

mos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

Art. 426. Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los arts. 420 á 423, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión ó arte en que sean peritos.

Art. 427. Tampoco pueden alegarla los menores, si han presentado certificados falsos del registro civil, para hacerse pasar por mayores, ó han manifestado dolosamente que eran mayores.

## SECCION II.

126. En virtud de la reforma de que antes hicimos mérito, llevada á cabo por el legislador del Distrito Federal en 1884, (núm. 124), el estado de interdicción no es considerado en el Código que sirve de base á nuestro comentario, sino desde el punto de vista de la validez ó nulidad de los actos practicados por el que está ó debe estar sujeto á tutela. Vamos, pues, á ocuparnos de esta materia, que está íntimamente ligada con la administración de la tutela, objeto de un comentario posterior, ya que debemos arreglarnos, en cuanto sea compatible con el método y la claridad, al sistema seguido por el legislador. Como en el derecho romano, después de dividirse la edad del hombre en dos grandes épocas que se llamaban *impubertad* y *pubertad*, correspondiendo la primera, según lo hemos expuesto en otra parte (núms. 99 y 101), á la edad de catorce y doce años, y abrazando la segunda todo el tiempo trascurrido desde esa edad hasta los veinticinco años, dentro todavía de la menor edad, pues desde entónces solamente era considerado el hombre en toda la plenitud de su desarrollo físico y moral; una atenta observación de la naturaleza humana inspiró á los jurisconsultos romanos la idea de descomponer, por explicarnos así, aún la primera época en dos partes, que se denominaban *infancia*, y *mayor edad de infancia*. En la primera se halla-

ba el hombre desde su nacimiento hasta cumplir los siete años; y eran mayores de infancia los que, teniendo ya esta edad, caminaban á los catorce ó á los doce años, según el sexo. De los primeros se decía que eran incapaces aún de hablar: *qui fari non possunt*, aplicándose á los segundos la proposición contraria: *qui fari possunt*. El menor de edad, que se hallaba en la infancia, como nada podía hacer por sí, era preciso que el tutor obrase siempre por él, aún en aquellos actos que exigían la intervención personal del pupilo: (*infans nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit* (1). Pero si éste se encontraba en la mayoría de infancia, se entraba por la jurisprudencia en la distinción sobre la naturaleza de los actos del sujeto á tutela, para saber cuáles podían ser ejecutados por él, sin la asistencia del tutor, y cuáles requerían imprescindiblemente esta condición, pues entonces se había creído deber interpretar la ley más benignamente: *benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertate proximi*. Al efecto, se asentaba un principio que podemos llamar fundamental en esta materia: los pupilos podían, sin la autorización de su tutor, hacer su condición *mejor*; pero no hacerla *peor*. La razón era que para actos cuyo resultado era el primero, no se necesitaba sino alguna inteligencia (*aliquem intellectum*); mientras que para los del segundo, era indispensable una madura reflexión y cierto poder de cálculo, que permitiese estimar, si eran mayores los provechos que las pérdidas en el negocio (*animi iudicium*). ¿Cuáles eran los actos de la primera naturaleza, y cuáles los de la segunda? Respecto de éstos, el tutor podía intervenir de dos maneras: ó dejando ejecutar el acto jurídico por el impúber á quien autorizaba (*tutoris auctoritas*), ó ejecutándolo él mismo sin aquel (*tute'æ gestio*). Si por regla general el tutor tenía la elección libre entre estos dos modos de intervención (2), estaba obligado á la vía de la autoriza-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 12, § 10.

(2) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 1, § 4.—La palabra *autorización*, no significa.



ción, tratándose de actos que por su naturaleza eran personales del pupilo y no admitían por tanto representación (1); y á la vía de la gestión de la tutela, respecto de actos que el pupilo no podía verificar por hallarse enajenado ó ausente, ó por considerarlo así conveniente el tutor (2). Conforme á la regla asentada, los pupilos podían por sí solos recibir una donación, ser libertados de una deuda (3), y en general adquirir para sí, pues todos estos actos, por su naturaleza, solo servían para hacer mejor la condición del pupilo (4). Al contrario, era necesaria la intervención del tutor siempre que se trataba de que el pupilo enajenase lo que le pertenecía, de libertar á su deudor, de pagar á un acreedor, etc., etc., porque en estos y otros actos semejantes, era á lo menos posible algún daño para el sujeto á tutela. En otros términos, y hablando de una manera general, se decía que el pupilo podía *estipular*, porque esto no era sino una manera especial de obligar á los otros hacia sí; pero no podía *prometer*, porque esto importaba una obligación hacia los otros.

