

der de su padre; con tal que exceda al que quiere adoptar en diez y ocho años de edad, y pueda tener hijos naturalmente, ¹ esto es, que no tenga impedimento para tenerlos por su naturaleza; de modo que si lo tiene por enfermedad, fuerza ó daño, puede adoptar. ² Las mujeres no pueden, si no es en el caso de haber perdido algun hijo en batalla en servicio de la causa pública, y con otorgamiento del sumo imperante, y no de otra manera. ³ Con la misma restriccion puede adoptar el que fué tutor al que fué su pupilo, si ya tiene veinte y cinco años, y de ninguna manera antes. ⁴

17. La adopcion produce la patria potestad; ⁵ en la arrogacion siempre, y en la adopcion en especie cuando el adoptante es ascendiente del adoptado, ⁶ más no si no lo es, ⁷ explicándose por estas leyes que son posteriores, el concepto de una anterior ⁸ que niega este afecto á la adopcion en especie. Si en el caso de ser el padre adoptivo ascendiente emancipare á su adoptado, volverá este al poder de su padre natural. ⁹ Los adoptados por mujer no entran en patria potestad de que estas son incapaces.

1 L. 7, tít. 16, P. 4.

2 L. 3 del mismo.

3 L. 2 del mismo.

4 L. 6, tít. 16, P. 4.

5 L. 7, tít. 7, P. 4.

6 L. 10, tít. 16, P. 4.

7 L. 9, tít. del mismo t. y P.

8 L. 7, tít. 7 P. 4.

9 L. 10, tít. 16, P. 4.

TITULO VII.

DE LA TUTELA Y CURADURIA.

1. En las Partidas se llama indistintamente *guarda* á la tutela y curaduría, y *guardador* al tutor y curador.
2. Qué es tutela.
3. De sus especies, y primero de la testamentaria.
4. Cuándo y con qué fuerza puede la madre dar tutor testamentario.
5. Cómo subsiste el que da el padre á su hijo natural.
6. Cómo pueden nombrarse.
7. De la tutela legítima, cuándo y á quienes corresponde.
8. De la tutela *patronorum*.
9. De la tutela dativa.
10. Qué juez debe nombrar al tutor dativo.
11. 12. Quiénes no pueden ser tutores.
13. Causas por qué se acaba la tutela.
14. Obligaciones de los tutores.
15. La de afianzar comprende á los testamentarios, y aun á la madre y abuela.
16. Oficios del tutor para con la persona del pupilo, y dónde debe vivir.
17. Con respecto á los bienes debe demandar ó defender los de su pupilo.
18. Procurar su conservacion y aumento.
19. No puede empeñar ni enagenar sin decreto del juez los raíces y muebles preciosos.
20. Pero si los demas, aunque él no puede comprarlos.
21. Debe dar cuentas fenecida la tutela, y sus bienes están hipotecados á las resultas.
22. Tiene derecho á que se le abone lo legítimamente gastado, y la décima de los frutos de los bienes del pupilo.
23. Qué es curaduría, y á quiénes debe darse curador.
24. El curador es siempre dativo: sus obligaciones, oficios y modos con que se acaba su encargo.
25. Nadie puede excusarse sin causa, de ser tutor ó curador.
26. Las causas pueden ser voluntarias ó necesarias. Las voluntarias son: 1.^o por privilegio.
27. 2.^o Por impotencia.
28. 3.^o Por peligro de la fama.
29. De las causas ó excusas necesarias.
30. Equivocacion de Asso y De Manuel.

31. Tiempo en que debe alegarse y decidirse la excusa.
 32. Del tutor ó curador sospechoso.
 33. Quiénes y ante quién pueden acusarlo.
 34. Qué debe hacerse puesta la acusacion, y cuándo cesa.

1. Algunas veces los hombres libres que no están en la patria potestad, tienen sin embargo dependencia de otros, por carecer ellos de la edad que han fijado las leyes para que el hombre pueda obrar por sí solo. Esta dependencia es la que se llama *tutela y curaduría*, de donde se derivan *tutor y curador*, que es lo que el derecho de las Partidas designa con las palabras de *guarda y guardador*, pues las otras no se encuentran en ellas, sino alguna vez con relacion al idioma latino; distinguiéndose por las frases que añaden cuando hablan de tutela y tutor, y cuando de curaduría y curador.

