

CAPITULO X

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

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

I. En hipoteca:

II. En fianza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION X.

ANTIGUO DERECHO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 7.

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

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

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

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

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

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

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

(5) Partida 6, tít. 16, l. 21.

(6) Partida 6, tít. 13, l. 23.

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

DERECHO MODERNO.

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

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



IBTES
JU

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

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

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

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

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

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

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

¿En qué puede consistir la caución?

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

nociendo sino la hipoteca legal, como garantía previa de la administración tutelar. Esto se deduce del texto de los arts. 2060 inciso 7, y 2104 del Código del Estado de México, 2290 inciso 7, y 2315 del de Veracruz. La terminología de estos preceptos impone la convicción de que, en el concepto de sus autores, si el tutor está obligado á caucionar su buena administración, es á condición de hipotecar previamente sus bienes inmuebles, pues de otro modo el consejo de familia puede removerlo de la tutela. La caución, pues, que estos Códigos exigen al tutor de su buen manejo, es la antigua hipoteca tácita (núm. 250) por las resultas de la administración. Inútil, en consecuencia, hablar, ante estas legislaciones, de fianza, porque á ello no autorizan los textos citados, cuyo modelo se encuentra en los arts. 223 y 1832 del mencionado *Proyecto*. Sin vacilar declaramos cuánto es difícil é impracticable, en muchos casos, este sistema que, supretexo de respetar la tradición del antiguo derecho, hace de la tutela un cargo, solo accesible para los propietarios de bienes raíces, únicos sobre los cuales puede recaer la hipoteca. Nótese, sin embargo, que, establecido esto último en el derecho moderno, la antigua tradición ya no tiene razón de ser, pues según ella, ni la hipoteca *tácita* existía previamente al principio de las funciones tutelares, ni estaba circunscrita sólo á los bienes inmuebles, pudiéndose extender á todos los del tutor, de cualquiera clase que fuesen (1).

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

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

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

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

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

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

De las seguridades de su conservación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Castillo *Quid. contr. de usufruct.*, lib. 1 cap. 3. núms. 119 y 120—Giurb *Ad consuetud.* cap. 7, glos. 19—Julius Capon. *Discip.* tom. 5, 394 núm. 4.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(2) *Dig.* lib. 25, tit. 4, l. 5, § 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROCEDIMIENTOS

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

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

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

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

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

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

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

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

AUMENTO

Habiendo en estos días despachado la siguiente consulta sobre puntos que se relacionan con las materias comentadas en este tomo, creemos conveniente publicarla, entendiendo que podrá servir para la mejor comprensión de nuestro comentario.

CONSULTA dada por el abogado que suscribe, sobre los siguientes puntos de derecho:

Primero: El artículo 426 del Código civil, determina que la madre viuda que da á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos de patria potestad. La madre viuda, en ese caso, ¿pierde ipso facto los derechos de patria potestad, ó es necesaria la declaración judicial que así lo determine, previo el juicio respectivo?

Para resolver esta primera cuestión, creemos muy conveniente examinar, ante todo, la razón que tuvo el legislador para exigir toda severidad de costumbres á la madre ó abuela viuda, si había de ejercer las augustas funciones de la patria potestad. "Todas las naciones, decía Portalis, exponiendo los motivos del art. 213 del Código de Napoleón, ilustradas en este punto por la experiencia y por una especie de instinto, han creído de común acuerdo, que el sexo más amable debe

también, para dicha de la humanidad, ser el más virtuoso. Las mujeres conocerían poco su verdadero interés, si en esta severidad aparente que se usa con ellas, vieran tan sólo un rigor tiránico y no una distinción útil y honrosa. . . . No es en nuestra injusticia, sino en su vocación natural donde las mujeres deben buscar el principio de los deberes más austeros que les han sido impuestos para mayor ventaja de ellas mismas y en provecho de la sociedad (Discurso 15).” Hé aquí, sin duda, elocuentemente expresada la razón de los legisladores modernos para haber establecido en el artículo 426 de nuestro código civil del Distrito Federal de 1870, concordante al pie de la letra con el 399 del actual, 320 del código del Estado de México, 371 del de Veracruz y 296, inciso 4º del de Tlaxcala, la grave pena de pérdida de la patria potestad en contra de la mujer culpable en el sentido indicado. Esta exigencia con la madre ó abuela viuda no es una novedad de las leyes modernas, pues ya en la legislación Justiniana encontramos el principio de que la lujuria no debe tener más derechos que la castidad (*non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria*); una ley de Partida, al encomendar de toda preferencia la tutela legítima de los huérfanos á la madre, con tal de que sea “buena mujer” (Partida 6ª, título 16, ley 9) y el Fuero Juzgo avanzaban hasta castigar con la pérdida de la mitad de sus bienes á la viuda por “fazer adulterio.” Los glosadores expresaban con toda claridad la razón del principio, recordando que á la viuda que pasa á segundas nupcias, se le privaba de la tutela legítima de los hijos. ¿Cómo no obrar del mismo modo con la viuda culpable de prostitución? *Non debet meliores esse luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio.* El principio no se encuentra en texto expreso del código francés; pero la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan, si bien tratando sólo de la tutela de la madre (Salviat, tomo 2, página 63.—Proudhon, tomo 1, número