127. No se crea, sin embargo, que las obligaciones contraídas por el pupilo sin el requisito de la autorización de su tutor, eran tan radicalmente nulas, que no produjeran ningun efecto ni respecto de él ni de su co-contratante en todos los casos. Un principio, que seguramente fué introducido por la victoria del derecho natural sobre el positivo ó civil, había establecido que nadie pudiera enriquecerse á expensas de otro (5), y conforme

aquí lo que en nuestro moderno lenguaje forense, es decir, un simple permiso, para que alguien haga una cosa, que no podría verificar válidamente sin tal requisito. En derecho romano la *auctoritas* del tutor importaba de toda necesidad su presencia, su concurso en el acto ejecutado por el pupilo, aumentando la persona incompleta de éste: *augēbat; auctor fiebat*. (Ortolan, *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21). No es, pues, sino un grave error de Vinnio la afirmación contraria. (Comentario de las *Inst.*, lib. 1, tít. 21).

(1) *Cód.*, lib. 6, tít. 30, l. 5.

(2) Ulpiano, *Reg.* 11, § 25.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 9.—*Cód.*, lib. 5, tít. 59, l. 1.—*Dig.*, lib. 46, tít. 1, l. 2.

(4) *Dig.*, lib. 41, tít. 1, l. 11.

(5) *Dig.*, lib. 50, tít. 17, l. 206.—*Id.* lib. 26, tít. 8, l. 5, § 1.

á él, si, *verbi gratia*, el pupilo había celebrado un contrato de venta, no estaba obligado á entregar la cosa vendida; pero habiendo recibido el precio, sí lo estaba á restituirlo, salvo que lo hubiera perdido, pues lo contrario equivaldría á justificar un evidente despojo. En cuanto al tercero con quien el pupilo hubiera contratado, como el acto no adolecía de ningun vicio respecto de él, no tenía derecho de pedir la rescisión, la cual era puramente relativa al pupilo (1). Como el acto ejecutado por éste sin el requisito que nos ocupa, tenía una verdadera existencia jurídica, pudiendo sólo ser rescindido en lo que le perjudicase, no había ningún inconveniente en que fuese confirmado por él, despues de que ya se hubiera hecho capaz (2) ni tampoco en que la obligación que de tal acto resultaba, se garantizase por una hipoteca, ó por fiadores (3), ó fuese reválida por el tutor mismo, ó novada por el impúber (4).

128. De la regla conforme á la cual el pupilo no podía hacer peor su condición sin la autorización del tutor, se seguía que no podía por lo mismo hacer *adición de herencia*, pedir *posesión de bienes*, ni recibir una *herencia fideicomisaria*, pues todos estos actos, á pesar de su apariencia lucrativa, importaban obligaciones para el heredero ó poseedor, sin que de ellos pudiera decirse lo que ántes expresamos respecto de los contratos onerosos, porque en éstos no puede negarse que al menos intervenía la voluntad perfecta del co-contratante, mientras que en los que ahora nos ocupan, tendría que obrar sólo la personalidad incompleta del pupilo (5).

129. Si de los sujetos á tutela, pasamos á los que la ley romana sometía á curatela, ya porque fuesen menores de veinticinco años, aunque mayores de catorce ó doce, ora porque estuviesen privados de razón ó fuesen pródigos, encontraremos

(1) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 628.

(2) *Cód.*, lib. 2, tít. 46, l. 2.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 1, l. 25.—*Cód.* lib. 2, tít. 24.

