

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 creerse á Goymas (1) se remonta á la antigua legislación española y hasta la romana. Funda este insigne juriconsulto 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 *mismos 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 grande 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, *Établissements de Saint Louis*, tom. I, pág. 145.

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

(3) Viollet, *Hist. de 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 INHÀBILES PARA LA TUTELA Y DE LOS QUE DEBEN SER SEPARADOS DE ELLA.

Art. 462 No pueden ser tutores aunque estén auentes 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 1^o, 2^o y 4^o 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 demas 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 averigie 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, imbéciles y sordomudos.

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 tuvieren con él un litigio cualquiera, exceptuándose los ascendientes, porque su afecto era una garantía contra el fraude (10). Si cualquiera de las incapacidades mencionadas sobrevenia 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, salvadas 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 inhábili-
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, 1. 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 Zacharías, profesó 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 (num. 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 incapacitados 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 exponremos 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, tít. 24.

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

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

(5) Part. 6, tít. 16, l. 9.—Id. 3, tít. 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 como 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, respecto 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*, en seña 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 infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae 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 transecurso 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 Just. 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, 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 denunciaban 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^o de esta obra, núm. 330, 3.º

los derechos de familia. Era lo que en Roma se llamaba *maxima diminutio capitis* y en ella incurrían 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 incurrían 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 *máxima* 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 corrupción 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. II, núm. 90).

(3) Arrêt: Ronen, 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. cits.). 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. cits.) 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, *verbi gratia*, 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 ó hijo del tutor, *propter affectionem quae 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 juriconsulto: ó el hijo está bajo la patria potestad, ó emancipalo, 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 ó 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 juriconsultos

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

(2) "Gloss. ad Auth. minoris Cod. qui dar 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. præst.

(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 alfonsina (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 Veraacruz 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 conta lo que ninguna de ambas penas tiene justa aplicación, sino cuando la persona de que se trate, ha si lo 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 Cuneus, in l. cum eo, Dig. de pact.

(2) Bartolo, "in dict. auth. minoris."—Zalaceto, "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 sitios 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.—Demolombe, 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. 42.

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