que se le impone, pues esto se desprende de la misma significación jurídica de la palabra *negligencia* usada por la ley.

244. Todos nuestros Códigos (arts. cits.) expresan que son también incapaces para el cargo de tutor los jueces y magistrados

(1) Guill. de Cunens, in l. cum eo, Dig. de pact.

(2) Bartolo, "in dict. auth. minoris."—Saliceto, "in l. in confirmando, Dig. de confirm. tutor. y in l. mater, Cod. de testam. tutel.

(3) Partida 6, tít. 16, l. 14—

del Tribunal Superior. Hay, sin embargo, entre aquellos una diferencia digna de notarse. Los Códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870 limitan dicha incapacidad al lugar ó lugares donde tales funcionarios ejerzan jurisdicción, si en ellos se hallan el menor ó sus bienes. De esto se infiere que esos mismos funcionarios pueden ser tutores en las demarcaciones mencionadas, de menores residentes y con bienes sitos fuera de ellas. Los Códigos de Veracruz y de Estado de México sólo consideran que la jurisdicción se ejerza en donde se hallan los bienes. Así un magistrado del Tribunal Superior de cualquiera de esos Estados puede ser tutor de un menor, residente allí mismo; pero cuyos bienes se encuentran en otra parte. El Código actual del Distrito Federal, de acuerdo con la Ley Orgánica de Tribunales, de 15 de Septiembre de 1880, proclama de una manera absoluta la incapacidad de que tratamos.

245. Todos nuestros Códigos igualmente declaran también que son incapaces para el ejercicio de la tutela los extranjeros que no estén domiciliados en las respectivas demarcaciones. Sólo el Código de Veracruz guarda silencio sobre el particular; pero consideramos que él á su vez debe ser interpretado en el sentido de los principios del Derecho internacional privado. La exclusión incondicional de los extranjeros del cargo de tutor remonta al antiguo derecho, en que por conceptuarse la tutela como cargo público (*munus publicum*), no podía ser ejercida sino por los ciudadanos (núm. 97). Este carácter de la tutela se ha perpetuado en gran parte de la doctrina y jurisprudencia modernas, fundándose en la idea de que ella se ejerce sobre los incapaces por excelencia, es decir, sobre los menores á quienes su edad, en otros términos, la naturaleza, hace incapaces y á quienes hay que educar para formarlos hombres (1). Siendo así, la tutela no puede ser desempeñada por extranjeros. Creemos con Laurent que, de prevalecer este sistema de razonamiento, no ha-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 340.—Dembombe, tom. VII, núm. 30.—Pothier, *Traité des personnes*, núm. 153.

bría acto jurídico alguno que no perteneciese al derecho público (1), pues toda ley, por privada que parezca á primera vista, se expide siempre en consideración á la mayor suma de bienestar que por ella pueda obtenerse en beneficio de la comunidad. Empero, si el razonamiento no es de aquellos que deben aceptarse de una manera absoluta y exclusiva, encierra un fondo de verdad innegable, aunque no sea sino porque, como lo proclama todavía el derecho moderno, la tutela es un cargo personal de que nadie puede excusarse sino por causas excepcionales, expresamente marcadas en la ley (núm. 109). Ahora bien ¿qué clase de cargo es ese que á tal grado obliga á su desempeño, que de él no pueden libertarse las personas designadas sino por excepción y en casos extraordinarios? No puede ser otra cosa que una obligación en cuyo cumplimiento están interesados algo más que los derechos aislados y particulares de ésta ó aquella persona, sino también las necesidades del orden social. Y así es en efecto; ciertos oficios, si bien tienen por objeto inmediato la gestión de intereses privados ó domésticos, resultan de orden público porque se ligan con la conservación de los patrimonios y con el gobierno de las familias, que son los elementos de la sociedad. Por este motivo, sin declararlos como pertenecientes sólo á los ciudadanos, debe reconocerse que no pueden ser desempeñados por extranjeros, fuera de determinadas condiciones que á los legisladores plazca establecer. "La tutela, enseña Brocher, es una institución que reviste un carácter mixto, al menos bajo cierto aspecto; pertenece al derecho civil en cuanto al fondo; pero interesa vivamente al orden público y á la magistratura que frecuentemente interviene en ella (2)." Durante largo tiempo la jurisprudencia francesa se ha rehusado á reconocer á los extranjeros el derecho de llenar las funciones de la tutela, fundándose sobre la consideración de que era una prerrogativa reservada á los ciudadanos y en que importaba una

(1) Laurent, *Droit civil international*, tom. 6, núm. 43.

(2) Brocher, *Droit international privé*, pág. 159.

función pública (*munus publicum*) (1). El requisito de la ciudadanía francesa era exagerado á tal extremo, que el tutor que cesaba de ser francés, se inhabilitaba para la tutela, pudiendo solamente ejecutar actos conservatorios en el interés del menor, hasta que se proveyese á su sustitución (2). Pero una sentencia de la Corte de Casación de 16 de Febrero de 1875 inicia una importante evolución en la jurisprudencia. "Atendido, dice este fallo, que la tutela y la curatela deferidas á los ascendientes *derivan*, como el poder paterno, *del derecho natural de protección y de vigilancia* que les pertenece sobre sus hijos y descendientes;— que no se encuentra en nuestras leyes ninguna disposición que excluya de estos cargos de familia á los padres ú otros ascendientes extranjeros;—que esta exclusión sería contraria á los intereses de los menores, para cuya defensa han sido establecidas la tutela y la curatela;—que ella atentaría, por otra parte, al principio de autoridad que sirve de base á la familia" (3). De estos principios los intérpretes han deducido la necesidad de formular una distinción á la cual corresponde el estado posterior de la jurisprudencia. Se considera la tutela como un *munus publicum*, cuando el extranjero de que se trata, no es pariente del pupilo; y como un deber de familia, común á los extranjeros y á los nacionales, si es confiada á parientes (4). En otros términos: un extranjero puede ser en Francia tutor del menor, aunque francés; pero ligados entre sí por lazos de parentesco; pero no puede serlo, si ambos son absolutamente extraños. La razón es que la exclusión del ascendiente, por ejemplo, del menor sería contraria á sus intereses, por la sola razón de ser aquél extranjero, y atentatoria al principio de autoridad que sirve de base á la familia (5).

(1) Arrêts: Bastia, 5 Juin 1838 (Sirey, 1838, 2, 439); Paris 21 Mars 1861 (Sirey 1861, 2, 209).

(2) Arrêts: Colmar, 25 Juill. 1817 (Fuzier-Herman, Codes annot., art. 11, núm. 21).

(3) Sirey, 1875, 1 193.

(4) Demante, Définition de la qualité de citoyen, pág. 17.—Weiss, Droit intern. págs. 346 á 361.

(5) Arrêts. Brieux 24 Janv. 1878 (Journ. du Droit intern. privé 1879, pág. 527); Versailles 1, Mai 1879.—(Id. 1879, pág. 397 y 1880, pág. 196).

Se ve pues que los lazos de familia, al menos, no han podido ser sacrificados á la consideración de la nacionalidad. Mas, á no dudarlo, tal no puede ser la respuesta definitiva á las exigencias del estado de continua comunicación entre sí que hoy guardan casi todos los pueblos. ¿Por qué privar al extranjero, si reúne todas las condiciones necesarias, del derecho de ser tutor aún de un menor extraño? Si se teme que la condición de extranjero sea un obstáculo para el buen desempeño de la tutela y la irreprochable gestión de los intereses, no debe perderse de vista que establecida la tutela principalmente en interés de los menores é incapaces (núm. 97), es la ley de estos la que debe regir todo lo que se refiere á su persona y á la administración de su patrimonio (1). No hay en consecuencia el menor motivo de peligro en orden á los seres cuyo interés moral y físico constituye el objeto de la tutela, porque ésta sea confiada á extranjeros.

Nuestro derecho nacional, anterior á la Constitución política de 5 de Febrero de 1857, tenía que ser conforme en la materia que nos ocupa, á la Legislación antigua española según la cual, seguramente el extranjero no podía ser tutor por la razón tradicional de considerarse la tutela como una función pública (2). Pero á partir de esa ley fundamental cuyo art. 33 otorga á los extranjeros todas las garantías de que trata el título primero de la misma, ó sea los derechos del hombre sin excepción alguna, puede decirse que estaba abolida para siempre la diferencia con los nacionales por razón de extranjería, aún en cuanto á la capacidad civil, pues es fuera de duda que esas garantías, como lo nota nuestro insigne jurisconsulto el Sr. Vallarta (3), no solo comprenden los derechos civiles, sino que son mucho más valiosas que ellos, ya que versan sobre la libertad de conciencia, de trabajo, de la prensa, la igualdad ante la ley, el fácil acceso á los tribunales, etc., etc. De aquí que todos nuestros Códigos,

(1) Fiore, Derecho internacional privado, tom. 2, núm. 468.

(2) Partida 6, tít. 16, l. 1. 4 y 7.

(3) Vallarta, Exposición de motivos de la ley sobre extranjería y naturalización, cap. 4.—Sentencia de la 1ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 18 de Julio de 1881 (El Foro, tom. 17, núm. 22).

con solo la excepción indicada al principio, hayan á una proclamado que los extranjeros pueden ser tutores, con tal de que estén domiciliados en el lugar en que han de ejercer el cargo, lo cual equivale á equipararlos con los nacionales en la capacidad para el ejercicio de ese importante derecho (arts. cit.).

Nada importa que el Código de Veracruz guarde silencio sobre esta materia, pues esto mismo demuestra que para el legislador veracruzano no había razón que justificase la exclusión de los extranjeros del derecho que nos ocupa. Fuera de esto la ley mexicana de 28 de Mayo de 1886 sobre *extranjería y naturalización* dispone en su art. 32 que las declaraciones del Código Civil sobre derechos civiles de los extranjeros tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión (1).

246. Esta misma ley declara (art. 33) que los extranjeros, sin perder su nacionalidad, pueden domiciliarse en la República para todos los efectos legales, debiendo la adquisición, cambio ó pérdida del domicilio registrarse por las leyes mexicanas (2).

247. A dos solas consideraciones da lugar, en cuanto á su aplicación, nuestra legislación en este punto. ¿El requisito de estar domiciliado que al extranjero se exige para poder ser tutor, es depresivo de los derechos civiles que nuestras leyes les conceden? Sin vacilar debe responderse negativamente, pues siendo del mayor interés para el Estado el más exacto cumplimiento por parte del tutor de los deberes que contrae en favor del pupilo, no se concibe que pueda serle indiferente que el primero viva transitoriamente en el lugar donde está obligado á ejercer sus funciones. Estas mismas, como lo demostraremos en su oportunidad, al comentar el capítulo sobre *desempeño de la tutela*, serían imposibles de cumplirse, ó al menos, muy defectuosamente desempeñadas, si el tutor no guardase la necesaria permanencia en el lugar donde viviese el pupilo y estuviese situada la mayor parte de sus bienes, pues por un lado la educación de éste no

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, (Adición).

(2) Véase el tomo 1 de esta obra, núms. 252 y 253.

sería bien atendida, y por el otro serían frustráneas todas las garantías establecidas para la más honrada gestión de sus negocios.

248. La capacidad que las leyes mexicanas reconocen á los extranjeros para la tutela subsiste, aún tratándose de los que pertenezcan á una nación donde igual derecho no se reconociera á nuestros compatriotas? La ley sobre *extranjería* antes citada, en sentir del más autorizado de sus intérpretes, no sigue en este punto el sistema de *reciprocidad diplomática* sino el de la *internacional*, pues por el art. 33 de dicha ley no se establece como en el 11 del Código Civil francés el principio: *quod quisque in alterum statuere ut ipse eodem jure utatur*, sino que se deja al legislador la facultad de reformar por medio de los tratados la igualdad de derechos civiles de nacionales y extranjeros, según que aquellos sean ó no considerados en otros países. La diferencia es digna de notarse en honor de nuestro derecho público, y nada creemos más oportuno para dar de ella una idea exacta que reproducir textualmente las palabras del juriconsulto mexicano antes citado, al motivar la legislación nuestra sobre esta materia: "El proyecto, dice el Sr. Vallarta, proclama el principio de que los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los mexicanos y esto independientemente de los pactos y de las disposiciones de las leyes extranjeras; y solo como una excepción establece que la ley federal puede restringir esos derechos, para proteger á los mexicanos residentes fuera de la República, contra las incapacidades decretadas á su perjuicio por el soberano extranjero, y para remover las injustas diferencias que él haga en contra de nuestros conciudadanos. Visto el artículo por esta faz, y es la que le corresponde y por la que debe verse, no hace más que sancionar una regla que la ley internacional reconoce en las naciones, para que juzguen al extranjero lo mismo que *el* juzga al nacional, aplicándole los mismos procedimientos, las mismas leyes que él aplica á éste. Planteadas la cuestión en este terreno, desaparecen muchas dificultades que la rodean. Porque mientras de la *reciprocidad internacional* usan todos los pueblos en defensa de sus derechos, la diplomá-

sica llega á extremos verdaderamente insostenibles, como lo es sin duda esta iniquidad que los jurisconsultos franceses se ven forzados á deducir del texto de su ley: "aunque un francés goce en país extranjero de tal ó cual derecho en virtud de ley local extranjera, no se entiende por ello que el extranjero pueda invocar por reciprocidad el mismo derecho en Francia, porque no puede depender de gobiernos extranjeros conceder á sus nacionales los derechos civiles franceses." Esta clase de reciprocidad es de seguro merecedora de todas las censuras de que ha sido objeto, porque ella pone trabas y hasta arma asechanzas en las relaciones amistosas que los pueblos deben tener; porque ella establece injustas diferencias entre naciones amigas; porque ella sujeta al extranjero á una condición incierta, puesto que, como lo confiesa un escritor francés "hay grande dificultad en demostrar en todos casos hasta dónde se extienden las concesiones de los tratados" (1). De tal manera insostenible es la teoría francesa sobre esta materia, que ella ha sido ya desconocida, negada en Francia misma en alguna de sus aplicaciones prácticas más importantes. Los arts. 726 y 912 de su Código fueron derogados por la ley de 14 de Julio de 1819, ley que prescinde, justo es decirlo, de la reciprocidad diplomática en materia de adquisiciones por testamento ó por donación entre vivos; pero ley, y esto no es necesario ni observarlo, que á pesar de sus términos amplios y generales, no coarta el derecho de la soberanía francesa para decretar la retorsión contra el país que en esas materias estableciere iníquas diferencias y en odio de los franceses en el extranjero. Francia, sin revivir esos artículos basados en la errónea teoría de la reciprocidad diplomática, muy bien y muy lícitamente emplearía la internacional, juzgando á los súbditos de ese país conforme al derecho excepcional que él estableciera para juzgar á los franceses."

