

# TITULO NOVENO DE LA TUTELA.

---

## CAPITULO I.

### *Disposiciones generales.*

---

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

*Art. 404. Tienen incapacidad natural y legal:*

*I. Los menores de edad no emancipados.*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*Art. 413. El cargo de tutor se defiere:*

*I. En testamento.*

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

*III. Por nombramiento exclusivo del Juez.*

*IV. Por la ley.*

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

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

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

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

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

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

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

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

## SECCION I.

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

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

(1) *Patres familiarum sunt, qui sunt sue potestatis, sive púberes, sive impúberes; simile modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quæ sunt in aliena potestate.* (Dig. lib. 1, tit. 6, l. 4.)

(2) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 534.

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

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

(1) Dig. lib. 50, tit. 16, l. 239.

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

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

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

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

(1) Suetonio, *Claudio*, 23.

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

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

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

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

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

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

(3) *Gaius, cap. 1, § 192.*

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

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

(6) *Gaius, cap. 1, § 171.*

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

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

(1) *Gaius*, cap. 1, §§ 144, 155, 165, 166, 185 y 195.—*Id. id.* § 148.—*Id. id.* § 150.—*Id. id.*, § 154.—*Id. id.* §§ 180 y 181.—*Ulpiano*, 11, 22.—*Tito Livio*, lib. 32, § 2.—*Ciceron*, *Pro Murena*, 12, 27.

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

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

(4) *Dion Casio*, 52, 20.

(5) *Capitolino*, *Marco Aurelio* 10.

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

(7) *Cód.*, lib. 5, tit. 31, l. 7.

(8) *Dig.*, lib. 1, tit. 7, l. 8.

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

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

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

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

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

(3) *Cód.* lib. 5, tít. 4; l. 20.

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

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

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

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

(8) *Cód.* lib. 4, tít. 38, l. 2.

(9) *Cód.*, lib. 5, tít. 70, l. 6.



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

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

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

(2) Ulpiano, 12, 3.—Paulo, 3, 4, § 7.

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

(4) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 6.

(5) *Dig.* lib. 23, tít. 2, l. 20.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(4) *Cód.*, lib. 5, tit. 43, l. 7.

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

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

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

(8) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tit. 3, l. 3.—*Fuero Real*, lib. 3, tit. 7, l. 2.—*Part.* 6, tit. 14, l. 4.—*Id. id.* tit. 16, ll. 12 y 13.—Gutiérrez, *part.* 3, caps. 25 y 27.

## DERECHO MODERNO.

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

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

## NÚM. 1. ¿QUÉ ES TUTELA?

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

#### NÚM. 2. ¿QUIÉNES ESTÁN SUJETOS Á TUTELA?

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

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



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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

lo mismo que la francesa (art. cit. 489) declara que la enajenación mental sujeta al paciente á tutela ó curatela, *aun cuando tenga intervalos lúcidos*. Si hemos censurado, en nombre de la ciencia, la teoría de los intervalos lúcidos, con cuyo fundamento la ley permite el matrimonio que se contraiga durante ellos, no podemos menos que aplaudir, sin dejar de señalar en esto una contradicción, que se sujete á tutela á esos incapacitados en quienes las aparentes reparaciones de la razón no hacen, como enseña Ducaurroy, sino indicar, como más necesaria, la interdicción (1). En efecto, cuando se trata de enajenación sin intermitencias, la misma franqueza de la enfermedad ahuyenta todo peligro de un contrato cualquiera, áun dañoso, con el incapacitado. Fuera de esto, creemos haber demostrado que la ciencia no ha logrado decir la última palabra ni sobre la naturaleza del intervalo lúcido, y lo que es más importante áun, ni sobre su duración, circunstancias ambas que hacen imposible establecer el verdadero estado del enajenado en un momento cualquiera. Ante este inconveniente que, de no haber sido orillado por el legislador con la absoluta y constante sujeción á la tutela, habría sido causa de insolubles litigios, no quedaba otro medio que declarar cómo áun los intervalos lúcidos constituyen un estado perfecta y debidamente compatible con la sujeción tutelar, en lo cual la legislación moderna, no hace sino repetir una prescripción de la antigua (2).

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

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

(2) Cód. lib. 6, tít. 70, l. 6.

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 1.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 5, l. 12, § 2.

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

---

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

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

---

(1) Laurent, tom. 5, núm. 340.—Bertrand de Greville, *Rapport au Tribu. nat.*, núm. 1.—Emmery, *Exposé des motifs.*, núm. 12. (Loché, tom. 3, págs. 473 y 475.

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

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

---

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



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

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

(1) Duranton, tom. 2, núm. 798.—Toullier, tom. 2, núm. 1371.—Démolombe, tom. 8, núm. 523.

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

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

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

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

(2) Laurent, tom. 5, núm. 303.

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

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

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

### NUM. 3. CONDICIONES DE LA TUTELA.

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

(1) Laurent, tom. 5, núm. 303 bis.

(2) L. L. 2 y 3, tít. 18, *Part. 6*,—De la Serna, *Derecho Romano*, lib. 1, tít. 25 y 26.—Novis. Sala Mexicano, tom. 1, lib. 1, tít. 7, núm. 34.

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

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

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

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

---

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 15.

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

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 4.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 52, l. 2.

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

(3) *Cód.*, lib. 5, tít. 40, l. 1.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 59, l. 5.

(5) *Dig.*, lib. 25, tít. 7, l. 3, § 6.

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

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

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

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

(1) *Part. 6*, tít. 16. l. 1. 9 y 11.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, lib. 1. cap. 3, art. 2.—Alvarez, *Ob. cit.*—Febrero, edición de Galván, lib. 1, tít. 10. cap. 1, núm. 14 y cap. 2, núm. 6.—Hevia Bolaños, *Curia Philipica*, part. 1. § 18. núm. 11.—Curia Mexicana, pág. 286, núms. 89 y 860.—Sentencia de los Juzgados 1.º y 2.º de Letras de la ciudad de Guanajuato, 28 de noviembre de 1853. (Gaceta de los Tribunales tom. 3, pág. 233.)

(2) Argau, *Institution au droit français*, tom. 1. pág. 51.—Merlin, *Rep. "tutela"*, sect. 2. § 2, art. 1.—Arrets: Paris, 15 Messidor, an XII Rouen, 3 mai 1812. (Daloz. *Rep. "Minorité"*, núms. 59, 1.º y 393); Dijón 14 mai 1862. (Daloz 1862, 2, 121).

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

(4) Delvincourt, tom. 1, pág. 105, not. 1.—Toullier, tom. 2, núm. 1123.—Demante, tom. 1, núm. 405.—Demolombe, tom. 7, núm. 231.—Laurent, tom. 4, núm. 369.

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

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

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

(2) *Partida 6*, tit. 16, l. 8.



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

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

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

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

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

(3) Laurent, tom. 4, núm. 370

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

(5) Demolombe, tom. 7, núm. 233.

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

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

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

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

---

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 421, § 103.—Demolombe, tom. 7, núm. 367.

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

(2) Serna y Montalvan, lib. 1, tít. 6, núm. 237.—Sentencia de la Excm. 1.<sup>a</sup> Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, de 20 de Junio 1851. [Gacet. de Trib., tom. 1, pág. 513].

(3) Laurent, tom. 5, núm. 247.

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



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

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

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

---