

TITULO NOVENO DE LA TUTELA.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

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

Art. 404. Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad no emancipados.
- II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.
- III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 413. El cargo de tutor se defiere:

- I. En testamento.
- II. Por elección del mismo menor confirmada por el Juez.
- III. Por nombramiento exclusivo del Juez.
- IV. Por la ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION I.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

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

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

(2) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 584.

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

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

(1) Dig. lib. 50, tít. 16, l. 239.

(2) Loeher, *Magazin*, tom. 3.—Vangerow, tom. 1, § 263.—Rivier, *Droit de famille romaine*, chap. 5, § 25.

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

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

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

(1) Suetonio, *Claudio*, 23.

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

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

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

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

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

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

(3) *Gaius*, cap. 1, § 192.

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

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

(6) *Gaius*, cap. 1, § 171.

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

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

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

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

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

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

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

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

(7) *Cód.*, lib. 5, tit. 31, l. 7.

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

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

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

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

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

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

(3) *Cód.* lib. 5, tit. 4, l. 20.

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

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

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

(7) *Cód.* lib. 5, tit. 37, l. 22, 25 y 27.

(8) *Cód.* lib. 4, tit. 38, l. 2.

(9) *Cód.*, lib. 5, tit. 70, l. 6.

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

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

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

(2) Ulpiano, 12, 3.—Paulo, 3, 4, § 7.

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

(4) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 6.

(5) *Dig.* lib. 23, tít. 2, l. 20.

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

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

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

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

(10) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25, §§ 2 y 5.

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

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

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

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

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

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

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

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 43, l. 7.

(5) *Dig.* lib. 37, tít. 9.

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

(7) *Part.* 6, tít. 16, l. 9.

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

DERECHO MODERNO.

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

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

NÚM. 1. ¿QUÉ ES TUTELA?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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