De esa reciprocidad diplomática se ha dicho con plena razón "que ella está fundada en un principio falso, procediendo de la noción de que al otorgar los derechos civiles al extranje-

(1) Huc, Le Code civil italien et le Code Napoleon.

ro, el Estado no obtiene más ventajas que la de hacer reconocer la capacidad de sus súbditos para esos derechos en otros países. Pero el extranjero que trae un capital, una industria, ó su propia inteligencia al Estado en que se establece, compensa bien el beneficio que de él recibe. El agrega un miembro útil á la comunidad social, aunque no pertenezca á la política (1). Tal objeción presentada contra el sistema de hacer depender el goce de los derechos civiles del extranjero, de la condición de reciprocidad, es incontestable y acabará por prevalecer sobre ese sistema; pero ella, como se ve, no desconoce el derecho de protección que el Estado debe á sus súbditos en el extranjero; no niega el *jus retorsionis* que la ley internacional reserva en contra de la disposición infame del soberano extranjero. Entre el sistema que no concede al extranjero los derechos civiles, sino á título de reciprocidad, y el que los otorga plenos, y aun prescindiendo de este título, y que no apela á la retorsión sino como medida de rigor necesaria para resguardar los intereses nacionales, hay inmensa distancia; aquel basa *a priori* el otorgamiento de derechos en la circunstancia de reciprocidad; y éste la establece sólo *a posteriori*; para que los nacionales y los extranjeros queden de hecho equiparados, ya en el país, ya fuera de él; aquel se inspira en un sentimiento hostil hacia los extranjeros y éste se apoya en una regla de justicia para con los nacionales. El proyecto no consagra aquel sino éste sistema."

249. Siguiendo nuestros Códigos en la enumeración de las incapacidades para el cargo de tutor, mencionan la proveniente, ya de tener la persona de que se trata, responsabilidad pecuniaria actual, como *empleado de hacienda*, ya de haberla tenido, sin que haya sido cubierta. Es esta una reminiscencia de nuestro antiguo derecho patrio, según el cual se consideraban inhabilitados para las funciones de la tutela ó de la curatela todos aquellos que tuviesen sus bienes de alguna manera comprometidos *al Rey* (2). En este particular son conformes y terminantes

(1) Cockburn, pág. 182.

(2) Partida 6. tit. 16, l. 14.

todos nuestros códigos, pues según ellos no pueden ser tutores los empleados públicos de Hacienda, mientras no hayan sido independientes de la responsabilidad pecuniaria que en forma de caución se les exige. (arts. 430 inciso X del Código de Veracruz, 388 inciso XII del de Estado de México, 356, inciso XI del de Tlaxcala, 562 inciso id. del del Distrito Federal de 1870 y 462 inciso id. del actual). Es que el legislador, en su excesivo y siempre loable celo para velar por los intereses de los menores, ha querido evitar complicaciones de los derechos del Fisco con los de aquellos, atento sobre todo á que los primeros tendrán que ser las más veces preferidos á los segundos. Tal nos parece ser, á pesar de la diferencia de los términos, el espíritu que ha inspirado á nuestros legisladores.

250. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 490 y 491 del de 1870; 464 y 465 del actual) y el de Tlaxcala (arts. 315 y 316) establecen una causa particular de incapacidad para la tutela, y su justicia ó incontestable conveniencia se manifiestan por sí mismas. Nos referimos á que no pueden ser tutores de los dementes, idiotas, imbeciles y sordo-mudos los que hayan sido causa de cualquiera de estas desgracias, ni los que las hayan fomentado directa ó indirectamente en la persona del paciente. En efecto, si como lo veremos al tratar *del desempeño de la tutela*, una de las preferentes obligaciones del encargado de la de estos infelices, es atender con el mayor empeño á su curación, empleando en ella las rentas de los bienes y aún estos mismos, si aquellas no bastaran, se comprende con toda evidencia que no puedan ni deban ser tutores de los enfermos á que se refieren nuestros Códigos, las personas que por su conducta anterior denoten no estar animadas sino del propósito menos conforme para el cumplimiento de aquella importantísima obligación.

Pero si esto es evidente, no lo es tanto la mejor manera de llegar á demostrar, sin caer en la arbitrariedad y hasta en el absurdo, la relación de causalidad entre la demencia ó sus demás especies y lo que se pretenda haberlas causado. ¡Cuántos misterios reinan todavía en la ciencia acerca de la etiología de las en-

Tomo V.—P. 32

fermedades mentales, y cuán ocasionado á error tiene que ser, sobre todo, el juicio que se aventure en orden á las causas *indirectas* á que aluden nuestros Códigos! Reconocida, empero, la justicia de la prevención legal, solo el dictámen de peritos facultativos puede ayudar en esta materia tan delicada á los jueces.

251. El código actual del Distrito Federal (art. *cit.* inciso XII) ha agregado á la série de las incapacidades de que nos hemos venido ocupando, una indeterminada y pendiente para existir, de que leyes especiales la establezcan. Es una libertad otorgada al legislador del porvenir, que, no nos podemos resistir á declararlo, abre la puerta á la más funesta de las arbitrariedades: la de las leyes mismas. Ese código dice que son inhábiles para la tutela, aparte las incapacidades mencionadas, todas las personas á quienes *lo prohíba la ley*.

252. Más como puede suceder que, una vez entrada en el desempeño de la tutela, resulte indigna de continuar desempeñándola la persona responsable de ella, los códigos modernos, más filosóficos en este punto que las leyes antiguas, han establecido, siguiendo al de Napoleón (art. 444), que puede haber causas supervenientes que motiven la destitución del tutor. Largo y minucioso sería establecer un completo paralelismo entre este primer trabajo de codificación y el cuerpo de nuestras varias leyes civiles que lo han tomado por modelo. Digamos, sin embargo, que una idea ha dominado nuestra imitación: es á saber, la de que vuelvense inhábiles para continuar desempeñando la tutela todas aquellas personas cuya incapacidad se ha averiguado con posterioridad al discernimiento del cargo, en el sentido de las explicaciones anteriores. Pero, la mala conducta que justamente es mencionada por los legisladores antiguos y modernos, como causa precedente para la inhabilidad de la tutela, ¿no lo será para la destitución de la persona encargada de ésta, si sobreviene después del nombramiento? A no dudarlo que sí, pues la mira del legislador ha sido que la tutela aparez-

ca siempre, y con mayoría de razón, como la suplencia más perfecta posible de la patria potestad. Acerca de este punto bueno es tener presente que la mala conducta superveniente del tutor debe ser calificada soberanamente por el juez, ya respecto de la persona del menor, ora en orden á la administración de sus bienes.

253. Desde este punto de vista, é inspirándonos en nuestra experiencia jurídica, así como en las decisiones mejor motivadas de nuestros tribunales, debemos establecer que son indignos de continuar desempeñando la tutela todos aquellos que, ó no se afanan por atender la educación de los menores, ó les dan ejemplos perniciosos de obra ó de palabra, ó descuidan el más provechoso y fructífero empleo de sus intereses. Todas las circunstancias, la condición social del pupilo, su salud, la buena ó mala fe del tutor, etc., etc. deberán ser tomadas en cuenta para calificar, si hay ó no mérito suficiente, en el sentido de la ley, para la destitución del tutor (1).

254. En otra parte expusimos ampliamente que es causa de incapacidad precedente para el ejercicio de la tutela (núms. 236 y 237) la condenación anterior del pretendido tutor á la privación ó inhabilitación para ejercer ese cargo. Si, pues, ya ejerciendo una persona la tutela, llega á averiguarse que se encuentra en ese caso, claro es que, por aplicación del principio, conforme al cual son causas de remoción, una vez descubiertas, todas las de incapacidad, la que nos ocupa producirá el mismo efecto en los términos de la sentencia condenatoria de que se trate. Más, como simplemente procesado un tutor por cualquier delito, estaría materialmente impedido para el perfecto desempeño de su cargo, fuera de que no dejaría de irrogar tal situación algún perjuicio á la honorabilidad de la tutela, se ha pensado por algunos de nuestros legisladores en la conveniencia para el pupilo de suspender al tutor acusado, en el ejercicio de su

(1) Sentencia del Juzgado 6.º de lo civil del Distrito Federal de 24 de Mayo de 1876 (El Foro, tom. 6, núm. 105).—Id. del Juzgado 1.º de lo civil del Distrito Federal, de 29 de Octubre de 1878 (El Foro, tom. 11, núm. 90).

encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable en su favor, á reserva de que, absuelto, vuelva al desempeño de la tutela, recurriéndose entretanto á la tutela legítima ó dativa, según los casos (núms. 200 y 222). Tal es el texto de los arts. 565-566 del Código del Distrito Federal de 1870, 467-468 del actual, 359-360 del de Tlaxcala. Los Códigos de Veracruz y Estado de México nada dicen á este respecto, y de su silencio es de deducirse que, según ellos, el ejercicio de la tutela continúa, aun estando procesado y en la cárcel el tutor.

255. Es también causa para la remoción del tutor, que no hubiera caucionado su manejo, conforme después lo explicaremos (núm. 230); ó qué, sin respeto al impedimento para el matrimonio de que hemos hablado en otra parte (núm. 234), lo hubiera contraído con su pupila (arts. 389 del Código de Estado de México, 431 del de Veracruz, 357 del de Tlaxcala, 563 del del Distrito Federal de 1870 y 463 del actual).

256. Los Códigos de Veracruz (art. 398) y de Estado de México (art. 357) siguiendo al Francés (art. 421) mencionan otra causa de remoción del tutor, es á saber, su negligencia en promover la convocación del consejo de familia para el nombramiento de protutor (núm. 224).

257. No basta, sin embargo, haber establecido las causas que motivan la remoción del tutor, pues se necesita determinar la manera de llevar á cabo, sin peligro de dudas y arbitrariedades, esa medida que hace necesaria en ciertas circunstancias el interés mismo de los pupilos. ¿Habrà ella de ejecutarse por simple acuerdo privado entre las personas interesadas, ó será necesario que todo sea efecto de sentencia judicial? Lo primero sería exponer asunto tan trascendental como los bienes físicos y morales de los menores, no menos que los intereses de las personas extrañas que con el tutor de aquellos hubiesen contraído obligaciones ó adquirido derechos, á las inseguridades y no poco frecuentes injusticias de los convenios entre particulares. Lo segundo lo reclama el carácter de interés público que no

puede menos que revestir la tutela, atenta ya no tan sólo la conveniencia de los menores de edad, que pueden mañana convertirse en miembros activos del Estado, sino también la justicia que es de asegurarse á todos los que han podido celebrar contratos con los legítimos representantes de aquellos (núm. 97). En este sentido y no en el otro se ha pensado, desde antiguo, que al que tiene curador no se le da otro, so pena de ser nulos y de ningún efecto todos los actos practicados por este, antes de la legal remoción de aquél (1); y lo mismo, si bien siguiendo diverso sistema, preceptúan los Códigos modernos, como es de verse en los arts. 446, 447, 448 y 449 del Código de Napoleón; 390 del de Estado de México; 432 del de Veracruz; 564 del del Distrito Federal de 1870; 466 del actual y 358 del de Tlaxcala. Según los tres primeros es el consejo de familia convocado por el protutor, ó de oficio por el Juez de Paz, quien pronuncia la destitución del tutor, sobre motivos fundados y mediante audiencia del tutor mismo. Este tiene los recursos legales en contra de la decisión que le sea adversa. Según los otros Códigos la separación del tutor debe hacerse siempre con su audiencia y por sentencia judicial, después de juicio ordinario.

CAPITULO IX.

Art. 469. Pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase:

I Los empleados y funcionarios públicos.

II Los militares en servicio activo.

III Los que tengan bajo su patria potestad tres ó más descendientes legítimos.

IV Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.

V Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente á la tutela.

(1) Partida 6, tit. 16, l. 13.—Sentencia de los Juzgados 1º y 2º de Letras, de Guanajuato, de 28 de Noviembre de 1853 (Gacet. de Trib., tom. 3º, pág. 283).

VI *Los que tengan sesenta años cumplidos.*

VII *El que tenga á su cargo otra tutela ó curaduría.*

Art. 470 *El que teniendo excusa legítima para ser tutor, acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho á la excusa que le concede la ley.*

Art. 471 *Los impedimentos y excusas para la tutela deben proponerse ante el juez competente.*

Art. 472 *El tutor debe proponer sus impedimentos ó excusas dentro de diez días después de sabido el nombramiento; disfrutando un día más por cada veinte kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.*

Art. 473 *Cuando el impedimento ó la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos señalados en el artículo anterior correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento ó la causa legal de la excusa.*

Art. 474 *Por el lapso de los términos se entiende renunciada la excusa.*

Art. 475 *Si el tutor tuviere dos ó más excusas, las propondrá simultáneamente dentro del plazo; y si propone una sola, se tendrán por renunciadas las demás.*

Art. 476 *Durante el juicio de impedimento ó de excusa, el juez nombrará un tutor interino con los requisitos legales.*

Art. 477 *El tutor testamentario que se excusare de la tutela, perderá todo derecho á lo que le hubiere dejado el testador.*

Art. 478 *El tutor de cualquiera clase que, sin excusa, ó desechada la que hubiere propuesto, no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al menor que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al menor. En igual pena incurre la persona á quien corresponda la tutela legítima, si legalmente citada no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.*

Art. 479 *Muerto un tutor que esté administrando la tutela, sus herederos ó ejecutores testamentarios están obligados á dar.*

aviso al juez, quien proberá inmediatamente al menor del tutor que corresponda según la ley.

SECCION IX

ANTIGUO DERECHO.