2. La tutela se define por la ley: ¹ *guarda que es dada al huérfano libre, menor de catorce años, é á la huérfana menor de doce*. De la palabra *libre* infiere Gregorio Lopez ² que no puede estar bajo tutela el esclavo, ni el que está bajo la patria potestad. El tutor debe darse al menor que no ha llegado á la edad que expresa la definicion, aunque él no lo quiera, y se da para que cuide primeramente de su persona, y por consecuencia de sus bienes; por esto no se puede dar para una sola cosa ó pleito, si no es en el caso

¹ L. 1, tít. 16, P. 6.

² Greg, Lop. glos. 1 de d. 1.

de que se moviese al menor pleito de servidumbre, para el cual se le nombraria tutor que defendiese su persona y bienes.¹

3. La tutela es de tres maneras, á saber: testamentaria, legítima y dativa. Testamentaria es: *la que da el padre en su testamento al hijo menor que tiene en su poder*,² y aunque la ley de Partida concede esta facultad de nombrar tutor al abuelo respecto del nieto, no tiene lugar por no estar en su potestad, supuesta la emancipacion que causa el matrimonio, segun la ley de la Recopilacion. El padre puede dar tutor no solo al hijo nacido, sino tambien al que está por nacer,³ que suele llamarse *póstumo*, y se reputa nacido para todo lo que puede serle provechoso, pero no para lo que le perjudique.⁴

4. La madre si hace testamento dejando por herederos á sus hijos, que no tengan padre, puede darles tutor en él;⁵ pero éste no puede desempeñar su encargo sin ser confirmado antes por el juez, que debe prestar su otorgamiento (que es lo que se llama discernir el cargo,) si no es que tenga impedimento legal para ello el nombrado. En este caso requeriria el derecho romano la inquisicion y exámen de las circunstancias del

¹ L. 1, tít. 16, P. 6.

² LL. 2 y 3, tít. 16, P. 6.

³ L. 3 cit.

⁴ L. 3, tít. 23, P. 4.

⁵ L. 6, tít. 16, P. 6.

tutor; y no exigiéndose por nuestras leyes, opina Gregorio Lopez ¹ que mueve la cuestion, que si el menor no tiene mas bienes que los que le dejó la madre, no será necesario el exámen de las circunstancias del tutor; pero sí si tiene otros. Si la madre no instituye heredero al hijo, aunque le deje sus bienes por otro título, podrá el juez confirmar ó no al tutor que ella nombre, y solo valdrá confirmándose. Este requisito de la confirmacion se exige respecto de todo tutor nombrado por la madre, por carecer ella de la patria potestad.²

5. Es igualmente necesaria la confirmacion del juez para el tutor nombrado por el padre á su hijo natural á quien instituya por heredero, ó por cualquier hombre á un extraño, si lo hace su heredero, y solo subsiste el nombramiento si se confirma.³

6. Los tutores testamentarios pueden ser nombrados pura ó simplemente, para día cierto, ó bajo de condicion, segun fuere la voluntad del testador, ⁴ quien debe nombrarlo de manera que pueda saberse ciertamente quien es; de modo que si nombrase á uno, y hubiese dos del mismo nombre, no pudiendo saberse ciertamente cual de ellos habia sido su intencion que lo fuese, ninguno lo seria.⁵

¹ Greg. Lop. glos. 2 de la l. 16 tít. 16, P. 6.

² L. 3, tít. y P. cit.

³ L. 8 del mismo t. y P.

⁴ L. 8, tít. 16, P. 6.

⁵ L. 7, vers. *Otrosi.* tít. y P. cit.

7. En defecto de la tutela testamentaria entra la legítima, *que es la que compete por beneficio de la ley sin intervencion de persona alguna.* Como es regla general *que habiendo tutor testamentario no se admiten los legítimos*, si un padre muere sin haber hecho testamento, ó habiéndolo hecho sin nombrar tutor en él, ó habiéndolo nombrado, muriese éste antes que el testador, seria tutor legítimo de sus hijos: primeramente la madre, no queriendo ésta la abuela, y en defecto de ambas el pariente mas cercano, y habiendo muchos, lo serian todos; ¹ aunque en este caso para evitar disturbios, deben elegir entre sí quien ejerza la tutela, y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idóneo y dé mayor seguridad, y éste será el tutor en efecto, y los demas honorarios.² Este llamamiento de los parientes á la tutela aunque segun el derecho romano, solo correspondia á los parientes por agnacion ó agnados, nombre que se da á los que lo son por parte del padre sin mezcla de mujer, por lo que conservan el apellido, y no á los cognados, como se llama á los que son parientes por parte de madre ó con interposicion de alguna mujer, segun el nuestro corresponde á unos y á otros, así porque la ley ³ los llama indistintamente bajo el nombre de parientes, que los comprende á

¹ L. 9, tít. 16, P. 6.

