

de la partida de recepción de la criatura prohibida, y en el libro al folio de su última cuenta: lo cual ejecutado entregará el Capellán la escritura al prohijante, advirtiéndosele la obligación de justicia que ha contraído de alimentar, y educar aquella criatura por todos los días de su vida, como si fuese su hijo legítimo, quedando del cargo del Capellán procurar que á la criatura prohibida se le guarden sus derechos. Y porque estas prohibiciones nunca han de ser en perjuicio de la criatura, se observará que si por muerte del prohijante ó por que se reduzca á tal pobreza, no pueda mantener á la criatura prohibida, ó por otro motivo viniere la prohijación á ser en daño de la criatura, se le restituirá á la casa, y se cuidará como á los demás que no estén prohijados”

214. En derecho francés es la ley especial de 14 de Febrero de 1805 la que ha provisto á la tutela de los hijos abandonados, previniendo que ellos estén hasta su mayor edad ó emancipación bajo la tutela de las comisiones administrativas de los hospicios. En cuanto á los otros desgraciados seres que pueden encontrar un protector privado, el Código de Napoleón destina todo un capítulo bajo el rubro de “tutela oficiosa” al contrato de beneficencia, por el cual una persona se encarga de educar gratuitamente un niño y de ponerlo en condiciones de ganar su vida. La tutela oficiosa del derecho francés, es, como en otra parte lo hicimos notar (núm. 84), la institución equivalente á la adopción de los menores de edad, y por medio de ella se obtiene hacer efectivo este beneficio de los huérfanos, aunque por su inexperiencia sean incapaces de consentir en la paternidad á que se les sujeta. Para esta especie de tutela se requiere que el pretendido tutor tenga más de cincuenta años, carezca de hijos y descendientes legítimos, y obtenga el consentimiento de los padres del niño, ó del supérstite de ellos, y por su falta, de un consejo de familia, ó en fin, si el niño no tiene parientes conocidos, el consentimiento de los administradores del hospicio donde se le hubiere recogido, ó de la municipalidad de su residencia (art. 361.) Esta tutela no puede tener lugar sino en favor de menores de quince años (art. 364).

215. Nuestra legislación civil nacional no ha desmentido estas benéficas tradiciones, pues los varios Códigos de la República declaran que los expósitos ya admitidos en los hospicios, incluidas y demás casas de beneficencia estarán bajo la tutela de los directores ó comisiones administrativas de estos establecimientos con arreglo á las leyes y á lo que prevengan sus estatutos particulares (arts. 471 del Código de Estado de México, 517 del de Veracruz; 355 del de Tlaxcala, 561 del del Distrito Federal de 1870 y 456 del actual). Nuestras leyes no podían menos que preveer también el caso de los expósitos recogidos por la piedad de algún particular, y en orden á este punto es de notarse no poca diversidad, si no por lo que respecta á la esencia del principio que ha inspirado á los legisladores en favor de estos desvalidos seres, al menos tocante á la manera de hacer aquel práctico y eficaz. Según los Códigos de Tlaxcala (art. 354), del Distrito Federal de 1870 (art. 560) y del actual (art. 455), los expósitos de que hablamos, están bajo la tutela de la persona que los haya recogido, teniendo ésta todas las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores. Se trata, pues, aquí de una tutela perfectamente “legítima”, que los tribunales deben respetar, salvo los casos previstos por la ley. El Código de Veracruz convierte esta tutela en *dativa* (art. 518), si bien ordenando al Juez que nombre para tutor del niño expósito ó abandonado, de preferencia, á la persona que lo ha recogido. El Código de Estado de México, como el francés, siendo en la sustancial iguales á las de este Código las prescripciones respectivas (arts. 342 á 355).

CAPITULO VII.

DE LA TUTELA DATIVA.