258. No solo las *incapacidades* de que hemos hablado en la sección anterior, sino también las *excusas* bastan á eximir del cargo de tutor. Si las primeras constituyen motivos que obligan á no entrar al desempeño de la tutela, en cambio las segundas dan derecho á no aceptarla, con fundamento de consideraciones meramente personales de aquél que fuera designado para ejercerla. Motivan también las excusas razones de interés público, el cual se vería sacrificado, si quien lo sirve ó representa, debiese encargarse además del lleno de las obligaciones tutelares. La palabra *excusas* es técnica y antigua en la ciencia del derecho. La encontramos en el Digesto Romano y en las Institutas de Justiniano. Según Ulpiano primitivamente podía el tutor testamentario renunciar la tutela por su sola voluntad (1). El tutor dativo tenía también esa facultad, con tal de que designase un pariente más próximo, que llenara las condiciones necesarias para el desempeño de la tutela (2). Solo el tutor legítimo estaba obligado á aceptar el cargo, salvo que tuviese una causa justa de excusa (3). Esta última prescripción se generaliza en el derecho imperial, haciéndose extensiva á todas las clases de tutela, lo cual se desprende de los términos absolutos de la Instituta Justiniana (4). Desde entonces, fuera de la madre y la abuela que libremente podían rehusar la tutela (5), todo hombre estaba obligado á aceptarla, menos cuando se encontrase en el caso de excusa legítima. ¿Cuáles son éstas excusas? Encontramos que son las siguientes: 1.º tener

(1) Ulpiano, Regular. tit. 11, § 17.

(2) Vatic. fragm. 157.

(3) Ulpiano, Regular. tit. 11, §§ 8 y 17.

(4) Inst de Just. lib. 1, tit 25, pro. init.

(5) Novellæ 94, cap. 1, y 118, cap. 5.

tres hijos legítimos en Roma, cuatro en Italia, ó cinco en las Provincias (1); 2.º estar encargado de una, de dos ó de tres tutelas ó curatelas, atenta su importancia (2); 3.º ser funcionario público, ausentarse por causa de servicio público, y en éste segundo caso se gozaba de un año de vacaciones después de la vuelta, debiéndose nombrar entretanto un curador (3); 4.º haber alcanzado la edad de setenta años (4); 5.º estar domiciliado en otra provincia que el pupilo (5); si el tutor está domiciliado en la misma provincia que el pupilo, podía rehusar la administración de los bienes situados en otra (6); se podía nombrar entonces para estos bienes un segundo tutor (7); 6.º necesitar del propio tiempo para proveer á la subsistencia (8); 7.º ser persona iletrada ó enferma, cuando una ú otra cosa hiciese difícil el ejercicio de la tutela (9).

En general, ninguna de estas causas de exousa, si sobreviviera, aceptada ya la tutela, autorizaba para separarse de su ejercicio (10). Sólo eran excepciones de esto, la ausencia por causa de utilidad pública, que excusaba de la tutela durante el tiempo de aquella (11), á reserva de continuar después del regreso, y la pobreza ó una enfermedad que impidieran la continuación en el ejercicio del cargo (12).

Nuestro antiguo Derecho patrio, menos metódico en esta materia que el Romano, pues confunde las excusas con las incapacidades, menciona las siguientes con el primer carácter: 1.º Tener cinco *hijos naturales* e legítimos vivos. Si alguno de estos hubiera muerto en servicio *de Dios e del Rey*, se contaba entre

(1) Inst. de Just. loc. cit.

(2) Dig. lib. 27, tit. 1, l. 3.

(3) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §3—id. id. §2—Dig. lib. 27 tit. 1, l. 10.

(4) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25 § 13.

(5) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 46.

(6) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 10, § 4.

(7) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 21, § 2.

(8) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 16.

(9) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §§ 7 y 8.

(10) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 2—Dig. lib. 27, tit. 1, l. 2, § 8.

(11) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 2.

(12) Dig. lib. 27, tit. 1, l. 40.

los segundos (1); 2ª ser recaudador de rentas reales, su mensajero ó ministro ejecutor de la justicia. La superveniencia de esta causa no servía de excusa (2); 3ª ser militar; 4ª un litigio posterior; 5ª estar encargado de tres tutelas (3); 6ª ser excesivamente pobre; 7ª la ignorancia hasta no saber leer ni escribir; 8ª la enemistad capital anterior con el padre del pupilo; 9ª ser mayor de setenta años, como menor de veinte; 10ª ser maestro ó profesor de humanidades (4); 11ª ser tutor de un menor desde antes de que tuviera catorce años y continuar hasta cumplida esta edad; 12ª ser marido de la pupila menor de edad. Esta última excusa fué derogada por una ley recopilada (5); y 13ª no haber cumplido los cuatro primeros años de su matrimonio (6).

259. ¿De qué modo y en qué tiempo deben ser propuestas las excusas? La semejanza de ambos derechos romano y patrio, brilla con toda luz, sobre esta materia. El que se quería excusar, debía demostrar, por medio de información sumaria, de que se corría traslado al curador *ad litem*, hallarse en el caso de la excusa; la sentencia que ponía fin al litigio, debía ser pronunciada á los cuatro meses y era apelable. . . . *peragendo enim negotio, ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt* (7). Las excusas debían ser propuestas dentro de cincuenta días, á contar desde aquel en que se supo el nombramiento de tutor, si el nombrado estaba en el mismo lugar ó en otro ménos dis-

(1). Partida 6, tít. 17, l. 2.

(2). Partida id. tít. id. l. id.

(3). Gutiérrez Fernández, *Cód. Esp.*, tom. 1, pág. 781.—Vinió, *ad Inst.* lib. 1, tít. 25, §

(4). Partida 6, tít. 17, l. 3.—Lo mismo se prescribía en el antiguo derecho Francés (Pothier, *des person.* part 1, tít. 4, sect. 6, art. 2.—Merlin, *Rep.* "Tutelle" sect. 4.)

(5). *Nov. Recop.* lib. 10, tít. 2, l. 7.

(6). *Nov. Recop.* lib. id, tít. id, l. id.—Sala de Dublán, y L. Mendez, lib. 1, tít. 7, núm. 29.

(7). *Dig.* lib. 27, tít. 1, l. 38.

tante de cien millas. A mayor distancia se gozaba de treinta y un días por cada veinte millas (1). La alegación de una excusa, si se tenían varias, no impedía hacer valer las otras en los plazos fijados (2).

DERECHO MODERNO.

260. El Código de Napoleon consagra desde el art. 427 hasta el 441 á la presente materia. Según estos textos quedan dispensados de la tutela los mariscales de Francia, los senadores, los diputados, los consejeros de Estado y los almirantes (3). Por un decreto del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 1806 se estableció, que podían también excusarse de ser tutores los eclesiásticos de toda especie; por ley de 16 de Septiembre de 1807 (art. 7) se dispuso que la Corte de Cuentas gozaba de las mismas prerogativas que la Corte de Casación. Los presidentes y consejeros de ésta, el Procurador general y los abogados generales en la misma Corte; los prefectos y en general todos los Ciudadanos que ejercen una función pública en otro departamento que aquel en que la tutela se establece, pueden también excusarse de la tutela. Igualmente pueden ser dispensados de ella los militares en activo servicio y en general todos los que llenen, fuera del territorio de la República, una misión del Gobierno. Si cualquiera de las personas excusables ha aceptado la tutela posteriormente á la causa de la excusa, no puede ya hacerla valer.—Al contrario, si la causa de la excusa es posterior á la aceptación de la tutela, el encargado de ella podrá, si lo quiere, hacer convocar dentro de un mes un consejo de familia, quien deberá reemplazarlo. Terminado el impedimento, puede el tutor reclamar de nuevo la tutela.—Nadie está

(1). Partida 6^a, tit. 17, l. 4.—*Inst. de Just.* lib. 1, tit. 2, § 16.

(2). *Inst. de Just.* lib. 1, tit. 25, § 16.

(3). Auvry et Rau, tom. 1, pag. 422, § 107.

obligado á aceptar la tutela sino en el caso en que no existan, en el espacio de cuatro miriámetros, parientes ó afines del pupilo, capaces de desempeñar aquella.—Pueden también rehusarse á ser tutores los que hayan cumplido sesenta y cinco años. Los que cumpliesen setenta ya en desempeño de ella, pueden igualmente descargarse de su ejercicio.—Los enfermos graves, ya lo sean desde ántes, ya se vuelvan despues de la aceptación de la tutela, son dispensados de ella.—Dos tutelas son para cualquiera persona justa causa de dispensa en orden á una tercera. Pero si se es esposo ó padre, y se está ya encargado de una tutela, se puede rehusar una segunda, con tal de que no sea de los propios hijos.—Cinco hijos legítimos bastan á dispensar de cualquiera otra tutela. Como en nuestro antiguo derecho patrio, los hijos muertos en servicio de la República se consideran vivos para la dispensa; pero también se opera la misma ficción, aun tratándose de hijos muertos en otras circunstancias, con tal de que hayan dejado hijos actualmente vivos.—La superveniencia de hijos durante la tutela no autoriza la dispensa.—Si el tutor nombrado está presente cuando la deliberación del consejo de familia que le defiere el cargo, debe inmediatamente proponer la excusa, so pena de perder todo derecho.—Si no está presente, debe convocar, en el plazo de tres días, á contar desde la notificación de su nombramiento, al consejo de familia para que delibere sobre las excusas. Ese plazo se aumenta en un día por cada tres miriámetros de distancia entre el lugar del domicilio del tutor nombrado y el del discernimiento de la tutela; si uno ú otro plazo trascorre, sin que el tutor proponga sus excusas, vuélvense éstas inaceptables.—Rechazadas por el consejo de familia, el tutor puede apelar á los tribunales, estando obligado á administrar, entre tanto, provisionalmente.

261. Nuestro derecho nacional es fiel reproducción de lo

que hemos dicho, salvo las modificaciones que procuraremos exponer. En primer lugar se declara que pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase los *empleados y funcionarios públicos* (arts. 433 del Código de Veracruz, 391 del de Estado de México; 361 del de Tlaxcala; 567 del del Distrito Federal de 1870 y 469 del actual.) La frase merece explicarse: ¿cuáles son esos empleados y funcionarios públicos? Los códigos de Veracruz y Estado de México se refieren á funcionarios de la Federación; pero hablan también de los del Estado. El código de Tlaxcala, lo mismo que el del Distrito Federal de 1870, se refiere á los empleados *superiores*. ¿Será preciso que asuman esta cualidad los funcionarios de que se trata, para excusarse de ser tutores? Creemos que, de ser fieles al texto legal, hay que decir que, según unos códigos, lo pueden los empleados federales de cualquiera categoría que sean, y los que lo sean del Estado, por más humildes que sean sus funciones. Es absurdo que pueda excusarse de ser tutor el simple escribiente de una oficina administrativa del Estado de México; mas tal es la genuina interpretación legal. El código de Tlaxcala habla de empleados *superiores*; todos lo son á la cabeza de la oficina que gobiernan. ¿Por qué podría excusarse de ser tutor el Secretario de una Jefatura Política de distrito? Nuestro código actual del Distrito Federal concede la facultad de excusarse sin distinción alguna, á todos los *empleados y funcionarios públicos*.

262. En segundo lugar, pueden excusarse de ser tutores los *militares en servicio activo*. En tercer lugar, gozan de esa facultad los que tengan bajo su patria potestad *cinco descendientes legítimos*. El código que comentamos dice: tres ó mas descendientes legítimos.—No comprendemos porque se exige que los hijos sean legítimos. ¿Acáso los hijos naturales reconocidos no demandan atención que puede ser incompatible con la tutela?

En este punto era más previsor nuestro antiguo derecho patrio (núm. 258).

263. En cuarto lugar se menciona, como motivo para excusarse, la pobreza, siendo tan extremada que no permita atender á la tutela sin menoscabo de la propia subsistencia. Como el tutor debe prestar garantía, según explicaremos después, para asegurar su manejo, y tiene, por otra parte, una remuneración por su trabajo, no comprendemos porque su simple condición de pobre haya podido ser prevista por el legislador en calidad de motivo de excusa. Creemos que ha de ser muy raro el ejercicio de tal facultad por esta causa. También pueden excusarse los enfermos habituales y los ignorantes que no sepan leer ni escribir, cuando por una ú otra causa no puedan prestar la debida atención á la tutela.

264. La edad de más de sesenta años autoriza también para excusarse de la tutela; como el tener á cargo otra tutela ó curaduría.

265. Algunos de nuestros códigos agregan otra causa de excusa; residir en lugar distinto del domicilio del menor ó de donde esté la mayor parte de sus bienes. El código del Estado de México dice también: *ejercer cargo público á mas de cinco leguas de uno ú otro lugar.*

266. Todos nuestros códigos mencionan otra causa de excusa; pero sólo valedera para la tutela testamentaria ó dativa de los dementes, idiotas, imbeciles ó sordo mudos: el trascurso de diez años de ejercicio de ella, con tal de que el tutor no sea cónyuge, hijo ó ascendiente del incapacitado, pues en cualquiera de estos casos la tutela debe durar todo el tiempo que dure la interdicción. (arts. 558 del Código de Veracruz; 510 del de Estado de México; 362 del de Tlaxcala; 508 y 509 del del Distrito Federal de 1870; 418 del actual). La razón de esta disposición se comprende con sólo atender á que la carga de la tute-

la de los enajenados no puede ser siempre exigible sino á aquellas personas que la naturaleza misma parece haber señalado, para que la sobrelleven todo el tiempo que sea necesario. Pero esto no quiere decir, que esas mismas personas no puedan invocar los otros motivos de excusa que son de derecho común. Id. es el texto del art. 508 francés. (1).

267. En cuanto al modo y tiempo de proponer esas excusas, es de lamentarse la poca uniformidad de nuestra legislación civil. Los códigos de Veracruz (art. 435) y de Estado de México (art. 393), naturalmente previenen que las excusas se propongan ante el consejo de familia, dentro de diez días de sabido el nombramiento de tutor, y un día más por cada cinco leguas que medien entre el domicilio del nombrado y el lugar de la reunión del consejo (arts. 436 del primero de dichos códigos y 394 del segundo). Si éste desecha las excusas, tiene el interesado derecho á ocurrir, dentro de otros diez días, al Juez de 1ª Instancia, quien decide, con audiencia del consejo, y en contra de la decisión, no cabe más recurso que el de responsabilidad (arts. 437 del primero y 395 del segundo). Los códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala (arts. 569 y 570 del de 1870; 471 y 472 del actual; 364 y 365 del último), establecen, para recibir las excusas, la competencia del Juez del domicilio del menor; los primeros conceden el mismo plazo que los códigos de Veracruz y Estado de México; el segundo fija solamente seis días, disfrutándose de un día más por cada veinte kilómetros.

268 No comprendemos porque el código del Estado de México clasifica las excusas (art. 393), en *necesarias y voluntarias*. ¿Cuáles son las primeras que no tengan la cualidad de las segundas?