146, Vazeille, *Du mariage*, tomo 2, número 431,—Delvincourt, tomo I, página 248, nota 2).

Pero ¿incurrirá la madre así culpable en la terrible pena de perder la patria potestad sobre sus hijos por sólo el hecho de dar á luz uno ilegítimo, sin necesidad de juicio en que tal se pretenda, ni de sentencia que lo declare? Sin vacilar contestamos que no, por dos razones de la mayor evidencia. Es innegable la semejanza entre la tutela y la patria potestad. Aquella es la imágen de ésta. La tutela hace en el derecho las veces de la patria potestad. Todas las legislaciones se manifiestan de acuerdo, en que es necesario sustituir, sin tardanza, con un amparo en favor de los huérfanos, el poder que la misma naturaleza les otorga, cuando la muerte ó cualquiera otra desgracia les priva de su protección. Ese amparo es la tutela, cuyo primer origen está, por lo mismo, en el testamento, es decir, en la última voluntad del padre, no perteneciendo á las leyes el derecho de designar el tutor, sino en caso de no haberlo testamentario, y siempre á condición de elegirlo entre los parientes más inmediatos, porque se supone que estos habrían sido los nombrados por el testador.

Ahora bien, esa semejanza entre las dos autoridades protectoras del hijo ¿no nos obligará á garantizar la duración de su ejercicio con las mismas seguridades, no haciéndola depender, ni del arbitrio de los interesados, ni de las contingencias del acaso? Creemos que sí, pues lo contrario equivaldría á sostener que es menos importante la patria potestad que su imágen, la tutela, y que, si á los hijos, al cuidado de su educación é intereses importa muchísimo que no haya sino cambios motivados é inevitables en el personal encargado de la segunda, es asunto indiferente cualquiera modificación en orden á la primera. Sería monstruoso atentado, por otra parte, que tanta ligereza se observase respecto de una institución que las leyes civiles po-

sitivas no han hecho sino reconocer, como que ella existe y ha existido siempre por el imperio incontrastable de la naturaleza.

Pues bien, el tutor no es separado de su encargo por el sólo hecho de incurrir en alguna de las causas que ameritan su destitución. "No basta, hemos dicho en nuestra obra "Principios de derecho civil mexicano," tomo 5º núm. 257, haber establecido las causas que motivan la remoción del tutor, pues se necesita determinar la manera de llevar á cabo, sin peligro de dudas y arbitrariedades, esa medida que hace necesaria, en ciertas circunstancias, el interés mismo de los pupilos. ¿Habrà ella de ejecutarse por simple acuerdo privado entre las personas interesadas, ó será necesario que todo sea efecto de sentencia judicial? Lo primero sería exponer asunto tan trascendental como los bienes físicos y morales de los menores, no menos que los intereses de las partes extrañas que con el tutor de aquellos hubiesen contraído obligaciones ó adquirido derechos, á las inseguridades y no poco frecuentes injusticias de los convenios entre particulares. Lo segundo lo reclama el caracter de interés público que no puede menos que revestir la tutela, atentas, ya no tan sólo la conveniencia de los menores de edad, que pueden mañana convertirse en miembros útiles del cuerpo social, sino también la justicia que es de asegurarse á todos los que han podido celebrar contratos con los legítimos representantes de aquellos. Por esto se ha pensado desde antiguo, que al que tiene curador, no se le dé otro, so pena de ser nulos y de ningun efecto todos los actos practicados por éste, antes de la legal remoción de aquel (Partida 6, título 16, ley 13—Sentencia de los Juzgados 1º y 2º de Letras de Guanajuato de 28 de Noviembre de 1833, Gaceta de Tribunales, tomo 3, página 283); y lo mismo, si bien siguiendo diverso sistema, preceptúan los códigos modernos, como es de verse en los artículos 446,