(4) *Dig.*, lib. 39, tít. 5, l. 19, § 4.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21.



análogas disposiciones á las indicadas, con la natural diferencia que imponían por un lado la pubertad y por el otro, la menor suma de poder otorgado por la ley al curador. Este, como lo hemos dicho en otra parte (núm. 101), era dado á los menores púberos, teniendo solamente que *consentir* en sus actos (*consensus*), sin necesidad de interponer su autoridad (*auctoritas*) como el tutor (1). Los menores púberos eran adultos, que tenían una persona civil completa; por consiguiente el curador sólo vigilaba sus actos, ú obrando como cualquier procurador, podía gestionar sus intereses. En cuanto á los enajenados, como eran absolutamente incapaces, nada podían hacer sino por medio de su curador que los reemplazaba en un todo (2). Exceptuábanse los débiles de espíritu y los pródigos á quienes estaban vedados solamente los actos onerosos (3). A los segundos se les permitían, sin embargo, el matrimonio y la aceptación de una herencia, porque entónces no era de temerse la prodigalidad (4).

130. Tanto el menor impúber como el púber *sui juris* gozaban del beneficio de restitución *in integrum* contra los actos que hubieran ejecutado, ya por sí solos, ya con la autorización de su tutor ó con el consentimiento de su curador, ora contra la gestión de uno ú otro, si de ellos les resultaba daño ó perjuicio grave á sus intereses (5). Detengámonos un momento á estudiar este recurso en lo que respecta á los menores. Lo que dis-

(1) Ortolan, *Inst. de Just.*, tom. 1, lib. 1, tít. 23, pág. 300.—Van Weter, *Droit rom.*, tom. 2, § 627.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 8.—*Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 7, *in init.*

(3) *Dig.*, lib. 45, tít. 1, l. 6.

(4) *Dig.*, lib. 23, tít. 2, l. 20.—*Id.* lib. 29, tít. 2, l. 5, § 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 29, *in init.*—*Id.* lib. 4, tít. 1, l. 8, *in init.*—*Cód.*, lib. 2, tít. 25, l. 2 y 3.—*Id.* lib. 5, tít. 71, l. 11 *in fine.*—*Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 7, § 5.— Véase el apéndice letra A [Lo vasto de esta materia, sobre todo en el antiguo derecho, en donde bastó por sí solo á llenar *in folios* en gran número y de extensísimas proporciones, nos obliga á reducir el presente comentario á lo que juzgamos estrictamente indispensable para la inteligencia de aquella, confiando en que más amplios datos pueden ser recogidos por nuestros lectores en las sentencias que insertamos por vía de apéndice al fin de este volumen.]

tingue la *restitutio in integrum* es su origen pretoriano (1). Tres eran las condiciones para que procediese respecto de los menores: 1.º el daño ó perjuicio sufrido debía ser de importancia á juicio del pretor, porque la *in integrum restitutio* era un recurso excepcional, y el pretor no se ocupaba de reparar daños insignificantes: *de minimis non curat pretor* (2); 2.º no debía el menor haberse hecho pasar fraudulentamente por mayor (3), ni constar que había confirmado el acto por juramento (4). La razón era que, si por regla general el remedio de la restitución no tenía lugar en favor del demandante, cuando el daño ó el perjuicio habían provenido de su falta (5), el pretor había querido proteger á los menores aún en este caso (6), con tal de que su conducta no fuese dolosa ni se faltara á la religión del juramento (7); y 3.º la restitución *in integrum* era un remedio subsidiario, que no se daba sino á falta de otro (8).

131. En general no tenía lugar más que contra la persona que se había inmediatamente aprovechado del acto dañoso ó perjudicial; pero no contra los terceros detentadores, salvo que aquella estuviese insolvente ó que éstos fuesen adquirentes de mala fe (9), porque entónces la acción restitutoria ó rescisoria se volvía *in rem*.—Según el derecho pretoriano la restitución podía ser exigida hasta dentro del año de cumplida la mayor edad; pero en el derecho posterior, ese breve plazo se amplió hasta cuatro años, estableciéndose que después se entendería tácitamente confirmado el acto, y que por lo mismo la pres-

(1) *Dig.*, lib. 50, tít. 1, l. 26, § 1.—*Cód.*, lib. 2, tít. 47, l. 3.

(2) *Dig.*, lib. 4, tít. 1, l. 4.—Véase el apéndice, letra B.

(3) *Cód.*, lib. 2, tít. 43, l. 1.—Véase el apéndice, letra C.

(4) *Cód.*, lib. 2, tít. 28, l. 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tít. 6, l. 16.

(6) *Cód.*, lib. 2, tít. 35, l. 1.

(7) Antonio Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 18.

(8) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 16, *in init.*—Véase el apéndice, letra D.