269. ¿Qué sucede cuando el motivo de excusa sobreviene,

[1]. Laurent, tom. 5, núm. 293.

después de admitida la tutela? Todos nuestros códigos declaran que, entonces, los términos señalados corren desde el día en que el tutor conozca el impedimento ó causa legal de la excusa.

270. ¿Puede entenderse tácitamente renunciada la excusa? Sí, en tres casos: I, por el lapso de los términos sin proponerla; II, cuando teniendo el tutor nombrado varias excusas, propone una sola, pues se entienden renunciadas las demás; y III cuando el tutor que tiene excusa legítima para no serlo, acepta la tutela (arts. 434, 436 del código de Veracruz; 392 y 393 del de Estado de México; 363, 367 y 368 del de Tlaxcala; 568, 572 y 573 del del Distrito Federal de 1870; 470, 474 y 475 del actual).

271. No están conformes nuestros Códigos sobre si la tutela dura ó no á cargo de la misma persona, mientras se ventila en el juicio correspondiente la procedencia de la excusa ó excusas. El antiguo derecho era terminante acerca de este punto en sentido negativo. Una ley del Digesto dice: *Tutor pupillo datus si prorocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.* (1) El Código de Napoleón se separó de este principio, pues en Francia el tutor continúa siéndolo, aun después de provocados la excusa ó el impedimento, y hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria (2). De nuestros Códigos, los del Distrito Federal (arts. 574 del de 1870; 870 y 476 del actual), y el de Tlaxcala (art. 369), son fieles al sistema romano, mientras los de Estado de México (art. 396) y de Veracruz (art. 438) declaran que, durante el juicio de excusa, el que la proponga

[1] Dig. lib. 49, tit. 1, l. 17, § 1.

[2] Demante, tom. 2, pág. 269, núm. 201 bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 507.—Laurent, tom. 4, núm. 529.

está obligado á ejercer su cargo, agregando que si no lo hiciere, el consejo de familia nombrará otra persona que lo sustituya, quedando el primero responsable de la gestión del sustituto, si la excusa fuere desechada.

272. Todos nuestros Códigos (arts. 439 del de Veracruz, 397 del de Estado de México, 371 del de Tlaxcala, 576 del del Distrito Federal de 1870 y 478 del actual), sancionan la obligación que al tutor incumbe de entrar, sin pérdida de tiempo, al desempeño de la tutela, así como la de ser probo en la presentación de excusas, sea en cuanto á la verdad del hecho que puede motivarlas, sea en orden á su procedencia legal. La sanción establecida es doble, pues por un lado consiste en la pérdida del derecho para heredar al menor *abintestato* y por el otro, en la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios que al mismo hayan sobrevenido por una ú otra de las faltas indicadas. Esta misma prescripción la repiten algunos de nuestros códigos al hablar de la sucesión legítima (arts. 1,095 del Código de Veracruz y 1,013 del de Estado de México). Ningún antecedente encontramos de la primera de estas sanciones en el antiguo derecho, ni en el francés, pues aquel se limita al tutor testamentario; pero sí de la segunda, respecto de la cual leemos en el digesto: *Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit; heres ejus postea victus præteriti temporis periculum præstavit, quia non videtur levis culpa, contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detractare.* (1) El Código de Napoleón (art. 440), declara solo que el tutor que sucumbe en el juicio de excusas, debe ser condenado en las costas.

273. El código actual del Distrito Federal ha reformado el de 1870, agregando, (art. cit.) que: "en igual pena incurre la persona á quien corresponda la tutela legítima, si legalmente

[1] *Dig.* lib. 26, tit. 7, l. 89 § 6.— *Cód.* lib. 5, tit. 63. l.

citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz."

274. Si respecto de la pérdida del derecho de suceder *abintestato*, nada se encuentra en la antigua legislación en orden al tutor, que sin excusa deje de entrar al desempeño de la tutela, ó para el caso en que la excusa propuesta resulte desechada, no sucede lo mismo tratándose del tutor testamentario y de la sucesión *ex testamento*. En todo tiempo, las leyes han sido severísimas para aquel que voluntariamente falta á la confianza del testador, quien, es de suponerse, en tanto lo favoreció con su liberalidad, en cuanto esperaba no verse desagradecido de aquella, después de su muerte. *Amittere id*, dice una ley romana, *quod testamento meruit et eum placuit, qui, tutor datus excusavit se a tutela* (1). Nada expreso se encuentra á este respecto en el derecho francés, al contrario de lo que sucede en el nuestro, según el cual "el tutor testamentario que se excusare, pierde todo derecho á lo que le hubiere dejado el testador (arts. 398 del Código del Estado de México, 440 del de Veracruz, 370 del de Tlaxcala, 575 del del Distrito Federal de 1870 y 477 del actual.)" El propio precepto se halla repetido en el título de los mismos Códigos sobre *capacidad para adquirir por testamento*, con las siguientes diferencias: el Código del Estado de México (art. 857) dice á la letra: "pierden todo derecho á lo que se les hubiere dejado en testamento, el tutor testamentario y el albacea que se excusen de admitir sus respectivos encargos, ó que sean removidos por sospechosos después de haberlos admitido"; el Código de Veracruz (art. 931) no habla del tutor testamentario removido. Estas, al parecer, sencillas declaraciones dan con todo margen á algunas dudas. ¿Cualquiera excusa, aun la más justa y procedente, para el ejer-

(1). Dig. lib. 34. tit. 9 l. 5 § 2.

cicio de la tutela, basta á volver indigno de la herencia al tutor testamentario? Si la excusa, por improcedente, es desechada entrando por lo mismo en definitiva el tutor nombrado al desempeño de la tutela ¿habrá con todo de subsistir la indignidad del tutor testamentario para la herencia? Para ninguna de estas cuestiones dan respuesta los textos de los códigos que acabamos de trascribir, aunque, dado el modelo en que estas legislaciones se inspiraron más directamente, y que no es otro que el proyecto de un código civil español por el Sr. Gollaña (1), debemos creer que la mente de los legisladores fué referirse al caso de excusa que hubiera prosperado, no quedando en el rango de meramente propuesta. En cuanto á la primera cuestión, la duda es mayor, pues hay que reconocer cómo una razón de incontestable justicia y no la mera conveniencia privada de los tutores, inspiró en todo tiempo á los legisladores para mencionar las excusas aceptables. Si á esto se agrega lo que ya hicimos notar poco há (núm. 268), es á saber, que uno de estos códigos clasifica las excusas en *necesarias* y *voluntarias*, habrá que convenir en que casi merece el nombre de una celada eso de ofrecer un derecho cuyo ejercicio se convierte despues en motivo para la indignidad hereditaria.

275. Los Códigos del Distrito Federal de 1870 (arts. 3446—3447) y el de Tlaxcala (arts. 2742—2743) aclaran estas dudas, pues según ellos son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, hayan rehusado *sin justa causa* el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio. Estos mismos textos agregan que esa incapacidad hereditaria no alcanza á los herederos forzosos en su porción legítima, ni á los que, *desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo*.—Por manera que, en primer lugar se ne-

(1) Art. 618.

cesita que la causa de la excusa sea *justa*, y por esto deben entenderse todas las excusas que la ley acepta, y en segundo lugar, es preciso que la excusa no haya sido desechada por el juez. Así podemos declarar que las dudas indicadas quedan desvanecidas. Empero no podemos menos que notar, ó defectos ó redundancias en la redacción de esos textos, pues una de dos: si la causa de la excusa es justa, debemos creer que será aceptada por el juez, sin que pertenezca al legislador basar sobre la posibilidad de que no lo sea, la sanción de la incapacidad hereditaria para el tutor; si la excusa es injusta, habrá de ser siempre desechada por el juez, bastando esto solo para que no quede sino un caso posible de incapacidad hereditaria: aquel en que el tutor en tales circunstancias, de hecho, no desempeñe la tutela.

276. El código actual del Distrito Federal (arts. 3309-3310) repite los mismos conceptos, con la sola diferencia de que no habla del respeto debido á la porción legítima de los herederos forzosos, pues no los reconoce. Volveremos á hablar sobre esta materia al comentar el libro de *Sucesiones*.

277. Sobre los arts. 372 del Código de Tlaxcala, 577 del del Distrito Federal de 1870, 479 del actual, 399 del de Estado de México y 441 del de Veracruz, véase lo que hemos dicho en otra parte (núm. 110).

278. ¿Puede haber otras excusas que las señaladas en la ley? El punto es muy controvertido entre los autores franceses. Vallette enseña: que la ley no ha entendido enumerar las causas de excusa en un sentido absolutamente limitativo, sino solo indicar aquellas que el consejo de familia y los tribunales no pueden negarse á tomar en consideración, cuando están justificadas; que en cuanto á las excusas no comprendidas en esta enumeración de la ley, se podrá alejarlas ó admitirlas, según

las circunstancias (1). Creemos, sin embargo de tan respetables autoridades, que la tésis contraria es más conforme á la naturaleza de la tutela y al carácter de las excusas. Estas, en efecto, no son sino excepciones del principio conforme al cual la tutela, por interesar en el más alto grado á la sociedad y á las familias, constituye una verdadera función pública, obligatoria para los ciudadanos (núms. 97 y 109). ¿Cómo entonces poderse entender, fuera de los límites trazados por la ley, las restricciones de ese principio? En nuestro derecho, la resolución nos parece indisecable.

279. Desaparecida la causa de la excusa ¿debe, ó solamente puede el antiguo tutor volver á la tutela? Ni lo uno ni lo otro, en rigor, según algunos Códigos, que guardan absoluto silencio sobre esta cuestión (Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala); pero lo primero está expresamente mandado por los Códigos de Veracruz (art. 433) y de Estado de México (art. 391) en el sentido de que puede el consejo de familia *compeler* á los excusados, luego que cese la causa de la excusa, á encargarse de nuevo de la tutela ó protutela. Es una imitación del derecho francés (2), y una clara reminiscencia del antiguo español (3).

(1) Valette *sur Proudhon* tom. 2, pág. 240.—Marcadé *sur l'art 141—Massé et Vergé sur Zachariæ* tom. 1, pág. 240.—Demante, tom. 2, núm. 186, bis II. Delvincourt, tom. 1, pág. 114, note 3.—*Contra*: Demolombe, tom. 7, núm. 448.—Laurent, tom. 4, núm. 508.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 493.

(3) *Partida* 6. tit. 17, l. 2.

CAPITULO X

DE LA GARANTIA QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES PARA ASEGURAR SU MANEJO.

Art. 480. El tutor antes de que se le discierna el cargo prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:

I. En hipoteca:

II. En fianza.

Art. 481. No se admitirá la fianza, sino cuando el tutor tenga bienes en que constituir la hipoteca.

Art. 482. Cuando los que tenga no alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca, parte en fianza, ó solo en fianza, á juicio del juez y previa audiencia del curador.

Art. 483. La hipoteca, y á su vez la fianza se darán:

I. Por el importe de las rentas que deban producir los

bienes raíces en dos años y los réditos de los capitales impuestos, durante el mismo tiempo:

II. Por el de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas.

III. Por el de los productos de las mismas fincas en dos años, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio, á elección del juez:

IV. Por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma, ó á juicio de peritos.

Art. 484. Si los bienes del menor enumerados en el artículo que precede, aumentan ó disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse ó disminuirse proporcionalmente la hipoteca y la fianza, á pedimento del tutor, del curador ó del Ministerio público.

Art. 485. Si el tutor dentro de tres meses después de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el art. 483, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

Art. 486. Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos de administración, que los que le sean expresamente determinados por el juez y siempre con intervención del curador.

Art. 487. Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador:

II. Los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y solo tenga créditos ó derechos litigiosos:

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes; salvo lo dispuesto en el art. 490.

IV. Los que recojan á un expósito, y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Art. 488. Los comprendidos en la fracción primera del artículo anterior, solo estarán obligados á dar garantía cuando con posterioridad á su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador, que haga necesaria aquella, á juicio del juez y previa audiencia del curador.

Art. 489. En el caso de la fracción II del art. 487, luego que se realicen algunos créditos ó derechos, ó se recobren los bienes, aun cuando sea en parte, estará obligado el tutor á dar la garantía correspondiente. El curador vigilará, bajo su más estrecha responsabilidad, el cumplimiento de este artículo.

Art. 490. Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes ó en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia del curador, lo crea conveniente.

Art. 491. Siempre que el tutor sea también coheredero del incapaz, y éste no tenga más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra hipoteca que la de su misma porción hereditaria; á no ser que esta porción no iguale á una mitad de la del incapaz, en cuyo caso se integrará la garantía con hipoteca de bienes propios del tutor ó con fianza.

Art. 492. Al presentar el tutor su cuenta anual, el curador debe promover información de supervivencia é idoneidad de los fiadores dados por aquel. También podrá promover esta información siempre que la estime conveniente. El Ministerio público tiene igual facultad, y aun el juez puede de oficio exigir la información. En todo caso será citado para ella el Ministerio público.

Art. 493. Es también obligación del curador vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere, para que, si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otras los intereses que administre.

Art. 494. Siendo varios los incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores, solo se exigirá á cada uno de ellos la hipoteca ó fianza por la parte que corresponda á su representado.

SECCION X.

ANTIGUO DERECHO.