² L. 11 del tít. 16, P. 6.

³ L. 9 del mismo.

todos, como porque se funda en el axioma tomado de otra ¹ que dice: *adonde corresponde el provecho de la herencia, allí debe ir la carga de la tutela*, y tiene tambien lugar, segun advierte Gregorio Lopez, ² cuando muere el tutor testamentario despues del padre, y el hijo no ha dejado de ser pupilo.

8. Es especie de tutela legítima la que los romanos llamaron *tutela patronorum*, y que se halla establecida por la ley ³ que previene que el señor ó patrono sea tutor del esclavo que libertó, siendo menor de catorce años, como igualmente la del padre respecto del hijo emancipado antes de la pubertad, y la fiduciaria que ejercia el hermano mayor de veinticinco, respecto de su hermano emancipado menor de catorce, y despues de muerto el padre; mas ninguna de las tres puede tener fácilmente caso por la abolicion de la esclavitud, y por la dificultad de emancipar á los hijos antes de la pubertad.

9. A falta de la tutela testamentaria y legítima sigue la dativa, llamada así porque no se da en testamento ni por ley, sino por el juez. Ocurriendo esta falta, la madre y los parientes del pupilo, que deberian heredarlo si muriese sin testamento, deben pedir al juez que le nombre tutor que sea abonado, y entienda que la tutela no es

¹ L. 10 del tít. 16, P. 6.

² Greg. Lop. glos. 1 de la l. 9.

³ L. 10, tít. 16, P. 6.

en su beneficio, sino en el del pupilo; y no pidiéndolo, pierden el derecho que tenian á heredarlo por intestado; pudiendo pedirlo entonces los amigos del pupilo ó cualquiera del pueblo; y si ninguno lo pidiere podrá darlo el juez de oficio.¹

10. Este nombramiento puede hacerse por el juez del domicilio del pupilo, ó por el del lugar de su nacimiento, ó del de su padre, ó de aquel en que estuviere la mayor parte de los bienes, esté ó no presente el pupilo, y aun cuando lo contradiga.² Si todos nombraren, en opinion de Gregorio Lopez, ³ deberá subsistir el que fué nombrado primero, y si todos lo fueron á un tiempo, el del lugar del nacimiento. Aunque parece bien fundada su opinion en cuanto á la primera parte, porque al que ya tiene tutor no se le debe dar otro; no así en cuanto á la segunda, pues creemos deberá preferirse el nombrado por el juez del domicilio; así porque con este orden están escritos en la ley, ⁴ como porque dándose el tutor para que cuide principalmente de la persona del pupilo, ninguno puede estar en mejor disposicion para nombrarle una persona acomodada á sus circunstancias, que el juez de su domicilio, que se supone debe conocerlas mejor.

¹ L. 12, tít. 16, P. 6, y en ella Greg. Lop. n. 7.

² L. 2, tít. y P. cit.

³ Gregor. Lop., glos. 13 de la l. 12.

⁴ L. 12, tít. y P. cit.

11. No pueden ser tutores, el mudo, sordo, desmemoriado ó loco, malgastador de sus bienes ó pródigo, el de malas costumbres, el menor de veinticinco años, y la mujer.¹ La prohibición del menor solo es respecto de las tutelas legítima y dativa, pero no de la testamentaria que podrá tenerla para administrarla cuando sea mayor,² y la de la mujer no comprende á la madre y abuela, que pueden tener la tutela de sus hijos ó nietos huérfanos, prometiendo ante el juez no casarse mientras dure la tutela, y renunciando la prohibición que establece el derecho de poderse obligar las mujeres por otro, ó como suele decirse, el beneficio del Senado-consulta Veleyano, que prohibió esta obligación.³ La primera de estas condiciones se funda en la presunción de que el amor del marido haria descuidar la persona y bienes del pupilo; y la segunda en la dificultad que tendrían para celebrar contratos aun cuando los necesitaran para la mejor administracion de la tutela. Si no obstante su promesa, casare la madre, el juez del lugar donde suceda, deberá quitarle los pupilos, y ponerlos al cuidado del pariente mas cercano, que sea de buena opinion y no esté prohibido de ser tutor, quedando obli-

1 L. 4, tit. 16, P. 6.

La ley de 5 de Enero de 1863, dispuso que la mayor edad comenzara á los 21 años, para los habitantes del Distrito Federal y territorios.