Art. 458. El tutor dativo será nombrado por el Juez, si el menor no ha cumplido catorce años. Si es mayor de esa edad, el mismo nombrará el tutor, y el Juez confirmará el nombramiento, si no tiene justa causa en contrario. Para reprobear los ulte-

riores nombramientos que haga el menor, se oirá además á un defensor que el mismo menor elegirá.

Art. 459. La tutela dativa tiene lugar

I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona á quien conforme á la ley corresponda la tutela legítima.

II. Cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su cargo, y no hay ningún pariente de los designados en el art. 446.

Art. 460. Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado.

Art. 461. El tutor dativo para asuntos judiciales, tendrá el honorario que señale el arancel á los procuradores.

SECCION VII.

216. No están de acuerdo los tratadistas en la fecha de la ley *Atilia* que fué la primera que en Roma otorgó á los magistrados el poder de nombrar tutor á los impúberes, que no tuvieren tutor testamentario ni legítimo. Según Ortolan esa ley debió ser promulgada el año de Roma 557, pues Tito Livio, hablando de una manumitida que vivía en esa época, refiere que, después de la muerte de su patrono, hubo de nombrarse tutor por los tribunos y el pretor, á causa de que no estaba en poder de nadie (*quia nullius in manu esset*.) Heinecio hace remontar dicha ley al año 443, fundándose sólo en que por entonces vivía un tribuno llamado *Atilius Regulus* (1). Como si esta diversidad de pareceres no fuera bastante á oscurecer la verdadera fecha de la ley *Atilia*, Dirksen la coloca en el año 188 antes de nuestra era, por que desde entonces aparece el *pretor urbano* con la facultad de nombrar, asistido de un consejo compuesto de la mayor parte de los tribunos de la plebe, un tutor al impúber que se encontrase en las circunstancias dichas. Sea de esto lo que fuere, debemos consignar que como la ley *Atilia* solo regía para la Ciudad, fué necesari-

(1) Ortolan, "Inst. de Just.", lib. 1, tit. 20.—Tito Livio, "Hist." 39-9—Heinecius. "Antiq. Rom."

rio expedir otra nueva para los impúberes de las provincias, y que á esta necesidad respondió la ley *Julia* y *Ticia*, promulgada bajo Julio César. Si conforme á la primera era el *pretor urbano* asistido de los tribunos de la plebe, á quien correspondía la designación de tutor, con arreglo á la segunda ese poder pertenecía á los *Presidentes* de las provincias. En tiempo de los jurisconsultos clásicos la madre del impúber, y por su falta los otros parientes capaces de sucederle, estaban obligados á informar al magistrado ó funcionario competente para el nombramiento de tutor; si no lo hacían, eran castigados con la pérdida del derecho, sucesoral (1).

217. Había lugar á la tutela dativa en tres casos: 1.º Cuando no hay tutor ni testamentario ni legítimo; 2.º cuando la tutela testamentaria era suspensa ó interrumpida por una causa cualquiera, y 3.º cuando el tutor testamentario se excusaba ó era destituido (2).

218. La antigua legislación española siguió en esta materia, como en no pocas, al derecho romano. Las leyes de Partida declaran que la madre y los parientes estaban obligados á pedir que se nombrase tutor al huérfano que no lo tuviere por testamento ni según la ley, bajo la pena de pérdida del derecho de heredar á aquel por intestado. La negligencia podía ser suplida por los amigos del huérfano ó por cualquiera del pueblo, perteneciendo al Juez nombrar aun de oficio el tutor, si ninguno se lo pedía (3). En cuanto á los casos en que tenía lugar la tutela dativa, nos basta decir que hay completa uniformidad entre esta legislación y la romana.

219. Según el Código de Napoleón, la tutela dativa tiene lugar cuando un menor y no emancipado, quedase sin padres, tutor testamentario ni legítimo; cuando la madre supérstite reusase la tutela (núm. 199); cuando el padre supérstite, el tutor testamentario ó el legítimo se excusan; cuando el supérstite de los padres, el tutor testamentario ó el legítimo son excluidos de

(1) Cód. lib. 5, tit. 32, l. 2, § 2.