250. Función pública, como era la tutela en el derecho romano (núm. 97), é interesados de consuno en su acertado desempeño tanto el Estado como los particulares, frente á quienes los menores ó incapaces no podían vivir aislados en el seno de la sociedad, muy natural era que desde entonces se pensase en resguardar esa representación tan importante y trascendental contra los abusos y la mala versación de los caudales confiados á las personas que de ellos están encargadas. Así, el tutor debía, antes de entrar en funciones, prestar juramento de bien administrar, ni más ni menos que si se tratara de un cargo público, pues á tanto, como á invocar el nombre de Dios, se había creído necesario llegar para garantía de la honrada administración tutelar: *tunc*, dice una constitución del emperador Justino, *necessitatis ratio nos etiam ad hoc vocat, ut curatores respicientes ad Deum, ita faciant gubernationem tanquam in suis rebus. Etenim volumus dum celebratur decretum quod tradit coram ei qui ad eam accedit, etiam iusjurandum eum dicere sacrosanta Dei Evangelia tangentem: quia per omnem pergens viam, utilitatem adolescentis aget, quod tamen non excipiet eum á ratiociniis, neque á legis ordine, sed cautiorem faciet ad rerum gubernationem, timentem semper circa eas propter iusjurandi memoriam factam.*

Tomo V.—P. 35

*Hæc lex à nobis pro cautela sit posita horum qui curato-
ribus indigent. Si quid vero et aliud advenierimus, neque
hoc lege complecti pigebit: ut per omnia patres eorum, qui
sibi auxiliari nequeunt exitamus (1). Además del jura-
mento, el tutor debía practicar delante de un tabulario, inven-
tario fiel y exacto de los bienes del pupilo: *Tutores vel curato-
res, mox quam fuerint ordinati, sub præsentia publicarum
personarum inventarium rerum omnium et instrumentorum
solemniter facere curabunt (2)*. Como si esto no fuera
bastante, los tutores legítimos y los dativos nombrados sin
previa inquisición, estaban obligados á garantizar su buen ma-
nejo por medio de un fiador (*curtio rem pupilli salvamfore*) (3). De
esta obligación eran exceptuados los tutores testamentarios y
los dativos después de inquisición, pues se creía que la elec-
ción del padre ó la averiguación previa del magistrado consti-
tuía toda la garantía que se necesitaba en favor del pupilo (4).
En el último estado del derecho el patrimonio de un tutor
cualquiera estaba afectado de una hipoteca legal y tácita en
garantía de su buena administración; así al menos lo piensan
autores de gran nota, fundados en el texto: *Pro officio adminis-
trationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam
pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare: minime prohi-
bentur (5)*; pero Voet enseña que los pupilos no tenían sobre
los bienes de sus tutores sino un privilegio *inter personales* (6),
lo que sucedía también con los sujetos á curatela (7). Si el tu-*

(1) *Novella* 72, cap. 8.—*Cod.* lib. 5, tit. 70, l. 7, § 5.

(2) *Cod.* lib. 5, tit. 37, l. 24.

(3) *Inst. de Just.* lib. 1, tit. 24 proem.

(4) *Dig.* lib. 27, tit. 1, l. 36.

(5) *Cod.* lib. 5 tit. 57, l. 20.—Balduinus, *Comm.* 2, *De legib. Cons.*—Godo-
frado, *Cod. Theod. de adm. tutor*, l. 1.

(6) Voet, *ad Pandect.* lib. 20, tit. 2, núm. 19.

(7) Pothier, *Pandect.* tom. 3, núm. 30.

tor no satisfacía á estas obligaciones, eran nulos todos los actos que practicaba: Tutor, dice Ulpiano, *qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium apellatur, dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditio- ne est, ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex iurejurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum cum oportet: nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit.* Por manera que si el tutor no hacía inventario, se admitía que que el pupilo fijase por juramento el valor de su patrimonio (1). Ya hemos dicho antes (número 250) que, si el tutor no hacía inventario o no daba garantía de su buen manejo, podía, además, ser destituido.

Aparte de estas acciones que podríamos llamar directas contra el tutor, tenían los pupilos una acción subsidiaria contra los magistrados, que hubieran sido omisos en exigir la *satisfacción* al tutor; este recurso extraordinario (*últimum subsidium*) no procedía sino á falta de cualquiera otro de los mencionados, cuando después de vendidos todos los bienes del tutor ó curador y de sus fiadores, el pupilo ó incapacitado no quedaba completamente indemnizado (2).

251. En toda esta materia es de notarse también la absoluta fidelidad de nuestro antiguo derecho patrio al Romano. Las leyes Alfonsinas prescribían igualmente el juramento, de administrar bien los intereses del pupilo y de proveer con acierto á su educación y alimentos (3); y para el cumplimiento de todas estas obligaciones se exigía también la fianza previa,

(1) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 7.

(2) *Dig.* lib. 27, tít. 8.—*Cod.* lib. 5, tít. 18, l. 6.

(3) *Partida* 6, tít. 16, l. 9.—Gutiérrez, *de tutel.* part. 1, cap. 12, núm. 31, Febrero de Tapia, lib. 1, tít. 4, cap. 3.

sopena de ser nulo todo lo que el tutor hiciese (1). La jurisprudencia, á falta de ley expresa, seguía al derecho romano en orden á la acción subsidiaria contra el juez que no hubiera sido cuidadoso en la recepción de la fianza (2). Dos puntos son controvertibles, atenta esta legislación: 1.º Si como en el Derecho romano estaban exentos de la obligación de afianzar los tutores testamentarios y los dativos, y 2.º Si el importe de la fianza debía ser al igual de los bienes del pupilo. Con respecto al primero, Gregorio López y Gutiérrez juzgaban que la exención subsistía, puesto que las leyes, al ocuparse de esto, sólo hablaban de los tutores legítimos (3); confesaban, sin embargo, esos autores que en la práctica era exigido á todos el requisito que nos ocupa. Gutiérrez enseñaba, además, que no era de la esencia de la fianza tutelar que correspondiese con completa exactitud al importe de los bienes del pupilo; aunque sí era necesario que el monto de la primera se fijase por el Juez, atento el del inventario (4). El pupilo tenía siempre un derecho de hipoteca tácita sobre los bienes del tutor y de sus herederos (5). *Contrahitur pignus tacite*, dice la glosa de Gregorio López, *ut si quis promittat dotem viro, vel vir uxori ad restituendam dotem: idem de bonis tutoris, vel curatoris minorum a die, qua incepit uti administratione bonorum, donec satisfaciatur* (6). Sobre esta garantía en favor de los menores escribe un renombrado jurisconsulto español lo siguiente, que basta á justificar las reformas implantadas en esta materia por el derecho moderno: "Esta hipoteca, si bien sirve para asegurar la responsabilidad del tutor, es con-

(1) Castillo, *de usufruct.* lib. 1, cap. 3, núm. 213.

(2) Febrero de Tapia, *loc. cit.*

(3) Gregorio López, *glos.* 3 á la 1. 9, tít. 18. Partida 6.—Gutiérrez, *de tutel.* part. 1, cap. 5, núm. 1.

(4) Gutiérrez *de tutel.* part. 1, cap. 12, núm. 2.

(5) Partida 6, tít. 16, l. 21.

(6) Partida 5, tít. 13, l. 23.

traría al interés público por cuanto dificulta la circulación de todos los bienes inmuebles del tutor y del fiador, aunque sean cuantiosos y la tutela insignificante, y obliga injustamente al tercero, que sin saber ni poder averiguar la carga oculta que pesaba sobre la finca del tutor ó del fiador, la compró por su justo precio ó prestó dinero sobre ella. Y como cuando llega el caso de hacer efectiva la responsabilidad del tutor insolvente á costa de un tercero, se originan casi siempre pleitos graves y costosos, sería mucho más conveniente al menor que la fianza personal y que la hipoteca tácita, una *hipoteca especial pública* constituida por el tutor con intervención del consejo de familia y aprobación judicial, en cantidad proporcionada á los bienes de la tutela. Así no se retirarían de la circulación más bienes que los necesarios para garantizar al pupilo; así no se podría sorprender la buena fe del tercero á quien se ofreciera la adquisición de los bienes del tutor ó de sus fiadores; así, en fin, lograrían los pupilos ser indemnizados con más facilidad y menos costo de los perjuicios que les causarían sus tutores (1)."

DERECHO MODERNO.

252. La actual legislación francesa, tal como resulta de la ley de 16 Diciembre de 1851 sobre el régimen hipotecario, es la siguiente sobre la materia que nos ocupa: Los menores ó incapacitados tienen hipoteca legal sobre los bienes de su tutor ó pretutor, cuando éste administra (art. 47); el tutor oficioso y el segundo marido, si la madre del menor pasa á segundas nupcias fuera de los requisitos que la ley previene, están también

(1) Cárdenas, *De la legislación civil de España*, pág. 24.



sometidos á la hipoteca legal (1). Esta hipoteca legal comprendía, según el código de Napoleón (art. 2,122), todos los inmuebles pertenecientes al tutor y que pudieran pertenecerle en adelante; pero la ley mencionada declara (art. 49) que, cuando el tutor sea nombrado y antes de entrar en ejercicio, el consejo de familia deberá fijar la suma por la cual se forme la inscripción hipotecaria, designando los inmuebles que se hipotecuen, atenta la fortuna de los menores y la de los incapacitados, la naturaleza de los valores de que se compongan y las eventualidades de la responsabilidad del tutor. Puede, sin embargo, el consejo de familia dispensar al tutor de la obligación de constituir hipoteca en ciertos casos excepcionales, como cuando la fortuna del menor sea de poca importancia y el tutor dé garantías suficientes de una buena administración por su posición social y su moralidad (2). Si el tutor se ingiere en la administración antes de que se constituya é inscriba la hipoteca, podrá ser destituido de la tutela por el consejo de familia (art. 52). Si mientras delibera éste sobre el monto de la hipoteca, llega á reconocerse que el tutor no posee inmuebles, aquél podrá ordenar que el capital de los menores é incapacitados sea colocado por el tutor en la caja de depósitos y con asignaciones (art. 55). Lo mismo se hará, si el tutor posee inmuebles insuficientes para responder de la totalidad de su administración por lo que respecta al excedente de los bienes del menor (art. 56); como también en el caso en que las garantías dadas se hubieran vuelto insuficientes, salvo que el consejo de familia exija un aumento en la hipoteca (art. 58). Si las garantías dadas por el tutor se hacen excesivas durante el curso de

(1) Troplong, *Privileges et hypothèques* tom. 3, núm. 421.—Duranton, tom. 3, núm. 341 y tom. 19, núm. 310.—Demolombe tom. 7, núm. 128.

(2) Arrêt: Trib. civil de Namur, 22 janv 1857 (Gerard, *code civil*).



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS DE LA UNAM MEXICO

la tutela, el consejo de familia podrá restringir las seguridades primitivamente exigidas (art. 60). Tal es, á grandes rasgos, la legislación francesa en esta materia.

253. Nuestra legislación nacional se ha inspirado en estos antecedentes, procurando cubrir con toda suerte de garantías la administración de los tutores; pero á la vez facilitando aquellas, aunque siempre sin perjuicio de todo lo que puede hacerlas seguras é inequívocas. Grande honor resulta á nuestros legisladores de haber implantado la sapientísima reforma de la hipoteca expresa, especial y pública; pero no es menos loable su justificación, por haber conservado del derecho patrio la fianza tutelar, como bastante por sí sola para garantizar el buen manejo de los bienes de menores ó incapacitados. "Si todo el que administra bienes ajenos, dice la Parte Expositiva del Código del Distrito Federal de 1870, está obligado á asegurar su manejo, con mucha mayor razón debe hacerlo el que administra bienes de un incapacitado, que por su propia naturaleza es un ser débil, que no pueda defenderse y que necesita el apoyo de la ley, sea cual fuere la causa de la incapacidad. Es, pues, un principio incontestable el que impone á los tutores la obligación de asegurar la administración de los bienes del incapacitado. En nuestra actual legislación (antigua española) se previene que el tutor dé fianza: en los códigos modernos se ha preferido la hipoteca. Y aunque entre nosotros, los bienes del tutor están hipotecados legalmente, como por los fundados motivos que en su lugar expondrá la comisión, ha creído conveniente suprimir esa especie de hipoteca, imposible unas veces, é inútil otras, se decidió á establecer la hipoteca expresa en primer lugar, y en su defecto la fianza ó alguna vez entrambas, como garantía del manejo de los tutores." A estas ideas responde con toda exactitud nuestra legislación civil contenida en los códigos de

Distrito Federal y en el de Tlaxcala, aunque otro tanto no puede decirse de los del Estado de México y de Veracruz.

NUM. 1.—DE LA OBLIGACION PREVIA DEL TUTOR
DE CAUCIONAR SU MANEJO.

¿En qué puede consistir la caución?

254. Si todos nuestros Códigos están conformes en que el tutor antes de entrar en la administración de su cargo, debe prestar garantía de buen manejo, sólo los primeros declaran que, para constituir la, tiene toda preferencia la forma de hipoteca, salvo el caso de que el tutor no tuviera bienes que hipotecar. Tales el sentido de los arts. 578-579 del Código del Distrito Federal de 1870, 480-481 del actual; 373-374 del de Tlaxcala. Estos textos no dejan lugar á duda sobre que la caución previa á que está obligado el tutor, puede consistir: I, en hipoteca; II, en fianza; pero también expresan que la segunda no es de admitirse, sino cuando la primera sea imposible en virtud de no tener el tutor bienes en que constituir la hipoteca. En cambio, los arts. 449 del Código de Veracruz y 407 del de Estado de México se limitan á proclamar, en términos absolutos, la obligación de caución previa que al tutor incumbe, sin determinar precisamente la forma de ella. ¿Podrá, pues, la caución, según estos códigos, ser, indistintamente *personal ó real*? Así habría que creerlo, de atender sólo á los textos acabados de citar; pero á ello se oponen, sin sombra de duda, otros preceptos de esas legislaciones que es preciso recordar. En efecto, los Códigos de Veracruz y Estado de México, modelados como más de una vez hemos tenido oportunidad de decirlo, sobre el *Proyecto de un Código civil español* del Sr. Gollena, siguen el sistema de éste, no reco-

nociendo sino la hipoteca legal, como garantía previa de la administración tutelar. Esto se deduce del texto de los arts. 2060 inciso 7, y 2104 del Código del Estado de México, 2290 inciso 7, y 2345 del de Veracruz. La terminología de estos preceptos impone la convicción de que, en el concepto de sus autores, si el tutor está obligado á caucionar su buena administración, es á condición de hipotecar previamente sus bienes inmuebles, pues de otro modo el consejo de familia puede removerlo de la tutela. La caución, pues, que estos Códigos exigen al tutor de su buen manejo, es la antigua hipoteca tácita (núm. 250) por las resultas de la administración. Inútil, en consecuencia, hablar, ante estas legislaciones, de fianza, porque á ello no autorizan los textos citados, cuyo modelo se encuentra en los arts. 223 y 1832 del mencionado *Proyecto*. Sin vacilar declaramos cuánto es difícil é impracticable, en muchos casos, este sistema que, sobretexto de respetar la tradición del antiguo derecho, hace de la tutela un cargo, solo accesible para los propietarios de bienes raíces, únicos sobre los cuales puede recaer la hipoteca. Nótese, sin embargo, que, establecido esto último en el derecho moderno, la antigua tradición ya no tiene razón de ser, pues según ella, ni la hipoteca *tácita* existía previamente al principio de las funciones tutelares, ni estaba circunscrita sólo á los bienes inmuebles, pudiéndose extender á todos los del tutor, de cualquiera clase que fuesen (1).