2 L. 7 del mismo.

3 L. 4 cit.

gados al pago de lo que la madre debiere dar por haber administrado los bienes de los pupilos, no solo sus bienes propios, sino tambien los del marido que ha tomado.¹

12. Tampoco pueden ser tutores los obispos ni los monjes;² mas los eclesiásticos seculares pueden serlo de sus parientes; pero para ello deben ocurrir al juez del lugar dentro de cuatro meses contados desde que supieren la muerte del padre, que dejó hijos sin tutor, y exponer que quieren serlo. Los deudores del pupilo no pueden serlo, sino nombrados por el padre en el testamento, y de ningun modo los que estén obligados, ó tengan responsabilidad á las rentas públicas.³ El esclavo propio puede serlo, si se le nombra por el testador, en cuyo caso se entiende que le da la libertad, y ejercerá la tutela desde luego, si tiene veinticinco años, y si no cuando los tenga, quedando libre desde el nombramiento; mas si se nombra al esclavo ageno, ni queda libre ni es tutor.⁴

13. La tutela se acaba por varias causas que establece la ley,⁵ y son las siguientes: I. Por la

1 L. 5, tit. 16, P. 6.

2 L. 14, tit. y P. cit.—La ley de 4 de Diciembre de 1860, no reconoce personas eclesiásticas en el órden civil. Los monjes están extinguidos.

3 L. 14, tit. 16, P. 6.

4 L. 7, tit. y P. cit.

La esclavitud fué abolida en México por la ley de 15 de Setiembre de 1829. La Constitución en su art. 22 previene que los esclavos que pisen el territorio nacional, recobren por este solo hecho su libertad y gocen de la proteccion de las leyes.

5 L. 21 del mismo.

pubertad de los pupilos, esto es, que los varones cumplan 14 años y 12 las mujeres. II. Por la muerte ó destierro del tutor ó del pupilo. III. Por la esclavitud de uno de los dos.¹ IV. Si el tutor fué dado á cierto tiempo, ó bajo condicion, cumpliéndose el tiempo, ó la condicion. V. Por la adopcion del pupilo ó del tutor, siendo este legítimo. VI. Por escusa, y VII. Por remocion de la tutela por sospechoso. En cuanto al destierro de que habla el segundo modo, dice Gregorio Lopez² que deben entenderse del que los romanos llamaron *deportacion*. Mas esta como hemos dicho en el núm. 6 del tít. 3, envolvía la perpetuidad, y la confiscacion de bienes, por lo que abolida la perpetuidad de las penas por la pragmática de 12 de Marzo de 1771,³ que fijó el *máximum* de un destierro en diez años, pudiéndosele agregar únicamente la calidad de retencion, y la confiscacion de bienes, por el artículo constitucional,⁴ creemos que no tiene lugar este modo de fenecerse la tutela, si no es por la infamia que irrogan las penas de presidio ó destierro,⁵ como tampoco el tercer modo, abolida como lo está, la esclavitud en la República. La espresion *so condicion* de que usa la ley en el cuarto parece significar *pen-*

1 Véase la nota núm. 4, pág. anterior.

2 Greg. Lóp., glos. 21, de ellas.

3 L. 6, tít. 40, lib. 12, de la N.

4 Art. 22.

5 Arg. de la l. 7, tít. 6, P. 7.

diente ó durante alguna condicion, porque aunque esta interpretacion no esté muy conforme con aquellas dos palabras, es la mas racional, pues la de *hasta cierta condicion* la resiste la otra palabra *falleciendo*, de que usa la ley. El quinto modo se entiende solamente respecto de la tutela legítima, á la que perdian el derecho los parientes, si eran adoptados por otro.¹ Los modos sexto y sétimo que son la escusa y la remocion, como que demandan mayor esplicacion, y son comunes á tutores y curadores, nos reservamos hablar de ellos para cuando hayamos esplicado lo relativo á la curatela.