(9) *Dig.*, lib. 4, l. 13, § 1.—Ant. Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV núm. 6.



cripción no empezaría á correr sino á partir del vencimiento de dichos cuatro años (1).

132. Los efectos de la restitución se hallan expresados con toda claridad en la siguiente fórmula de la ley romana: *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum rescipiat* (2), devolviendo la persona con quien el menor contrató la cosa adquirida aún con sus frutos, y éste á aquella el precio recibido. La denominación, pues, corresponde perfectamente á la casa: *res debet esse integra* (3).

133. La antigua legislación española es fiel trasunto de la romana en toda esta materia, que se ve agrandada y muy minuciosamente explicada en el Código del rey *Sabio*. La misma distinción que hemos notado antes entre el menor impúber y el menor púber; entre la *auctoritas* y la *gestio* del tutor, tanto respecto de actos judiciales como extrajudiciales; su validez, si ellos eran notoriamente ventajosos para el pupilo, y su nulidad, si se trataba de actos onerosos y, en fin, la necesaria presencia del tutor en ellos, cosas son todas de que se trata ampliamente en nuestra legislación pátria, con particularidad en el más grande de sus monumentos ó sea el inmortal Código de las *Siete Partidas* (4). En cuanto á la restitución *in integrum*, nuestros antiguos comentadores la han estudiado en todas las más delicadas cuestiones á que da lugar, como vamos á exponerlo, mencionando al menos las principales.

134. El menor de veinticinco años, púber ó impúber, debía ser restituido en todos los casos en que, habiendo obrado por sí mismo ó con la autoridad de su tutor ó curador, resultaba

(1) *Cód.*, lib. 2, tít. 53, l. 7.

(2) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 24, § 4.

(3) Véase el apéndice, letra B.

(4) *Part.* 6, tít. 16, l. 17.—*Part.* 3<sup>a</sup>, tít. 7, l. 2.—*Part.* id. tít. 2, l. 11.—*Part.* 5, tít. 2, l. 4.—*Part.* id., tít. 14, l. 4.—*Part.* id., tít. 11, l. 4.—Bartolo, *in leg. Marcellus, de fidejussor.*—*Id.* *in leg. fin. § si pupillus* en el tít. del *Cód. de integ. restit.*—*Id.* *in leg. 1, de Novat.*—Sánchez, *de matr. m.* lib. 6, disp. 33.—Molina, *de Justitia*, tom. 1, disp. 224.—Pichardo, *de Auct. tut.*—Hermosilla *in leg.* 3, tít. 1. *Part.* 5, gloss. 4, núms. 1 y sig. y l. 5, gloss. 1.

lesionado, no sólo en el sentido de daño (*damno emergente*), sino aún en el de perjuicio (*lucro cessante*). De este principio se deducía que si el menor se pretendía lesionado en un contrato de compra-venta, de arrendamiento, de sociedad ó en cualquiera otro oneroso, procedía el remedio restitutorio en sentido favorable al pupilo. Supóngase que éste había celebrado un contrato que no le convenía; el contrato se tenía por no hecho. Pero si la lesión era relativa al precio, ya porque el menor hubiese vendido á uno inferior, ya porque hubiera comprado á uno mayor que el conveniente para sus intereses, la restitución tenía lugar, no contra el contrato, sino contra el precio (1).

135. De la misma manera se decidía que el menor gozaba de beneficio de la restitución cuando hubiera renunciado tácita ó expresamente el término probatorio en un juicio (2). El beneficio procedía también en favor del menor contra sentencia definitiva en causa civil ó criminal que le hubiera inferido lesión, ya por error ó impericia del juez, ora por culpa ó facilidad del menor (3). El menor no debía de probar en cualquiera de estos casos, sino que era menor y que había sido lesionado. Ocurría, sin embargo, la duda sobre si la restitución procedía aún en favor del menor que fuese Doctor ó Abogado, y unánimemente se asentaba lo contrario conforme al principio: *malitia supplet aetatem* (4). El mismo carácter de subsidiario que tenía el remedio de la restitución, no podía menos que producir la consecuencia de que, siendo como era establecida principalmente en contra del co-contratante del menor ó incapacitado, no se hiciese efectivo sino despues del recurso ordina-

(1) Ant. Gómez, *Var. Resol. de restit. minor*, cap. XIV, núm. 1.—Contra. Morla, *Emporio*, tít. 5, quæst. 1, núm. 30.