(2) Dig. lib. 26, tit. 2, l. 11. §§ 1 y 2.

(3) Partida 6, tit. 16, l. 12.

la tutela ó se vuelven incapaces; cuando la viuda que vuelve á casarse, no convoca el consejo de familia ó no es mantenida en la tutela (núm. 65); cuando el tutor testamentario ó el legítimo fallecen durante el desempeño de la tutela; y cuando un tutor dativo debe ser reemplazado por cualquiera causa. El tutor dativo debe ser nombrado por el Consejo de familia, (art. 405), cuya convocación pueda ser solicitada por los parientes del menor, sus acreedores ó cualquiera interesado (art. 406). El Juez de paz del domicilio del menor puede hacer de oficio la convocación, y como este funcionario podría ignorar el hecho de hallarse un menor en las condiciones antes dichas, la ley permite á cualquiera persona que haga la renuncia relativa.

220. Nuestro derecho nacional ha seguido en esta materia dos tendencias perfectamente diversas de las cuales la una reproduce la legislación francesa mientras la otra se muestra fiel á la tradición romana y española en los pueblos latino-americanos. Así los Códigos del Estado de México y de Veracruz, encomiendan el nombramiento del tutor dativo al Consejo de familia con la confirmación del Juez (arts. 339 del primero y 392 del segundo); pero los de Tlaxcala (art. 351), del Distrito Federal de 1870 (art. 555) y el actual (art. 458), declaran que ese tutor será nombrado por el Juez, si el menor no ha cumplido catorce años, y si los ha cumplido, por él mismo con confirmación del Juez, no teniendo este precepto otra excepción que la de la tutela dativa para asuntos judiciales de que hablaremos más adelante.

Estos mismos Códigos agregan que, para reprobado el Juez los anteriores nombramientos que haga el menor, deberá oír á un defensor que el mismo menor tiene derecho de elegir. Se comprende sin dificultad la razón que movió á nuestros legisladores para establecer esta condición. Si se ha considerado que el mayor de catorce años era capaz de designar por sí mismo su tutor; no confirmada por el Juez la primera designación, es de temerse que ya no sea sino el capricho del funcionario lo que le hace reprobado las designaciones posteriores hechas por el menor mismo. Ante este peligro muy prudente medida tendrá que parecer que al menor acompañe un defensor, que pu-

diendo hacer valer todos los recursos que las leyes conceden, ponga al fin término á una situación que por la discordia entre el Juez y el menor podría prolongarse durante mucho tiempo con grave perjuicio del segundo. Nótese que en el lenguaje de la ley se llama *defensor* y no tutor á la persona que para este evento tiene el menor derecho de elegir. Es porque el legislador tuvo presente por un lado que el tutor dativo para asuntos judiciales no es nombrado sino por jurisdicción voluntaria, y contienda muy formal y seria es ya la que suponemos entre el Juez y el menor; y por el otro, que un tutor de esa especie no puede ser nombrado sino por el Juez, aunque el menor esté emancipado.

221. Establecido que el menor de edad pero mayor de catorce años, tiene derecho de nombrar él mismo su tutor, ¿se sigue de aquí que puede pedir, después de esa edad la remoción del tutor nombrado antes por el Juez? En el antiguo derecho no nos cabe la menor duda acerca de la solución afirmativa de este punto, pues según lo que en otra parte dejamos expuesto, (núm. 101), la curatela era facultativa para el púber menor, salvo ciertos casos que la ley tenía cuidado de especificar. En esta virtud el derecho no podía oponerse á que la facultad y libre arbitrio concedidos á los menores para el nombramiento de curador, se ejercitasen también para su remoción, y á este respecto es terminante la legislación de las Partidas (1). Mas, abolida en el derecho moderno (núm. 111) la división de dos edades, aunque comprendidas ambas dentro de la pupilar, y con diferencia de que en la primera había lugar á la tutela, mientras en la segunda se nombraba curador ¿podemos aún dar la misma solución á la cuestión propuesta? En nuestro concepto nada se opone á ello en los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala que, como acabamos de decirlo, otorgan al menor de edad; pero mayor de catorce años la facultad de nombrarse él mismo su tutor. Porque desde que les pertenece ese derecho,