Más filosófica en esta materia la legislación de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala; si bien reconoce, como lo hemos visto, la posibilidad de que la caución previa del tutor consista unas veces en hipoteca, otras, en fianza, aunque siempre de preferencia en la primera, declara que, fuera de esta

(1) *Partida* 6, tít. 17, l. 21 *in-fine*

garantía, se consideran, aun independientemente de la voluntad del obligado, bajo hipoteca legal y necesaria, los bienes raíces de esta, para la seguridad de las resultas de la administración. Son, pues, dos las hipotecas con que el pupilo puede tener asegurada la buena administración de su tutor: la primera, que puede no existir, si el tutor ha asegurado su buen manejo con fianza, y la segunda, que es de constituirse siempre en garantía de las cuentas de la tutela, en cualquier tiempo, y por lo mismo aun ya habiendo cesado esta. Un ejemplo hará palpable esta interpretación. Supóngase que, habiendo el tutor caucionado, previamente al primer acto de su administración, la bondad y pureza de ella, con fianza ó con hipoteca, resulta que, al fin de la tutela, las cuentas arrojan una responsabilidad contra él. ¿Esta habrá de hacerse efectiva sólo contra el fiador ó sobre los bienes hipotecados? De ningún modo, pues ahí está la hipoteca legal y necesaria para responder de las deudas pendientes del tutor (arts. 1995, 1999 inciso 2, 2000 inciso 6 y 2017 del Código civil del Distrito Federal de 1870, 1871, 1875 inciso 6, 1878 inciso 2 y 1890 del actual; 2583, 2587 inciso 2, 2588 inciso 6 del de Tlaxcala). A reserva de volver á hablar sobre este punto, cuando nos ocupemos en el comentario del título *de la hipoteca*, nos conformamos por el momento con exponer nuestra interpretación acerca del particular, en la inteligencia de que ella es conforme á la de nuestro respetable maestro y gran juriconsulto mexicano, D. José María Lozano: "si el tutor ha rendido sus cuentas y cubierto el alcance de ellas al menor ó á su legítimo representante... nada hay que exigirle. Si por algún acaso no constituyó á su tiempo, en su oportunidad, la hipoteca que la ley le obligaba, no tendría objeto alguno obligarlo á constituirla. No está pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado, y en consecuencia, la garantía, obligación acceso.

ria, no tendría obligación principal á que adherirse, y por lo mismo, tampoco tendría razón de ser, objeto ni resultados (1).» Es, pues, la hipoteca necesaria de que hablamos, una garantía de la buena administración tutelar, que, pudiendo existir simultáneamente con el desempeño del cargo, puede también surgir después de concluido éste, por cualquiera cosa que quede pendiente en la rendición de cuentas. Como se vé, este sistema es más fiel que el otro á la tradición del antiguo derecho.

255 ¿La preferencia dada por algunos de nuestros códigos á la hipoteca como garantía prévia del buen manejo del tutor, se opone á que ésta pueda consistir parte en hipoteca y parte en fianza? Puede afirmarse que la resolución de este punto está invívita en lo que acabamos de decir, porque si la garantía que nos ocupa, puede consistir en hipoteca ó fianza, cuando la primera no pueda otorgarse por carecer de bienes raíces el tutor, claro es que, si los que tiene no son suficientes para cubrir su responsabilidad futura, nada se opone á que la caución estribe en una ó en otra forma ó sólo en la segunda, según los intereses del pupilo. Así lo previenen los arts. 580 del Código del Distrito Federal de 1870 y 482 del actual. El código de Tlaxcala (art. 375) parece no aceptar esta última solución, pues no la propone expresamente; pero entendemos que ella es conforme también al espíritu del art. 373 del mismo.

NÚM. 2.—¿QUÉ DEBE COMPRENDER LA CAUCIÓN?

De las seguridades de su conservación.

256 “¿Por qué cantidad, dice la parte Expositiva del Código Civil del Distrito Federal de 1870, se ha de dar esa garantía? Es—

(1) J. M. Lezano, *Derecho hipotecario comparado*, núm. 49.

ta es la terrible, la insoluble dificultad. Si la garantía se dá por todos los bienes del menor, la tutela es casi imposible; porque lo son una hipoteca ó una fianza por una suma considerable. Si sólo se asegura una parte de los bienes, el menor queda expuesto y la ley no ha llenado su objeto. Muchos casos prácticos pudieran citarse en prueba de esta verdad; pero es tan clara, que sólo necesita indicarse, para ser desde luego comprendida. La comisión cree, que lo más realizable es, que la garantía se dé sólo por determinados bienes, supuesto que respecto de otros no hay peligro de mala versación. Para decidir sobre la ventaja de este pensamiento, es preciso tener presente todo el sistema que respecto de tutela se establece en el proyecto. La extensión dada á la patria potestad y la facultad de nombrar tutor concedida al testador extraño, disminuyen en gran parte la necesidad de la garantía; puesto que no la dan los ascendientes y pueden quedar eximidos de esa obligación los tutores testamentarios. Cierto es que en ambos casos hay peligros; pero no ha parecido justo en el primero, ni prudente en el segundo exigir la garantía, atendidos el sentimiento natural de los ascendientes y el buen juicio del testador, que al libertar al tutor de su heredero de la obligación de dar garantía, manifiesta claramente la ilimitada confianza que en él tiene. Podrá abusarse; pero no se puede ir más allá. El tutor hoy no tiene quien lo vigile: en lo venidero casi no puede dar un paso sin conocimiento y aun consentimiento del curador, y como éste es también responsable, debe creerse que impedirá los abusos ó procurará su inmediato remedio. Hoy el tutor no tiene otra vigilancia: en lo venidero tendrá la del Ministerio público, sin cuya audiencia ningún negocio de alguna importancia puede resolverse. El tutor hoy sólo en ciertos casos graves necesita la autorización judicial: en lo venidero la necesitará para casi todos sus actos administrativos. Por último, hoy el tutor no da

cuenta sino al terminar la tutela: en lo venidero, además de éstas, debe darlas cada año, limitándose de este modo el riesgo á un período en que si bien es posible, no es muy fácil arruinar la fortuna del incapacitado, si á esta consideración se agregan las que preceden y las no menos graves que en seguida se exponen."

"Los alimentos y gastos de educación; los de administración; el número y sueldo de los dependientes se han de designar por el juez; el dinero efectivo que hubiere y llegare á dos mil pesos, se ha de imponer con aprobación judicial; los bienes inmuebles, los derechos reales y los muebles preciosos, no pueden enajenarse ni gravarse, sino con la misma aprobación, y los primeros precisamente en almoneda; no pueden darse en arrendamiento dichos bienes por más de nueve años, sin la condición referida: sin ella no puede el tutor recibir dinero prestado, ni transigir ni comprometer en árbitros. Y para todos estos actos se requieren la audiencia del curador y del Ministerio público y en algunos el consentimiento expreso del primero. A pesar de todo puede abusarse; pero poner más trabas es hacer imposible la administración."

"En consecuencia, la comisión ha creído que no pudiendo temerse racionalmente mala versación en estos casos, no había necesidad en ellos de dar garantía; como tampoco la hay cuando los bienes consisten en derechos litigiosos, y por lo mismo limitó la obligación á aquellos bienes que por necesidad tienen que entrar á poder del tutor."

"Se dará, pues, la garantía por las rentas y réditos; por los muebles, por los enseres y semovientes de las fincas rústicas; por el producto de éstos y por el de las negociaciones mercantiles ó industriales, deduciéndose, como es natural, de todos ellos las cantidades que deben imponerse y las pérdidas legalmente justificadas."

"Para las fincas rústicas creyó la comisión que el mejor cálculo era el término medio de un quinquenio, que es el común entre nuestros labradores, á no ser que por motivos particulares se prefiera el juicio de peritos."

"Al tratar de los negocios mercantiles é industriales, se convenció la comisión de que era imposible llenar el objeto, porque no pudiendo obligarse al tutor á pedir licencia al juez para la enajenación de los objetos, habia que escoger entre estos dos extremos: exigir la garantía por el importe total de la negociación, lo cual haría imposible la tutela; ó realizar desde luego los bienes, á fin de que impuesto el importe quedara la garantía reducida únicamente al rédito. La comisión cree, que lo más prudente es que el Juez, con informe de dos peritos, decida si conviene que la negociación continúe ó se realice; por que de este modo, teniéndose en consideración las circunstancias particulares de cada caso, podrá dictarse una resolución conveniente."

Conforme á estos principios los Códigos del Distrito Federal (arts. 581 del de 1870 y 483 del actual) y el de Tlaxcala, (art. 376) declaran que la hipoteca, y á su vez la fianza deben darse: I por el importe de las rentas que deban producir los bienes raíces y los réditos de los capitales impuestos; II por el de los bienes muebles y el de los enseres y semóvientes de las fincas rústicas; III por el de los productos de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio á elección del juez; y IV por el de las utilidades en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma ó á juicio de peritos. Se ve, pues, que según estas legislaciones la caución tutelar no se da por el importe de los bienes raíces pertenecientes al pupilo ni por el de su capital pecuniario. Declarar otra cosa los legisladores, como acabamos de ver que lo expresa la comisión codificadora,

habría hecho imposible la tutela en muchos casos, pues no es frecuente poder encontrar una caución tan extensa que resultase proporcionada á ciertas inmensas fortunas. Ante este peligro, y sin caer nuestros legisladores en el error de otros que otorgan una tan excesiva confianza á los tutores, que llegan hasta no exigirles ninguna seguridad de su buen manejo (1), han establecido un término medio práctico, que si no satisface por completo todas las exigencias, al menos garantiza en gran parte contra los eventos más probables los intereses de los menores, quienes siempre tienen, además, como otros tantos escudos, las diversas restricciones impuestas al tutor en el curso de su administración, y de las cuales hablaremos más adelante. Por esto nuestros códigos no consideran que la caución tutelar debe garantizar en su totalidad sino los bienes muebles, enseres y semovientes de las fincas rústicas. En cuanto á los otros valores, bienes raíces, dinero efectivo, negociaciones mercantiles ó industriales, sólo se exige que la garantía comprenda las rentas, los productos, los réditos ó las utilidades.

257. Empero, como la misma dificultad de otorgar una caución onerosísima subsistía, y quizá más terrible, al tratarse de asegurar todas las rentas, todos los productos, todos los réditos y todas las utilidades, los códigos mencionados decidieron establecer un límite fijo y prudente que, á la vez que realizable, no dejara, mediante siempre las restricciones á que nos hemos referido, expuestos á perderse los bienes de los pupilos. ¿Cuál es ese límite? En cuanto á los bienes raíces la práctica había establecido que la caución se diese por el importe de las rentas ó productos durante un año. Lo mismo se observaba en orden

(1) Baseler, *System des deutschen gemeinen Privatrechts*, pág. 544, y nota (de la 3.^a edic. 1875.)

al capital pecuniario. El código del Distrito Federal de 1870 es seguramente aplicado por los tribunales en esta forma. El de Tlaxcala lo declara con toda claridad. El del Distrito Federal, actual, queriendo sin duda precisar también esté punto tan importante, fija el plazo de dos años.

258. Queda en la materia otra dificultad: Si las rentas de las fincas urbanas, lo mismo que los réditos del dinero, son fáciles de calcular por lo que hace á determinado período de tiempo, no puede decirse otro tanto de los productos de las fincas rústicas, por lo cual nuestros legisladores tuvieron que deferir en este punto al dictamen pericial, quedando á elección del juez, si aquél había de consultar el monto de los productos durante un año, según los códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870; durante dos, según el actual, ó por la mitad de cinco años.

259. Hemos visto antes, en la parte expositiva del Código del Distrito Federal de 1870, entre qué extremos fluctuó la comisión para fijar el límite de la caución tutelar, cuando los bienes del pupilo consistiesen en negociaciones mercantiles ó industriales. Embarazoso é imposible tiene que ser que el tutor necesite de licencia judicial para cada contrato, para cada venta de los objetos que constituyen el capital de esta clase de negocios. ¿Se exigirá al tutor la garantía por el importe de todos ellos? Repetimos que esto haría imposible la tutela. ¿Deberá el tutor proceder á la inmediata realización de todo el negocio, para imponer el capital pecuniario, dándose entonces la garantía por los réditos según hemos explicado? Aunque podría esto ser perjudicial en muchos casos al pupilo, nuestros legisladores optaron por este segundo extremo, en vista de la absoluta imposibilidad del otro. Más adelante veremos, al tratar del *desempeño de la tutela*, que si el padre ó madre del menor ejercían algún comercio ó industria, el juez, *con informe de*

dos peritos, decidirá si ha de continuar ó no la negociación, á no ser que los padres hubieran dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente, á juicio del juez. Hay, pues, casos en que el tutor tiene que hallarse frente á frente de un comercio ó de una industria, y en los cuales debe dar garantía también de su buen manejo. ¿Por qué cantidad la dará? Por el importe de las utilidades anuales, dicen los códigos mencionados, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma ó á juicio de peritos.

260. Sistema muy diverso del que acabamos de exponer, siguen los Códigos de Veracruz y Estado de México. Según estas legislaciones (arts. 2294 del primer Código y 2063 del segundo) pertenece al consejo de familia *fixar la cuantía* de la hipoteca legal correspondiente á las personas sujetas á tutela ó curaduría, y la de los bienes sobre que ha de imponerse, sin perjuicio del recurso judicial del tutor ó curador contra la resolución del consejo.—En recomendación de este sistema, dice el *Proyecto* del Sr. Gollena, modelo en esta materia como en otras de los Códigos de Veracruz y de Estado de México, que él *“ha hecho menos dura la condición de los tutores, por que, sin trabarles la libertad de especular con sus caudales, les permite obtener del consejo de familia una limitación razonable en el gravámen de sus inmuebles; en lo cual también ha mirado por el interés de los menores, porque de este modo las personas honradas no rehusarán el cargo de tutor, y las que lo acepten podrán contratar sin los inconvenientes que les opondría el sistema contrario, bajo el cual cualquiera que presta ó compra inmuebles á un tutor, juega á la lotería, como ha dicho un célebre publicista, y por consiguiente no encuentra el tutor más*

que usureros con quienes puede tratar (1).” Además los arts. 2349 del primero de los Códigos mencionados, y 2108 del segundo, previenen, como la ley hipotecaria francesa (núm. 252), que si el tutor no posee bienes inmuebles, ó los que tiene no alcanzan para la debida seguridad, lo mismo que para el aumento de la garantía de que hablaremos en seguida, el consejo de familia, bajo su responsabilidad, proceda á depositar desde luego, las cantidades y demás bienes muebles sobrantes del menor.