(2) *Recop.*, lib. 4, tít. 8, l. 6.—Antonio Gómez, *Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 5.

(3) *Part.* 3, tít. 56, ll. 1, 2 y 3.—Véase el apéndice, letra D.

(4) *Raz. Praxis*, tom. 1, tempor. 8, núm. 115.—Cevallos, *quæst.* 805.



rio sobre reintegración del daño ó perjuicio en contra del tutor ó curador, salvo que por culpa de éstos hubiera sido lesionado aquel, pues entonces las leyes concedían una perfecta elección al menor, llevando siempre la mira de que le fuesen reparados dichos daños ó perjuicios de la manera más pronta y eficaz (1).

136. La esencia de los principios del antiguo derecho en orden á la validez ó nulidad de los actos del sujeto á tutela, debe reconocerse que ha sido recogida por la legislación moderna, no siendo las diferencias que pudieran señalarse, sino de mera forma en la generalidad de los casos, pues el fondo se ha conservado inalterable. En efecto, ¿qué importa que la *auctoritas* de una ley que, como la romana, daba tanta importancia á las formas y solemnidades de los actos, haya sido reemplazada en el moderno derecho, menos pagado que aquella de las palabras, por un verdadero mandato general en virtud del cual el tutor resulta el representante omnímodo del pupilo? La causa que ha hecho necesaria la tutela, es la misma en el uno y en el otro sistema, pues vemos que en ambos se trata de proveer á la inexperiencia é incapacidad del pupilo, por medio de la intervención de otra persona que, unas veces obrando como mero auxiliar de aquel, otras sustituyéndosele por completo, llena igualmente los fines de la institución. Y tal es, en verdad, la principal diferencia que separa entre sí los dos criterios á que ha obedecido el natural y justísimo afán del legislador, para que no queden abandonados á sí mismos todos aquellos seres en quienes la menor edad ó alguna enfermedad están indicando, á falta de la natural tutela de sus padres, la necesidad de que un extraño haga sus veces. Así, no puede ser más sencillo el art. 450 del Código de Napoleón, que dice: El tutor cuidará de la persona del menor, y lo representará en todos los actos civiles, administrando sus bienes como buen

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2, y *glos.* de Greg. López.—Gutiérrez Fernández, *Códigos*, tom. 1, lib. 1, cap. 5, § 13, art. 1.—*Febrero Mexicano*, tom. 1, lib. 1, tít. 10, cap. 6, núm. 3.

*padre de familia*.—La omnipotencia del tutor es, pues, la regla; su incapacidad, ó sea la capacidad del pupilo, es la excepción (1).

A reserva de exponer después más ampliamente las condiciones con que la ley francesa ha establecido que el tutor y el menor ó incapacitado se conduzcan respectivamente durante la tutela, nos limitamos por el momento á consignar que se pueden clasificar en cinco grupos los actos relativos al patrimonio del sujeto á tutela. El primero comprende aquellos que el tutor puede ejecutar solo; el segundo, aquellos que exigen la autorización del Consejo de familia; el tercero, los que exigen la autorización del Consejo de familia y la homologación del Tribunal; el cuarto, los que además de estas condiciones, exigen ciertas formalidades particulares, y el quinto, los que son prohibidos al tutor. Fuera de estos actos, no quedan en el sistema del Código de Napoleón, sino aquellos que por su naturaleza no pueden menos que ser ejecutados personalmente por el menor mismo, sin que en éstos ni en aquellos deba admitirse algo parecido á la antigua *auctoritas* de la ley romana. En otros términos, el sistema francés hace desaparecer por completo la personalidad del menor, debiendo surgir en su lugar el tutor, salvo, repetimos, muy contados actos que la ley determina de un modo claro y preciso. Estos actos personalísimos del menor son: primero, el matrimonio á los diez y ocho ó á los quince años (art. 144); segundo, las capitulaciones matrimoniales (arts. 1387 y 1398); tercero, el testamento, á la edad de diez y seis años (arts. 904, 905 y 226); cuarto, el reconocimiento de un hijo natural (arts. 336, 337 y 339); quinto, el enganche militar, si el menor tuviere veinte años, etc., etc. Pero por de contado que ningunos actos puede ejecutar válidamente el menor ántes de las edades señaladas.