447, 448 y 449 del Código de Napoleón; 390 del de Estado de México; 432 del de Veracruz; 564 del del Distrito Federal de 1870; 466 del actual y 358 del de Tlaxcala. Según los tres primeros es el consejo de familia convocado por el protutor, ó de oficio por el Juez de Paz, quien pronuncia la destitución del tutor, sobre motivos fundados y mediante audiencia del tutor mismo. Este tiene los recursos legales en contra de la decisión que le sea adversa. Según los otros códigos, la separación debe hacerse siempre con su audiencia y por sentencia judicial, después de juicio ordinario.”

El derecho romano era terminante á este respecto. *Damus*, decía el edicto pretoriano, *autem jus removendi suspectos tutores Romae praetoribus: in provinciis proesidibus earum* (Digesto, libro 26, tit. 10, ley 1, párrafo 3). La acción era popular en contra del tutor sospechoso: *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere* (Digesto, lib. id, tit. id, ley id, párrafo id.); pero podía ser removido de la tutela de oficio por el pretor, si á este le constaba tal circunstancia: *Praeterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli. Est magis est, ut repelli debeat, si praetori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est* (Digesto, lib. id. tit. id. ley 3, párrafo 4). La sentencia de exclusión ó destitución debía fundarse en motivos de hecho y de derecho: *Decreto igitur debet causa removendi significari ut apperiat de existimatione* (Digesto, lib. id, tit. id, ley 4, párrafo 1). El tutor podía apelar de la sentencia que pronunciase su exclusión ó destitución (Digesto, lib. 27, tit. l. l. 13).

En el derecho moderno son dignos de tomarse en cuenta los textos antes citados del código de Napoleón, con tanto más motivo, para la más acertada resolución del tema á que nos

venimos refiriendo, con cuanto que, según él, la madre viuda no desempeña la patria potestad, sino sólo la tutela sobre sus hijos. Pues bien, para no citar otros comentarios que los de dos de los tratadistas más reputados de Francia, como que el uno representa la tradición de los principios, mientras el otro es el expositor más autorizado de su filosofía, recordamos que Demolombe dice que, entre las causas de exclusión ó destitución del tutor, tiene lugar de pleno derecho la que resulta de una condenación judicial. En cuanto á las otras, que se fundan sobre la mala conducta notoria, el mismo autor asienta que deben necesariamente ser pronunciadas por los tribunales, previo exámen y con perfecto conocimiento de causa. “La exclusión ó la destitución, medidas rigurosísimas en contra del tutor, no pueden, dice este profesor, ser tomadas en cuenta sino después de haberlo oído, teniendo siempre el derecho de apelar y después de una deliberación motivada. (Curso del Código de Napoleón, tomo 7, números 497 y 500.)” Laurent examina la misma cuestión desde el punto de vista de las obligaciones del protutor á quien el art. 448 francés impone la de proponer la exclusión ó destitución del tutor. “Se trata de saber, dice este insigne jurisconsulto, si debe aplicarse en este caso el derecho común, que exige que *toda persona* sea oída antes de ser herida con una pena. Todo prueba que el legislador ha querido referirse á esta regla de Derecho natural (Derecho civil francés, tomo 4, núm. 531).”

Debemos, pues, concluir, que si al tutor deben guardársele las consideraciones de que primero sea oído en juicio y sentenciado en definitiva para ser excluido y destituido de su encargo, por mayoría de razón tiene que observarse el mismo procedimiento con la viuda que ejerce la patria potestad, pues nada convence de que *a priori* deba juzgársela indigna de continuar desempeñando el ministerio que ella ha recibido de la

naturaleza, y en cuyo ejercicio la confirma el acendrado é incontestable amor hacia sus hijos.

Però hemos anunciado que había otra razón para interpretar de esta manera nuestras leyes. Queremos referirnos á lo que importaría ese prejuicio sobre indignidad de la madre viuda para continuar ejerciendo las augustas funciones de la patria potestad. El texto legal cuya más acertada interpretación tratamos de encontrar, dice: La madre ó abuela viuda que da á luz un hijo *ilegítimo*, pierde los derechos de la patria potestad." Examinémos este punto de la ilegitimidad del hijo bajo los dos aspectos á que en nuestro concepto se presta.