14. Para encargarse de la administracion de la tutela debe el tutor dar fiadores abonados que se obliguen á satisfacer en falta suya, así el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia se irroguen al pupilo. Debe ademas jurar que cumplirá fiel y legalmente su oficio, procurando en todo, el bien y utilidad del huérfano, guardando lealmente su persona y cosas, y evitando todo

1 Alvarez, despues de haber esplicado las tres pérdidas de cabeza, á saber: la máxima que se opone al estado de libertad, la media al de ciudad, y la mínima al de familia, en la que se incurre por la arrogacion, asienta que ninguna de ellas hace perder á los parientes el derecho á la tutela, y con respecto á la última dice: que no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo por ser cargo público, respecto de los cuales se reputa por padre de familia segun la ley 4, tít. 16, P. 6. Alvarez, páginas 273 y 297 del tom. 1.º de la edicion de Goatemala de 1818.

lo que pueda ser en su perjuicio. ¹ Debe por último hacer un formal y específico inventario de todos los bienes muebles ó raices, correspondientes al pupilo; de modo que no haciéndolo, se le puede remover por sospechoso, á menos que alegue causa bastante para no haberlo hecho; en cuyo caso no se le removerá, pero sí se le mandará que lo haga luego. ² De esta palabra *luego* que usa la ley, infiere Gutierrez ³ citando á otros, que debe hacerlo luego que pueda, sin gozar del tiempo que se concede á los herederos. Y es de tanta fuerza este inventario, que no se permite al tutor dar prueba en contra. ⁴ Mas si no tuviere bienes el pupilo, deberá manifestarlo así el tutor ante el juez, y esta manifestacion le servirá de inventario. ⁵

15. La obligacion de afianzar conforme al derecho romano no comprendia á los tutores testamentarios, por la razon de que estaban calificados y aprobados por el testador, que se presumia habria nombrado sus mayores y mas fieles amigos; y esta exencion juzgan que debe regir Gregorio Lopez ⁶ y Gutierrez, ⁷ que se apoyan ademas

1 L. 9, tít. 16, P. 6.

2 L. 15, .ít. y P. cit.

3 Gutier. lib. de tutel., part. 2, cap. 1, n. 10.

4 L. 120, tít. 18, P. 3.

5 Gregor. Lop. glos. 3, de la l. 99, tít. 18, P. 3.

6 Greg. Lop., glos. 5 de la l. 9, tít. 16, P. 6.

7 Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 5, n. 1.

en que las leyes ¹ que hablan de la obligacion de afianzar, solo mencionan á los tutores legítimos, aunque el mismo Gregorio Lopez añade por lo que hace á los dativos, que en la práctica á todos se les exige. Con respecto á la madre y abuela Asso y De Manuel ² creen que no tienen obligacion de afianzar; mas Gregorio Lopez ³ y Gutierrez ⁴ fundan lo contrario, satisfaciendo las razones en que se apoya la otra opinion.

16. Los officios del tutor miran á la persona primeramente, y despues á los bienes del pupilo. Con respecto á la persona, debe cuidar lo primero de su educacion, procurando formarle buenas costumbres: que aprenda á leer y escribir, y que se instruya en aquellas ciencias ó artes que mas le convengan, atendidas sus circunstancias y riqueza. ⁵ Lo segundo debe alimentarlo en los términos que el padre haya dispuesto en el testamento, ó en los que el juez dispusiere, comprendiéndose bajo el nombre de alimentos no solo la comida, vestido y habitacion, sino todos los demas gastos necesarios para la conveniente ilustracion del pupilo, ⁶ y cuidando de que todos estos se hagan con los réditos y frutos, dejando salvas las fincas, *si se pudiere facer*, segun se explica la

1 LL. 9, tít. 16, P. 6, y 94, tít. 18, P. 3.

2 Asso y De Manuel, Instituc., lib. 1, cap. 3. vers., *Como*.

3 Greg. Lop., glos. 8 de la l. 9 cit.

4 Gutier., lib. de tutel., part. 1, cap. 12, n. 16.

5 L. 16, tít. 16, P. 6.

6 La misma.