137. ¿Cuál es la suerte de los actos ejecutados, sea por el tutor,

(1) *Arrêts*: Cass. 3. Fev. 1873.—(Sirey, 1873--1--61).



sea por el menor solo, cuando, conforme á la ley, debieran serlo por el tutor? Pocos puntos han dado margen en el Derecho francés á mayores controversias, que éste, á causa sin duda de lo defectuoso de los textos aplicables. Dos sistemas se dividen el campo de la cuestión, y en ambos viene á palpase, como consecuencia de haberse hecho desaparecer la diferencia romana entre el menor y el pupilo, el cambio más radical operado por el derecho moderno sobre el antiguo. Según un primer sistema, siempre que el menor no emancipado hubiera ejecutado un acto, que no podía serlo sino por su tutor, hay lugar á la rescisión ó restitución, si además de tal circunstancia se verifica la de haber habido lesión: *minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus* (art. 1305 del Cod. de Napoleón). En cuanto á los actos ejecutados por el tutor con todas las formalidades que la ley prescribe, su validez es incontestable, aun cuando hubiera habido lesión, y obligan al menor lo mismo que al co-contratante, sin perjuicio de la acción de aquel por daños y perjuicios contra el tutor: *factum tutoris, factum pupilli* (art. 450 del mismo Código). Este sistema está apoyado en Francia por el mayor número de sufragios, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (1).

El segundo es el que ha introducido en el derecho moderno la distinción entre la nulidad por falta de forma, y la rescisión por lesión. Como los menores son *incapaces*, se dice, resulta que siempre que un menor no emancipado, bajo la obligación, por consiguiente, de ser representado por su tutor, hubiera ejecutado por sí mismo un acto cualquiera, habría lugar á nulidad, y el menor podría hacer anular el acto, por la sola razón de

(1) Proudhon *sur Valette*, tom. 2, chap. 16, sec. 2.—Merlin *Quest. de droit*, "Hypothèque."—Duranton, tom. 10, núm. 273.—Marcadé *sur l'art. 1305*.—Demolombe, tom. 7, núms. 818 y 821.—Molitor, *Obligat.* tom. 1, núm. 41.—Fenet, tom. 13, pág. 288.—Larombière, *des Obligat.* tom. 4, núm. 11.—Arrêts: Cass. 18 juin. 1844 (Dev. 1844, 1, 497); 8 Août 1859 (Daloz 1860, I. 460).—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1157 y 1158.—Laurent, tom. 16, núms. 24 á 34 y 45 á 48.

de que emanaba de él, es decir, de un incapaz para contratar. Si al contrario, el acto es regular; si ha sido ejecutado por el representante legal del menor no emancipado, hay lugar á la restitución por lesión (1). Este sistema descansa sobre la verdadera naturaleza de la representación tutelar en el derecho francés, la cual, como ántes dijimos, consiste en una completa sustitución de la persona del pupilo por la del tutor, y en la interpretación literal de los arts. 1108, 1124 y 1125 del Código francés.

138. Sea de esto lo que fuere, y ya que, como acabamos de ver, en el uno y el otro sistema se reconoce al menor el derecho de ser restituido en caso de lesión, resulta que dos cosas debe probar éste para lograr su intento; la primera es su menor edad, y la segunda es la lesión (2).

139. Pero ¿en qué ha de consistir la prueba de la lesión? A falta de un texto expreso en el Código francés, la jurisprudencia ha establecido que la cuestión sobre si el menor ha sido ó no lesionado, debe ser decidida segun las circunstancias, la naturaleza de los compromisos, la condición social y los elementos pecuniarios del menor (3).

140. Según el art. 1306, "el menor no es restituible por causa de lesión, cuando no resulta sino de un hecho casual é imprevisto." Una sentencia nos suministra ejemplo de la especie á que este texto se refiere: un menor celebra un contrato de reemplazo á un precio elevadísimo, porque era tiempo de guerra. Poco despues se hace la paz, y el menor pide la rescisión del contrato por lesión; la demanda fué rechazada, porque el precio que se habia pagado, no excedía del justo en la época del contrato, y porque si la terminación de la guerra hizo bajar súbita-

(1) Troplong *des hypothèques*, tom. 2, núm. 483.—Toullier, tom. 6, núm. 105.—Troplong *de la Vente* núm. 166.