261. No es, sin embargo, libre la facultad del consejo de familia, en este sistema para fijar la cuantía de la hipoteca. Muy lejos de esto, los textos declaran que aquella se inscriba por *todo* el capital y sobre los bienes que se hubieren fijado por el consejo (arts. 2365 del Código de Veracruz y 2124 del de Estado de México).

262. Esto convence suficientemente de que tal sistemase ha inspirado, de toda preferencia, en el interés de los menores; pero hay más: solo prevee el caso de que la hipoteca otorgada por el tutor en garantía de su buena administración deba aumentarse, en virtud de que se han aumentado los bienes del pupilo durante el curso de la tutela. Así lo expresan, de acuerdo con el art. 1835 del Proyecto de Gollena, los 2348 del Código de Veracruz y 2107 del de Estado de México. Según estos textos, si después de hecha la inscripción, los bienes hipotecados llegaren á ser insuficientes, aun independientemente de que hayan alcanzado un aumento los intereses del pupilo, el consejo de familia tiene obligación de exigir que aquellos se aumenten, debiendo el tutor proceder inmediatamente á la inscripción de la nueva hipoteca. Más ¿qué hacer en el caso contrario, ó sea cuando los bienes del menor

(1) Art. 1790 del Proyecto de un código civil Español.

hayan sufrido menoscabo, resultando de aquí excesiva la garantía dada por el tutor? ¿No tendrá éste el derecho de que aquella se disminuya proporcionalmente? Un absoluto silencio es la respuesta que los códigos de Veracruz y Estado de México dan á esta cuestión. Se ve, en consecuencia, que este sistema favorece más bien á los menores que á los encargados de la tutela. Nuestros códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, inspirándose en la ley hipotecaria francesa de 16 de Diciembre de 1851 (arts. 58 y 60), establecen, al contrario, que, si los bienes del pupilo antes enumerados, aumentan ó disminuyen durante la tutela, *podrán* aumentarse ó disminuirse proporcionalmente la hipoteca y la fianza, á pedimento de las personas obligadas á exigirlo. Estas personas son el tutor, el curador ó el Ministerio Público (arts. 582 del código del Distrito Federal de 1870, 484 del actual y 377 del de Tlaxcala). Nótese, sin embargo, que esto no importa una necesidad de derecho, desde el momento que los legisladores han dejado á la posibilidad tan solamente, que los jueces decreten ó no el aumento ó disminución de la garantía prestada por el tutor.

263. Antes de terminar el comentario sobre el importe de la garantía tutelar, conviene investigar el siguiente punto: Supóngase que de varios menores ó incapacitados, son tutores otras tantas personas; los bienes consisten en una herencia *pro indiviso*; forman todos, por consiguiente, una *universitas juris*, que representa la propiedad única y sólida del difunto, mientras no se haga la adjudicación respectiva, mediante la partición legal. Ya explicaremos más adelante, cómo siendo varias personas llamadas simultáneamente á la misma herencia, se considera que es indivisible el derecho que tienen á ella, tanto respecto de la posesión como del dominio, mientras no se haga la partición (art. 3665 del código que sirve de base á nuestro comentario). Así era también en el antiguo de-

recho (1). Ahora bien, siendo la herencia un mismo é indivisible todo, se pregunta: ¿por qué cantidad debe dar caución cada tutor de cada uno de los menores ó incapacitados, que estén llamados por la ley ó voluntad del testador á la distribución de aquella? El rigor de los principios parece obligar á que á la solidaridad de los bienes corresponda la solidaridad de la garantía tutelar. Sin embargo, no es así, conforme á texto expreso de los códigos del Distrito (arts. 591 del de 1870 y 494 del actual) y de Tlaxcala (art. 384), pues éstas legislaciones declaran que, siendo varios los menores ó incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores, solo se exigirá á cada uno de ellos la hipoteca ó fianza por la parte que corresponda á su representado.

264. Queda todavía una no poco grave dificultad: Si dado el sistema seguido por los Códigos de Veracruz y Estado de México, que cometen al consejo de familia la fijación y aumento de la caución tutelar, atenta la circunstancia del valor probable de la fortuna del pupilo, fácil es, por medio de razonados argumentos, establecer el importe de la garantía, previa á que está obligado el tutor, aun en el difícil caso que nos ocupa (núm. 260) ¿cómo hacer conforme á las legislaciones del Distrito, Federal y de Tlaxcala, las cuáles, según hemos visto (núm. 256), previenen un cálculo preciso, casi matemático? La verdad es que no se alcanza cuál pueda ser el criterio exacto é infalible á que los jueces deban sujetarse durante la indivisión de la herencia, ó sea, mientras no se sabe, con certidumbre, la parte que á cada heredero corresponda en la herencia *pro-indiviso*. Sin embargo, haciendo á un lado exigencias que en esta ma-

(1) *Castillo Quintil. contron. De usufruct.*, lib. 1 cap. 3, núms. 119 y 120—*Giurb. Ad consuetud.* cap. 7, gloss, 19—*Jalínz Capon. Discep.* tom. 5, 394 núm. 4.

teria no tendrían por resultado sino imposibilitar toda tutela, é interpretando bien el noble pensamiento de los legisladores, que no han querido, de seguro, sino garantizar prudentemente y con la exactitud posible la buena administración de los tutores, pensamos que la dificultad propuesta peca por su base, aun dado el sistema de las legislaciones á que nos referimos. En efecto, si en no pocos casos es posible fijar con exactitud el monto de la caución tutelar, como fíjalo está el de la fortuna positiva y real de los pupilos, se comprende que esto no sucede siempre. Casos hay, y para ello no necesitamos suponer que se trate de una herencia *pro-indiviso*, en que los bienes del pupilo no aparecen de modo que puedan ser valorizados con toda exactitud y precisión. ¿Esta circunstancia librará á los tutores de la obligación de caucionar previamente su manejo? Sería injusto. Pues del mismo modo que en tales casos los códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, desatendiéndose del monto tal vez ideal de la fortuna del pupilo, prescriben la caución tutelar, en consideración solo á lo que *deban* producir los bienes de aquél, según que sean raíces ó pecuniarios, y si son raíces urbanos, mediante juicio pericial, etc., etc. (núm. 256); así también en el caso que nos ocupa, ese mismo habrá de ser el criterio del juez, quien tiene que fundarse, para fijar el monto de la caución del tutor, no en el valor efectivo de la fortuna del pupilo,—circunstancia que no se sabe, puesto que suponemos una herencia indivisa,—sino en su valor probable, tratándose de bienes inmuebles rústicos, ó en el de los productos, rentas ó utilidades también probables, según que se trate de bienes raíces, rústicos ó urbanos, de capitales pecuniarios impuestos á rédito, ó de negociaciones mercantiles ó industriales. Así lo hemos explicado antes.

265. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 589 y 590 del de 1870; 492-493 del actual) tratan de los medios que se

creyó conveniente poner en práctica para asegurar la conservación de la caución tutelar. Los fiadores pueden morir ó dejar de ser idóneos en el curso de la tutela; también los bienes hipotecados pueden deteriorarse, y no sería justo en ninguno de estos casos no proveer con toda diligencia á los intereses del menor. Si como lo hemos dicho, el tutor está obligado á aumentar la garantía cuando aumenten los bienes del menor, pues de otra suerte se frustraría el pensamiento del legislador de que el cargo de la tutela no se ejerza sino mediante la seguridad de su buen desempeño, la misma razón milita para mantener la más estricta vigilancia, ya en orden á la supervivencia ó idoneidad de los fiadores, ora respecto de la conservación de las fincas hipotecadas por él. El curador, guardián, según veremos en su oportunidad, de la conducta del tutor, es á quien imponen los códigos citados el deber de promover información sobre que el fiador no ha muerto y continúa además siendo idóneo para la fianza. Este deber tiene que ser cumplido por el curador cada año, ó sea al presentar el tutor las cuentas á que está obligado y que tiene que rendir en el mes de Enero de todos los años, sea cual fuere la fecha en que se le haya discernido el cargo. Sin perjuicio de esto, el curador debe obrar así, siempre que lo estime conveniente. El Ministerio Público puede también hacerlo, y aun el juez puede *de oficio* exigir la información.

Más como la caución tutelar puede consistir no solo en fianza sino también en hipoteca, la obligación de que hablamos, la tiene el curador igualmente en orden al estado de las fincas hipotecadas por el tutor. Aquel, en consecuencia, debe vigilar sobre la conservación de las últimas, siendo de su mayor obligación dar aviso al juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere, á efecto de que, si es notable la disminución del valor de las mismas, se exija al tutor que asegure con otros

los intereses del menor. *Si es notable*, dice el texto de los códigos, y por lo mismo es éste uno de los casos en que la prudencia del juez, normada por la promoción del curador, tiene que ser la sola base para la decisión que se pronuncie. Creemos, con todo, que el juez debe fijarse en todas las circunstancias, tanto de los bienes dados en hipotecas, como de la persona del tutor, su honorabilidad social, sus diversos negocios, etc., etc.

Los Códigos de Veracruz y Estado de México no contienen disposición expresa acerca de este punto, el cual, sin embargo, puede decirse previsto en los arts. 2348 del primero y 2107 del segundo (núm. 262). El Código de Tlaxcala, que, como dejamos dicho (111), no acepta la institución de la curatela, impone al tutor, al presentar la cuenta anual de su administración, el deber de rendir información sobre la supervivencia é idoneidad de los fiadores que hubiera dado. Con esto, con que dicha información se ha de rendir siempre que el juez lo juzgue conveniente, y con que la hipoteca se renueve apenas las fincas hipotecadas por el tutor se deterioren tan notablemente que disminuyan de precio, todo lo cual resulta preceptuado por este código, podemos asegurar que, salvo la diferencia indicada, el guarda completa conformidad en esta materia con los códigos del Distrito Federal.

NÚM. 3.—¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A CAUCIONAR?

266. Dos sistemas son seguidos por nuestras varias legislaciones locales: el sistema francés y el antiguo romano y español en la materia de que vamos á tratar. En efecto, si conforme al primero no se establece excepción alguna determinada en orden á la caución tutelar y respecto de ciertas personas; conforme al segundo esas excepciones existen, como en términos generales lo hemos hecho notar (núms 250 y 251). Conviene ahora ampliar

estos datos, pues tres de nuestros códigos, los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala, se muestran fieles, con casi insignificantes diferencias, á la tradición romana y española, mientras los otros dos siguen la ley francesa. Esta no hace diferencia alguna, entre las personas obligadas en su calidad de tutores, á caucionar su buen manejo. Más ¿no será justo eximir á algunas personas de tal obligación, que en último análisis no reconoce por causa sino cierta desconfianza de que no sean bien administrados los intereses del pupilo? Por nuestra parte creemos, sin vacilar, que sí, y que en ello están de acuerdo, de consuno, los dictados de la naturaleza y la misma conveniencia de los menores. Hemos visto que el derecho romano libertaba á los tutores testamentarios y á los dativos, nombrados después de inquisición, de la obligación de caucionar, pues se consideraba que la elección del padre ó las precauciones del magistrado constituían una suficiente garantía (1). Estaban también exceptuados de esta misma obligación, entre los tutores legítimos, los patronos y sus hijos (2). ¿Queremos conocer la razón de estas excepciones, que parecen contrarias á la utilidad de los pupilos? Oigamos á Vinnio, que nos dice: "nada se hace aquí contra esa utilidad, sino que cuando se ha creído haber mirado bastante por los pupilos, ha parecido indecoroso exigir fianza ó imponer esta carga á hombres de fidelidad y diligencia conocidas; y por tales deben reputarse los testamentarios ó los nombrados con inquisición, pues han sido electos judicialmente como idoneos" (3). Sin embargo, aun el tutor testamentario estaba obligado á afianzar, cuando hubiera malversado los bienes del testador, ó se

(1) *Dig.* lib. 26, tit. 2, l. 17.—*Cod.* lib. 5, tit. 42, ll. 3 y 4.

(2) *Dig.* lib. 26, tit. 4, l. 5, § 1.

(3) Vinnio, *Ad Inst.* lib. 1, tit. 24, § 4.—*Dig.* lib. 27, tit. 1, l. 36.—*Cod.* lib. 1, tit. 4, l. 27.—*Dig.* lib. 27, tit. 5, l. 15, *id. fine.*

hubieran descubierto sus malas costumbres, ó hubiera surgido una enemistad entre él y el padre del pupilo (1).

267. En cuanto á lo que sobre esto prescribía nuestro derecho patrio, nos referimos á lo que en otra parte dejamos dicho (núm. 251).

268. Los códigos de Distrito Federal (art. 585, inciso I del de 1870 y 487 inciso id. del actual) contienen el principio de que los tutores testamentarios están exceptuados de la obligación de dar garantía, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador. No basta, pues, como en el antiguo derecho, que el tutor sea testamentario, ni puede decirse hoy, como leemos en Vinnio que "los padres no acostumbran encargar la tutela de sus hijos, sino á aquél cuya benevolencia, fidelidad y diligencia les son bastante conocidas y probadas," por que se requiere además que el testador, en cláusula especial del testamento, haya exentado de la obligación á que aludimos al tutor por él elegido. A no dudarlo que, si el antiguo derecho fiaba demasiado en la honorabilidad de los tutores, por sólo el hecho de haber sido designados por el testador, nuestras leyes han querido poner á cubierto la administración tutelar contra toda suerte de equívocos y desastrosos resultados para el pupilo.

269. Han hecho más, si bien siguiendo en esto al derecho romano. Causas supervenientes al nombramiento del tutor; pero ignoradas por el testador, pueden hacer necesaria la garantía, á pesar del expreso relevo de ella en el testamento, si así lo declara el juez, previa audiencia del curador (arts. 586 del código del Distrito Federal de 1870 y 488 del actual). Esta prevención es extensiva, por de contado, al tutor nombrado también en testamento por quien no ejerce la patria potestad, y del cual hablamos en otra parte (núm. 178).

(1). *Dig.* lib. 26, tit. 2, l. 4.—*Id.* lib. id. tit. 3, l. l. 2 y 8.