(1) Partida 6, tit. 16. ll. 12 y 13, y tit. 18, l. 3.—Sentencia del Juzgado 1.º de lo civil de México, 8 de Abril de 1848. (Gacet de Tribs. tomo 1, pág. 384.).

que en nuestros otros Códigos es atribución del Consejo de familia y del Juez, la lógica obligaría á afirmar también ese mismo derecho por lo que respecto á la remoción del tutor, pues de tanta ó mayor importancia es el nombramiento de éste como su separación. ¿Habría el menor de poder designar él mismo su tutor, después de cumplidos los catorce años, y por otra parte en esa misma edad no podría separar al que le hubieren nombrado antes de ellos? Creemos que la contradicción de los términos no hace sino expresar la contradicción de las ideas.

222. ¿Cuándo tiene lugar la tutela dativa? Todos nuestros Códigos á una reconocen que en tres casos: I. cuando falta la testamentaria y la legítima: (1) II. cuando el tutor testamentario está impedido temporalmente de ejercer su encargo y III. para asuntos judiciales.—¿Por qué dice la ley que la tutela dativa tiene lugar cuando falta temporalmente el tutor testamentario, y no afirma otro tanto respecto del tutor legítimo? Porque el tutor testamentario no podría ser suplido con otro de la misma naturaleza, mientras sí cabe tal sustitución en orden al tutor legítimo y atendida la gradación de parientes que la ley ha establecido (núm. 205). El tercer caso de tutela dativa que nuestros Códigos mencionan, comprende en realidad dos, de los cuales uno, el relativo al evento de aparición de intereses entre el que ejerce la patria potestad y el hijo, (2) queda ya mencionado (núm. 24), perteneciendo el otro á la intervención en asuntos judiciales del menor de edad emancipado (arts. 393 y 394 del Código de Veracruz; 340 y 341 del del Estado de México; 352 y 353 del de Tlaxcala, 557 y 558 del del Distrito Federal de 1870, 479 y 460 del actual.)

223. La declaración de algunos de nuestros Códigos sobre que el tutor dativo toma su origen del nombramiento del menor, confirmado por el Juez, si aquel tiene catorce años cumplidos ¿es también comprensiva del tutor para asuntos judiciales? Des-

(1) Sentencia del Juzgado de 1.^a instancia de Salvatierra, (Guajuato), 6 de Febrero de 1882, (El Foro tomo 19, segunda época, núm. 116).

(2) Sentencia de la 2.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, 30 de Agosto de 1870. (El Derecho, primera época, tomo 5, núm. 22, página 356.)

cartados por el momento los Códigos del Estado de México y de Veracruz que como hemos visto (núm. 220), hacen derivar aquel nombramiento del Consejo de familia, creemos que es preciso distinguir, pues ó se trata del menor de edad emancipado, ó del caso de oposición de intereses entre el menor y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, que son los dos supuestos de aplicación de la tutela dativa para asuntos judiciales. Si lo primero, creemos sin la menor sombra de duda y á reserva de volver á tratar de esto, cuando nos ocupemos en el comentario del título sobre *emancipación*, que tal nombramiento puede ser hecho por el menor emancipado, pues nada dice en contrario la ley á este respecto y lo mismo sucede en orden al curador, como veremos más adelante. En este punto están conformes nuestros Códigos (arts. 353 del de Tlaxcala, 558 del del Distrito Federal de 1870, 460 del actual y 476, inciso 3. del del Estado de México), con excepción del de Veracruz, (art. 529 inciso 3) que exige, para que el menor emancipado pueda comparecer en juicio, el consentimiento paterno y en su defecto, por ausencia, impedimento ó negativa del padre, autorización judicial.