(2) Laurent, tom. 18, núm. 536.

(3) Mourlon, tom. 2, pág. 796, núm. 1510.—Arrêts: Bruxelles, 20 pluviöse, an 13 (Daloz, *Rep "Obligation,"* núm. 2907), Paris, 20 avr. 1822 (Id. id., núm. 2906).



mente el precio de aquel servicio, era por efecto de un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes y no sujeto á su previsión (1).

141. Como la ley romana, la francesa no entiende conceder restitución al menor sino por lesiones de importancia, y así se ha practicado en la jurisprudencia desde la época del derecho consuetudinario (2). "La simple lesión," frase contenida en el art. 1305 del Código de Napoleón, importa, pues, en el sentido de la jurisprudencia y de la doctrina, un daño notable cuya calificación toca al juez hacer (3).

Como los demás aspectos bajo los cuales es considerada la restitución *in integrum* por la ley francesa, coinciden en más de un punto con aquel de nuestros Códigos nacionales que, como despues veremos, exclusivamente trata de aquella, nos reservamos hacer su estudio para más adelante, teniendo entonces ocasión oportuna de exponer ambas legislaciones sobre esta materia. Otro tanto decimos en orden á la validez ó nulidad de los actos del incapacitado.

142. Entre nosotros el papel del tutor en orden á los actos del menor, es el mismo que hemos descrito al presentar la legislación francesa en toda su absoluta sencillez, libre del formulismo romano, conforme al cual el menor sujeto á tutela gozaba de una personalidad jurídica, ni tan perfecta que hiciese innecesaria la intervención del tutor; pero tampoco tan nula que no se le considerase capaz de figurar como actor principal é indispensable en los contratos (núm. 126). Ese término medio de la *actoritas* que solo alcanza á comprender una profunda sutileza, tenia que determinarse clara y precisamente en los Códigos modernos ante cuyo criterio exigente y práctico ninguna

(1) Marcadé *sur l'art. 1306*.—Larombière, *sur l'art. 1306*, núm. 2.—Arrêt: Bourges, 8. Mars. 1815.—(Daloz, *Rep. "Obligat."* núm. 2912.)

(2) Coutume de Berri, tit. 2, art. 4.

(3) Jaubert, *Discours au Tribunal* (Loché, tom. 6, pág. 219).—Toullier, tom. 4 núm. 577.—Larombière *sur l'art. 1305*, núm. 16.

institución jurídica valía la pena de ser conservada, si no respondía á una realidad tangible de la vida social. El legislador de nuestros días, hallándose en presencia de seres incapaces por razón de edad, y convencido de que sólo desde la de veintiún años en adelante, lo mismo el hombre que la mujer, alcanzan la plenitud de su capacidad física é intelectual, no podía consentir que se fuese capaz é incapaz al mismo tiempo, con aptitud jurídica en un sentido é ineptitud innegable en otro, persona completa para los actos de la vida civil, y sin embargo deficiente hasta el extremo de requerir el complemento del tutor. Todas estas vaguedades se desvanecieron al golpe del art. 450 francés de que son un eco en nuestra legislación nacional los arts. 442 del Código de Veracruz, 400 del de Estado de México, 385 del de Tlaxcala, 594 del del Distrito Federal de 1870 y 497 del actual, según todos los cuales el tutor representa al menor en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase.

143. De esta organización de la tutela no podía menos que brotar la consecuencia, de que son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad, no emancipados, despues del nombramiento de tutor, si no consta que éste los había autorizado. Tal es el texto de los arts. 326 del Código de Tlaxcala, 513 del del Distrito Federal de 1870, y 421 del actual. El mismo principio se encuentra consignado en los Códigos de Veracruz (art. 483), y de Estado de México (art. 436), si bien expresado en diferente forma, comprendiendo la intervención del consejo de familia, institución que estas legislaciones han tomado de la francesa. Si á esto se agrega que igual prescripción se encuentra en nuestros Códigos con respecto á los incapacitados (arts. 495 de Estado de México, 545 de Veracruz, 329 de Tlaxcala, 515 del Distrito federal de 1870 y 423 del actual). no podrá menos que reconocerse cómo nuestros legisladores se