Primera hipótesis: La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, reconoce otro más, cuya época de nacimiento hace presumir que es ilegítimo, según lo que después expondremos. ¿Será éste el supuesto á que se refiere el texto legal que trata de la privación de la patria potestad en contra de la madre viuda? Como lo hemos dicho en nuestra mencionada obra de Derecho (tomo 5, núm. 64), creemos que este es el único caso á que la ley puede referirse en ésta materia, por ser el más obvio y frecuente. El reconocimiento, en efecto, al menos por el momento y mientras no sea contradicho por el hijo, quien tiene cuatro años para reclamar contra él, á contar desde que toque la mayor edad, si antes tuvo noticia del mismo, y en caso contrario desde que la tuvo, prueba que la madre viuda dió á luz un hijo ilegítimo. Verdad es que el simple reconocimiento no prueba la maternidad, pues puede prosperar mañana la reclamación contraria del hijo; pero repetimos, que al menos provisionalmente, ese acto prueba que ha sido dado á luz un hijo. Si éste, tomando en cuenta el máximum del tiempo de la preñez, no puede ser del marido, claro está que es ilegítimo, y que la autora de su reconocimiento deberá per-

der la patria potestad sobre el otro hijo, recurriéndose, en consecuencia, á la tutela legítima.

Segunda hipótesis. La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, da á luz otro, cuyo nacimiento tiene lugar después de trescientos días de muerto su padre. No necesitamos recordar aquella frase del jurisculto Gallo, que fundado en la doctrina Hipocrática, decía: *Si post mortem in decem mensibus proximis natus erit, haeres esto.* (Digesto lib. 38, tit. 2, ley 29). Esta era la jurisprudencia antigua, no considerándose sino como ‘un suceso prodigioso y raro,’ para servirnos de las expresiones de Gregorio López (Glosa á la ley 4, tit. 23, Partida 4), que un hijo naciese, sin mengua de su legitimidad, en el undécimo mes de su vida intrauterina. Las legislaciones modernas, inclusive la nuestra, han seguido esta tradición, que sin embargo, no confirma la ciencia (Memoria ante el Instituto de Francia por el Dr. Petit, 1766, citada por Merlin, Repertorio “Legitimité,” Sect. 2, párrafo 3). Así el art. 314, inciso 2 del Código del Distrito Federal de 1870, declara que se presumen por derecho, legítimos: los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

Esta declaración significará que el simple nacimiento del hijo, así retardado, baste á fundamentar su ilegitimidad aun cuando nadie la reclame y sin necesidad de contienda judicial? Al comunicarse al Tribunado la redacción actual del art. 315 del Código Francés, que dice: “La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, *podrá ser negada;*” aquel respetable cuerpo hizo observar: 1º que por la manera con que este artículo aparecía redactado, parecía que si la legitimidad del hijo, *nacido doce meses*, por ejemplo, después de la disolución del matrimonio, no era negada, tal

hijo debería ser reputado como legítimo, lo cual no podía, según los tribunales, ser el pensamiento de la ley; 2^o que el artículo en cuestión debía, por lo mismo, ser concebido en términos más precisos y positivos, estableciéndose, en vez de la facultad de negar ó no la legitimidad de este hijo, que por el lapso de cualquier tiempo, época fatal, después de los trescientos días, ya no fuese posible la legitimidad del hijo de que se trata y 3^o que la Sección se vería obligada á adoptar la siguiente relación: "la ley *no reconoce* la legitimidad del hijo nacido *trescientos y un día* después de la disolución del matrimonio." El art. 315 de este Código permaneció, sin embargo y ha llegado hasta nosotros, tal como antes lo hemos trascrito. ¿Cuál es la razón de esto? Escuchemos á Duveyrier, orador del Tribunalado ante el Cuerpo Legislativo: "Los nacimientos tardíos no exigen ninguna disposición condicional. Es claro que la legitimidad de un hijo podrá ser negada, si nace en el onceno mes después de la disolución del matrimonio, ó por mejor decir, á lo menos trescientos días después de disuelto el matrimonio, porque entonces él ya no puede colocarse en el matrimonio ni su concepción, ni por consiguiente, la presunción legal de su legitimidad. *¿Por qué tal hijo no es de derecho ilegítimo y puesto en el número de los hijos naturales? Porque todo interés particular no puede ser combatido sino por un interés contrario. La ley no está llamada á reformar lo que ignora; y si el estado del hijo no es atacado, queda al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper.*" Laurent da otra razón: es un último favor, dice, que la ley acuerda á la legitimidad. Si el estado del hijo no es negado, se le reputará como legítimo. Aquí todavía la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo nacido *uno ó dos años* después de la disolución del matrimonio, es ciertamente un hijo natural; sin embargo, *será legítimo si nadie ataca su legitimidad.* El legislador prefiere esta ficción que á nadie hace mal