Si lo segundo, ó sea en el caso de oposición de intereses entre el hijo y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, nos parece que muy otra debe ser la decisión, tanto por la letra de la ley, como por su espíritu racionalmente interpretado. ¿Se concibe, sin peligro para los intereses del menor, que pudiera él nombrar libremente su tutor en el caso de contienda con el ascendiente á que estaba sujeto?—“Se haría ilusoria la disposición citada, dice con todo acierto la 4.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, si se dejara al mismo menor la facultad de hacer esa elección, en la que podría notoriamente influir el ascendiente bajo cuya potestad se encontrase” (1). “Los textos legales responden al espíritu de la ley (núm. 24) en términos tan claros que no consienten la menor duda.

1. Sentencia de la 4.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal (considerando 7), 25 de Enero de 1881.—(El Foro, tomo 9, segunda época, núm. 52).

ADICION.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

CAPITULO VII, TITULO 8, LIBRO I.

DEL CONSEJO DE FAMILIA.

Art. 363. El consejo de familia se establece para proveer mejor y con más seguridad de acierto y de celo á los intereses del huérfano.

Art. 364. Se procederá á la formación del consejo de familia siempre que haya que nombrar tutor, pro-tutor y en los demás casos en que la ley requiere su reunión.

Art. 365. Los que ejercen patria potestad pueden nombrar en su testamento, además del tutor y pro-tutor, los vocales del consejo de familia, y aun fijar el número de éstos, siempre que no sean menos de tres. El nombramiento puede hacerse en personas que sean ó no parientes del menor.

La facultad de que habla este artículo no podrá ejercerla el que tuviere la patria potestad, si ha sido casado dos ó más veces y dejare hijos ó descendientes de los diversos matrimonios que haya contraído.

Art. 366. Cuando el que tiene la patria potestad no haya ejercido la facultad del artículo anterior, compondrán el consejo de familia cuatro de los parientes más allegados del menor, debiendo ser dos de la línea paterna y dos de la materna, y todos mayores de edad y vecindados en el mismo domicilio del huérfano, ó en lugar que no diste más de seis leguas. De la misma manera se integrará el consejo cuando falten los llamados por el padre.

Art. 367. Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior,

todos los hermanos de padre y madre serán vocales netos del consejo de familia: y si son tres ó más no se les agregará otro pariente. El tutor no puede ser vocal del consejo de familia.

Art. 368. Serán llamados á formar el consejo en el orden siguiente:

I. Los abuelos, prefiriendo los varones á las hembras, y el de menor edad al de mayor.

II. Los hermanos ó hermanas carnales.

III. Los hermanos ó hermanas de padre ó de madre.

IV. Los tíos, hermanos de padre ó de madre, y en defecto de ellos sus hijos.

En igualdad de grados en cada una de las tres fracciones precedentes, se dará la preferencia á la mayor edad.

Art. 369. La primera reunión del consejo será formada y presidida por el Agente del Ministerio público, si llega á establecerse en el Estado y residiese en el mismo lugar del huérfano. En caso contrario, esta atribución pertenecerá al presidente del Ayuntamiento ó al municipal respectivo.

Art. 370. Cuando los parientes más cercanos del menor tengan su domicilio en un lugar que diste más de seis leguas del domicilio del huérfano, serán convocados por los funcionarios de que habla el artículo anterior; pero no podrán ser obligados á aceptar contra su voluntad el encargo de vocales del consejo de familia.

Art. 371. Si en el domicilio del huérfano, y á seis leguas de distancia no se encuentra suficiente número de parientes para formar el consejo de familia, y los que viven en puntos más distantes no aceptan el encargo, se completará ó formará el consejo con vecinos honrados, eligiéndose preferentemente á los que hayan sido amigos de los padres del menor. El nombramiento en estos casos lo hará el funcionario de que habla el art. 369, asociándose á los dos regidores más antiguos si el nombramiento hubiere de hacerlo el Agente del Ministerio público ó el presidente del Ayuntamiento, ó el juez conciliador si tal nombramiento hubiere de hacerlo algún municipal.