270. El Código de Tlaxcala guarda absoluto silencio en orden á la exención de caucionar de los tutores testamentarios.

271. En segundo lugar están exceptuados de la obligación de dar garantía *“los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y sólo tenga créditos y derechos litigiosos. Lo declaran así expresamente los Códigos del Distrito Federal (arts. cit. inciso II) y el de Tlaxcala, (art. 379 inciso II.) ¿Será porque no teniendo la caución tutelar previa otro objeto que garantizar el buen manejo de los bienes del pupilo, se hace innecesaria mientras sus bienes no existan? Tal parece haber sido el criterio de estas legislaciones, pues en seguida añaden los mismos Códigos, que la garantía tutelar se deberá dar tan luego como se realicen algunos créditos ó derechos, ó se recobren los bienes, aun cuando sea en parte (arts. 587 del del Distrito Federal de 1870, 489 del actual y 380 del de Tlaxcala.) Los primeros encargan al curador de la obligación de vigilar, bajo su más estrecha responsabilidad, el cumplimiento de este precepto.*

Sin embargo de la evidencia con que á primera vista se aceptan estas disposiciones, la verdad es que, bien meditadas, resultan injustas y arbitrarias. No es exacto, como lo veremos en su oportunidad, que el tutor deba cuentas solo de los bienes que efectivamente recibe y administra. Su responsabilidad, y quizá la más sagrada en el orden de los intereses materiales, consiste en exigir, ya el valor de los créditos activos, dentro de cierto tiempo y á contar desde el vencimiento de su plazo, ora la posesión de los bienes á que tenga derecho el menor, dentro también de cierto tiempo, y á contar igualmente desde que tuvo noticia de que aquellos existían. Ahora bien, la falta de cumplimiento de tales obligaciones por el tutor ¿no deberá ser reclamada, si los créditos ó los bienes se pierden, al rendir

cuentas el obligado? Claro es que sí, y por tanto la caución tutelar conviene que sea prestada aun en este caso.

272. En tercer lugar están exceptuados, según los códigos á que nos venimos refiriendo, el padre, la madre, y los abuelos, en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes. Así lo expresan terminantemente los códigos del Distrito Federal (arts. *cits.* inciso III del de 1870 é inciso II del actual) y el de Tlaxcala (art. *cit.* inciso II). ¿Cuál es la razón de esta excepción? Sin grande esfuerzo se comprende que el legislador no ha querido ofender los sentimientos naturales que, tratándose de esas personas, constituyen por si solos la mejor garantía de su buen manejo y de su leal interés en favor del pupilo. Se les llama á estos tutores *legítimos*, porque la ley es quien los designa para el importante cargo de velar por la educación y los bienes de los incapacitados, que son la sangre suya y á quienes su desgracia debe inspirarles más compasión que á personas extrañas (núms. 206 á 211). Más, si tal es la razón ¿por qué no exceptuar también de la caución tutelar, entre los parientes más inmediatos al incapacitado, al cónyuge y á los hijos? El código de Tlaxcala lo hace así, y de seguro á nadie parecerá esa omisión sino altamente contraria á lo que enseña la experiencia, y ofensiva á la naturaleza, sobre todo si se trata de los hijos. ¿Qué? se cree, y cuál sería el fundamento, que la esposa *verbi-gratia*, no se interesará bastante por su marido demente, ó que habrá hijos tan endurecidos que no compadezcan sinceramente á su padre, colocado en la misma desgracia, que sea necesario precaverse, mediante la caución prévia, contra los abusos de la una ó de los otros? Pero también los padres y los abuelos pueden hacerse indignos de la confianza que en ellos deposite la ley; sí, pues, ésta no ha querido ofender en ellos á la naturaleza, tampoco debiera lastimarla, presumiendo faltas que tienen que ser muy raras, en

quien el más sagrado de los deberes obliga á una conducta leal y abnegada, y menos en los seres cuyo amor hacia los autores de sus días no se desmiente sino por extraordinarias y monstruosas aberraciones de la naturaleza.

Los códigos del Distrito Federal (arts. *cits.* y 503 del de 1870 y 490 del actual) corrigen este defecto, incorporando, entre los exceptuados de dar fianza, al cónyuge y á los hijos; pero agregando que la garantía tutelar deberá ser otorgada aun por todos estos tutores legítimos, cuando el juez, con audiencia del curador, lo crea conveniente. Aparte la observación que acabamos de exponer, pues insistimos en que hay hechos tan gravemente culpables, que el legislador no debe ni aun suponerlos, siquiera sea porque es más trascendental y funesto que ellos mismos, el remedio escandaloso que se les quiere aplicar, es de observarse que el actual código del Distrito Federal, incurre en el censurable defecto de exponer, en la excepción de un principio, mayor número de términos que los que en él se contienen. En efecto, el art. 490 menciona al cónyuge y á los hijos, de que no se habla en el inciso III del 487, que, como queda dicho, trata de los tutores exceptuados de la caución previa. Más sencillo y claro habría sido mencionarlos á todos de una vez, para en seguida sujetarlos á todos también al límite de la excepción, que se establece.

273. Están, también, exceptuados de la obligación de dar fianza los que recojan á un expósito y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él. Tal es el texto de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala (arts. *cits.*), respecto del cual debemos observar que no expresa nada nuevo y solo sirve para confundirnos acerca de lo que ya había preceptuado el legislador en textos anteriores. Hemos visto antes (núm. 215) que, aparte el caso de expósitos admitidos en los hospicios, los re-

cogidos por un particular, están bajo la tutela legítima de éste. Tal tutor ¿tendrá la obligación de caucionar su manejo? Sí, y ya lo sabíamos (núms. 253 y 254), con tal de que el expósito resulte beneficiado en virtud de que alguna persona le hubie-
ra donado una cantidad para su cuidado, educación y alimentos; no, si como sucede generalmente, el expósito es un sér pobre y desvalido, en nombre de quien sería la cosa más extraña del mundo solicitar caución al hombre caritativo que le hubiese hecho el favor de salvarlo de la miseria. ¿Qué importa aquí esa, que parece condición puesta por los Códigos citados, de que el expósito hubiera sido *alimentado y educado convenientemente por más de diez años*? Importa tan poco, que si el tutor legítimo de que hablamos, ha recibido pensión para cuidar del expósito, entra en el principio general que obliga á todos los tutores á garantizar previamente su buen manejo. Por lo demás, la educación y alimentación *convenientes* para el pupilo, son obligaciones de cualquier tutor, que podrá ser removido de su encargo si no las cumple (núms. 252 y 253), como lo hemos expuesto ya, y tendremos oportunidad de recordarlo más adelante al hablar del *desempeño de la tutela*.

274. Está también exceptuado, en cierto modo, de la garantía previa de su buena administración, el tutor que sea al mismo tiempo coheredero del incapaz, cuando no tenga más bienes que los hereditarios, pues los dos Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala (arts. 588 del de 1870, 491 del actual y 381 del último), declaran que no se le podrá exigir al primero otra hipoteca que la de su misma porción hereditaria y esto por el importe de la mitad de la del incapaz. Si la porción hereditaria del tutor no iguala á esa mitad, deberá integrarse la garantía, con hipoteca de otros bienes del tutor, ó con fianza; pero siempre hasta igualar la mitad que se señala. Un ejemplo hará patente esta disposición de nuestros textos: Supóngase

que una persona muere, dejando bienes raíces por valor de cuatro, é instituyendo heredero de tres á un menor, de medio á H. y del medio restante á P.—Si H. es nombrado tutor del menor, que no tiene otros bienes que los tres que se le han dejado por herencia, deberá garantizar su buen manejo tutelar, no sólo con el medio que le pertenece, sino con uno más de sus propios bienes ó con fianza, para cumplir con la prescripción de los textos legales citados.—Estos suponen, como se ve, que el menor ó incapaz no tenga otros bienes que los hereditarios de que se trata. Déjase, pues, entender, que si tiene otros bienes, habrá de seguirse la regla general.—Fuera de la confianza que los legisladores han podido tener en aquella persona á quien se instituye heredera á la par que al menor, confianza que hace innecesario el otorgamiento de la garantía tutelar, no alcanzamos la razón de esta excepción. Aun la misma razón de la confianza no satisface por completo, pues ese coheredero, convertido, después de la muerte del testador, en tutor, puede ser un extraño, y como tal, está obligado á la caución de los tutores, si el testador no lo ha relevado expresamente de ella (núm. 268).

275. Finalmente, están exceptuados de dar fianza los tutores interinos (núm. 108), salvo que tengan administración de bienes. Así lo prescriben los arts. 2210 del código de procedimientos civiles del Distrito Federal de 1872, 1414 del actual y 1380 del de Tlaxcala.

NUM. 4.—DEL PLAZO PARA OTORGAR LA CAUCION.

PROCEDIMIENTOS

276. Como nada será más frecuente que las demoras de los tutores nombrados, para otorgar la caución á que están obli-

gados antes de entrar en el ejercicio de su encargo, los dos códigos del Distrito Federal (arts 583 del de 1870 y 485 del actual) fijan un plazo improrrogable de tres meses para que el tutor, después de aceptado su nombramiento, cumpla esa obligación. El trascurso de ese tiempo, sin que la garantía sea otorgada ¿importa la inhabilidad del tutor nombrado y la necesidad de nuevo nombramiento? El código del Distrito Federal de 1870 (art. *cit.*) declara que, en este caso, podrá el juez, con audiencia del curador, disminuir el importe de la garantía; pero de modo que no baje de la mitad de los valores por qué debía prestar aquella. Según esta legislación, en consecuencia, no basta el trascurso de los tres meses, sin que el tutor nombrado haya garantizado su administración, para que se le considere separado de la tutela, pues todavía hay la esperanza de que el juez, como acabamos de expresarlo, disminuya hasta la mitad el importe de la garantía. Una sentencia, sin embargo, ha declarado que, por el solo hecho de haber trascurrido más de siete meses sin darse la garantía ofrecida por el tutor, había dejado de serlo, no obstante no haber precedido declaración de que el juez no le disminuía, en ejercicio de la facultad que la ley le reconoce, el valor de la caución. Y cómo esa facultad del juez puede llegar hasta disminuir la caución de modo que no baje de la mitad de los valores por que debe ser otorgada, claro está, sobre todo si se toma en cuenta que debe oír al curador, que no procede la inhabilitación del tutor nombrado, por no caucionar, sin que preceda la declaración judicial, ya de que la caución no es disminuida, ora de que aun así, no ha podido ser prestada por el tutor. Creemos, pues, que dicha sentencia extrema el pensamiento del legislador, dando lugar a que se crea que un nuevo tutor debe reemplazar al nombra-

do, cuando todavía se encuentra en aptitud de poderlo ser (1). Hay, sin embargo, algún motivo de duda á este respecto, como lo haremos notar antes de terminar este punto. El código actual del Distrito Federal se manifiesta más severo en orden al plazo de que goza el tutor para el otorgamiento de la garantía. "Se creyó, dice la exposición de motivos, que la facultad otorgada al Juez de disminuir hasta la mitad aquella, hacía nugatoria su prescripción, y además se tomó en cuenta que, suprimida en el nuevo código la restitución *in integrum*, se hacía necesario garantizar por otros medios á los incapaces." Así, según este código, el simple transcurso de los tres meses, después de aceptado su nombramiento, sin que el tutor preste la garantía por las cantidades que en su oportunidad expresamos (núm. 256), basta para que se proceda al nombramiento de nuevo tutor. El código de Tlaxcala se coloca en un punto de vista aún más accesible que el código del Distrito Federal de 1870, pues no fija (art. 378) ningún plazo para el otorgamiento de la hipoteca ó fianza tutelar. Esta disposición nos parece pecar por el peor de los extremos, es á saber, el de mantener indefinidamente en suspenso el ejercicio de la tutela definitiva, viviendo el incapaz á merced de las determinaciones del juez y de las limitadísimas facultades de un tutelar provisional.

277 Mas ¿quién desempeñará la tutela del incapaz durante el plazo determinado según algunos códigos, indeterminado según otros, en que el tutor debe prestar la garantía. En este particular se manifiestan absolutamente conformes nuestros tres códigos á que nos hemos venido refiriendo, pues todos á una declaran que, mientras se otorgan la hipoteca ó la fianza, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino,

(1) Sentencia del Juzgado de 1^a Instancia de Hermosillo (Estado de Sonora) de 18 de Febrero de 1874. c "El Foro," tomo II, núm. 1209.

quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos de administración, que los que le sean expresamente determinados por el juez, siempre con intervención del curador (arts. 584 del código del Distrito Federal de 1870; 486 del actual y 378 del de Tlaxcala). Un tutor interino, pues, con facultades de mera administración, y en tanto ejercidas, en cada caso particular, en cuanto le sean determinadas por el juez, desempeñará el encargo de vigilar al incapaz y de administrar sus bienes, mientras el tutor definitivo llena la importantísima obligación de caucionar su manejo. ¿Quiere esto decir que el tutor interino no tiene la representación de tal, sino durante el espacio de tres meses, que ambos códigos del Distrito Federal prefijan? Nada que decir sobre este punto, atento el código de Tlaxcala que, como acabamos de exponerlo, ha preferido el poco conveniente extremo de no poner un límite al tiempo en que el tutor nombrado debe dar la garantía. En cuanto al código actual del Distrito Federal, sin vacilar creemos que el tutor interino cesa en sus funciones, por el solo hecho del trascurso de dicho tiempo, y así se deduce, con toda evidencia, de los arts. 485 y 486 combinados. ¿Podremos decidir lo mismo ante el código del Distrito Federal de 1870? La sentencia de que antes hicimos mención así lo decide, interpretando en tan restrictivo sentido el art. 584 de este código. Ciertamente esto pudiera deducirse de tal precepto; pero ¿cómo conciliar semejante deducción con la facultad concedida por el art. 583 al juez para disminuir hasta la mitad, de los valores debidos, garantizar, el importe de la caución, y esto, después de haber oído al curador? Cuando menos algunos días más de los tres meses fijados puede durar el tutor interino, ó nuestro legislador ha empleado un vocabulario ilusorio é impracticable.

278. ¿Cuáles son las obligaciones del tutor interino? Acaba-

Tomo V.—P. 39

mos de decir que no puede ejecutar sino los actos de administración que el juez le determine. Nuestra legislación civil de procedimientos añade (arts. 2206 del código de la materia del Distrito Federal de 1872, 1410 del actual y 1377 del de Tlaxcala) que el tutor interino tiene que presentar, dentro del término que designe el juez y con presencia de los datos que existen en los libros de la testamentaria ó del intestado, un cómputo aproximado de la cuantía de los bienes, productos y rentas, cuya administración y manejo deba garantizar en los términos que quedan expresados. Los arts. 2207 del primero de estos códigos y 1411 del segundo, declaran que de ese cómputo hecho por el tutor interino, se dé traslado al Ministerio Público, para que en vista de su respuesta se determine el otorgamiento de la garantía.