puesto que á nadie la niega, la realidad, porque proclamar ésta, sería herir inútilmente al hijo; (Laurent, tomo 3, núm. 386. — Demolombe, tomo 5, núm. 83.—Marcadé, tomo 2, *sur l'art.* 315, núm. 16, 1.—Duranton, tomo 2, núm. 58.—Dalloz, *Reper-*torio "Patern. et Filiat." núm. 85.—Demante, tomo 2, núm. 42, bis I.—Mourlon, tomo 1, núm. 890.—Arntz. *Droit civ. franc.* tomo 1, núm. 529).

¿Cuál es, sobre esta materia, nuestra legislación? Puede asegurarse que desde la ley de 10 de Agosto de 1857, aquella es conforme de toda conformidad, al espíritu que dictó el art. 315 francés. También será inhábil para heredar, decía el art. 25 de esta ley, al marido de su madre, el hijo nacido vividero en el mes undécimo después de muerto el primero..... si los herederos de éste se opusieren á que el hijo sea reputado como del marido. La ilegitimidad, pues, no procedía sino á instancia de los herederos del marido, de manera que, en caso de no haber tal demanda, el hijo nacido en el undécimo mes y así en adelante, después de la muerte del marido, era hábil para heredar al padre como hijo legítimo. El Código del Distrito Federal de 1870, sigue, á no dudarlo, el mismo sistema. Para convencerse de ello, basta leer los arts. 319, 325 y 326 que suponen la posibilidad de una contienda judicial sobre la legitimidad ó ilegitimidad del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio y que previenen, como el art. 318 francés, que *todo acto extrajudicial que contenga el desconocimiento de parte del marido ó de sus herederos, se tendrá como no verificado..... si no es seguido de una acción judicial dirigida contra un tutor dado al hijo y en presencia de su madre.* ¿Qué objeto podían tener estos preceptos, si la ilegitimidad resultase del simple hecho del nacimiento del hijo después del período máximo de la preñez? La necesidad, pues, de un litigio con su sentencia definitiva, se impone, para que el hijo así nacido sea reputado ilegítimo, no bastan...

do por lo mismo, la sola presunción legal de que antes hablamos. ¿Cómo entonces aceptar que la madre de ese hijo sea privada de la patria potestad, por sólo el hecho del nacimiento de aquél? Dos juicios, pues, son necesarios: el de desconocimiento del hijo y el de privación de la patria potestad, que es consecuencia del anterior.

Segundo: *La madre viuda, después de tener hijos ilegítimos, á nombre y en representación de sus hijos legítimos menores de edad y previa la autorización judicial concedida cuando se llenaron los requisitos de ley, vendió á un tercero bienes raíces y le cedió acciones, todo perteneciente á los menores, por herencia de su padre, ignorando ese tercero la existencia de tales hijos ilegítimos y la madre no expresando ni antes ni al concederse la autorización para la venta y cesión, ni al otorgarse la escritura respectiva, que había tenido hijos ilegítimos. ¿Esa venta y cesión son válidas, ó el contratante de buena fé debe sufrir perjuicio alguno?*

Inludablemente son válidas la venta y la cesión y ningún perjuicio debe sufrir el cocontratante, pues los contratos son válidos y deben producir todos sus efectos, siempre que reúnan las circunstancias de *capacidad de los contrayentes, mutuo consentimiento y objeto lícito* (arts. 1395 y 1535 del Código Civil del Distrito Federal de 1870). Creemos haber demostrado que la madre viuda de que se trata, por no haber sido privada judicialmente de la patria potestad, estaba en legítimo ejercicio de ella. Luego tenía capacidad al celebrar los contratos. Esto resuelve la cuestión.

Tercero: *Suponiendo que la madre pierda la patria potestad sin la declaración judicial, y que el contrato celebra-*

do con el tercero es nulo ¿puede el cocontratante de buena fé revalidarlo con sólo escritura de ratificación de aquella venta y cesión que le haga el hijo legítimo siendo ya mayor y siendo menor, otorgue esa escritura autorizada judicialmente, un tutor que al mismo menor se le nombre, por faltar persona que en defecto de la madre ejerza la patria potestad?

Dada tal suposición, es seguro que el contrato nulo se revalidaría por ratificación del hijo ilegítimo ya mayor de edad. Creemos, sin embargo, que más que ratificación por parte del hijo, su conducta importaría un verdadero nuevo contrato, celebrado con todas las formalidades de la ley, y entre personas capaces de celebrarlo. Pero no hay que aceptar, so pena de tergiversar los más elementales principios de derecho, la suposición indicada, pues ella equivaldría á hacer efectiva una pena, y pena la más terrible y angustiosa de todas, es á saber, el arrebatamiento de los hijos del regazo materno, sin haber oído á la madre, sin haberla vencido en el juicio correspondiente y contra el principio de derecho natural que dice, cómo nadie puede ser condenado á una pena, sin que previamente haya podido, al menos, exponer sus descargos.

Cuarto: Yo, contratante en los términos indicados con la viuda que dió á luz hijos ilegítimos, fundado en la cesión de acciones á título oneroso, entablé acción contra H, reclamando el crédito que me fué cedido. H, sin oponer excepción de ninguna clase, contestó negando la demanda; durante la dilación probatoria rendirá las pruebas que acrediten que la madre del hijo legítimo con la cual contraté, dió á luz un hijo ilegítimo, antes del contrato que con ella celebré. ¿Qué efecto producirá en el juicio esa prueba,

después de no haberme negado la personalidad que fundo en la escritura de cesión presentada con la demanda; y si me es perjudicial esa prueba, cuál sea la mejor forma para contrariarla?

Contestamos, en cuanto á la primera parte de la pregunta, que es absolutamente de ningún efecto esa prueba; y en cuanto á la segunda, que aquella, de ninguna manera puede ser perjudicial al intento del solicitante de la consulta, ó sea en el sentido de la validez del contrato celebrado por el tercero, pues bastará cotejar la fecha de la declaración judicial de ser ilegítimo el hijo dado á luz por la madre viuda con la fecha del contrato suscrito por ella, cuando todavía no había sido privada judicialmente del ejercicio de la patria potestad. Colocándonos en este punto de vista, nada importa la prescripción del art. 319 del Código civil del Distrito Federal de 1870, según el cual "las cuestiones relativas á la filiación y legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en *cua'quier tiempo* por la persona á quien perjudique la filiación ó la legitimidad del hijo," pues evidentemente esta declaración no puede afectar á derechos ya adquiridos y consumados, como serían sin duda los que se derivaran del contrato, ya irrevocablemente consumado por la madre viuda en su indiscutible derecho de la patria potestad. Si, pues, el punto de falta de personalidad, no objetada por él al contestar la demanda, ya que se nos informa que se limitó á negarla, sin oponer excepción alguna concreta, nada tiene que hacer en el caso; como no lo tendría tampoco lo que, en nuestro concepto, podría decirse que objetó, es á saber, la excepción *sine actione agis*, que es la que se tiene por opuesta por todo aquel que niega una demanda, es inconcuso que si

muchísima é incontestable influencia tiene en el asunto la circunstancia de la fecha en que se celebró el contrato, comparada con aquella en que la ilegitimidad del hijo resulta comprobada.

En consecuencia consultamos que cualquiera prueba que H. rinda sobre el particular, es extemporanea, ineficaz y anti-jurídica. Al fin y al cabo las actuaciones judiciales hacen prueba plena según el art. 548 del Código de Procedimientos del Estado, y en ellos habrá de aparecer: 1º cuándo se celebró el contrato por la madre viuda, y 2º cuándo es declarado ilegítimo el hijo. Convendrá, creemos, á mayor abundamiento, presentar en el término de la prueba, copia certificada ó testimonio del contrato celebrado, y cuyos efectos se disputan.

México, Julio 22 de 1893.

A. VERDUGO.

Al Sr. Lic. A. Vega.—Acatlán, Estado de Puebla.