Los nombrados conforme á este artículo no podrán renunciar el

cargo sin causa justificada, á juicio de los funcionarios que los hayan nombrado.

Art. 372. El funcionario de que habla el art. 369, señalará un término breve en proporción á las distancias, para que los llamados comparezcan personalmente ó por apoderado especial, que no podrá representar más que á uno solo.

Art. 373. El mismo funcionario de que habla el art. 369, puede multar hasta en veinticinco pesos al pariente que no comparezca en el término que se le prefijó. Sin embargo, cuando la falta proceda de justa causa, y el funcionario citado juzgue útil al menor que se aguarde al ausente, podrá diferir la reunión. La misma facultad de multar podrá ejercer sobre los que dejen de concurrir á cualquiera otra reunión del consejo de familia.

Art. 374. La primera reunión del consejo se celebrará ante el funcionario de que habla el art. 369. Este resolverá en el acto cualquiera duda ó cuestión que se ofrezca sobre su formación. Las siguientes reuniones serán en el local que acuerde el consejo.

Art. 375. La autoridad de que habla el ya citado art. 369, tiene obligación de proceder á la reunión del consejo de familia, dentro de los diez días siguientes á la muerte del padre ó la madre sea de oficio ó petición de los interesados ó de cualquiera del pueblo.

Art. 376. El pro-tutor será el presidente del consejo. En él tendrá voto consultivo, y en caso de empate decisivo. Las resoluciones del consejo se acordarán por la mayoría relativa de las personas que deban componerlo.

Art. 377. Cuando la resolución del consejo sea unánime, se hará constar en el acta, expresando los votos y nombres de los que discutan. En tal evento, siendo la resolución del consejo contra el interés legítimo del menor, cualquiera de éstos, ó el tutor, podrá promover lo que estime conveniente, en beneficio del mismo menor, para hacer revocar la resolución del consejo.

Art. 378. Ningún individuo del consejo de familia tendrá voto, ni asistirá á las reuniones, cuando se trate de negocio en que tenga interés propio ó de sus hijos; pero podrá ser oído, si el consejo lo estima conveniente.

Art. 379. El consejo se reunirá todas las veces que lo estime necesario, para proveer lo que mejor convenga á los intereses del menor, y en los casos que lo requiera la ley para ejercer las facultades que ella concede.

Art. 380. Todas las actas del consejo de familia se llevarán en un libro foliado y rubricado en todas sus fojas por el funcionario de que habla el artículo 369. Las actas se firmarán por todos los vocales que sepan escribir, expresándose quiénes no sepan ó no puedan firmar, y custodiará dicho libro el pro-tutor, y en su defecto el vocal de más edad.

Art. 381. Los miembros del consejo de familia, en caso de tutela de hijos legítimos serán nombrados según lo dispuesto en el artículo 371.

Art. 382. El tutor ó pro-tutor separado por cualquiera de las causas comprendidas en el art. 389, no puede ser vocal del consejo de familia.

Art. 383. Al consejo de familia corresponde declarar sobre las causas de impedimento y separación de sus vocales, salvo el recurso dentro del término de diez días al juez de primera instancia del Distrito.

Art. 384. El consejo de familia fundará su resolución, expresando las causas, y oyendo antes al interesado, cuando esto pueda hacerse sin grave inconveniente.

Art. 385. Si el consejo declara la inhabilidad ó acuerda la separación, y el interesado se conformare, se procederá inmediatamente á reemplazarlo. Si el interesado apelare, seguirá á sus expensas la instancia con el consejo; pero éste, aunque sea vencido en el juicio, no podrá ser condenado en costas, ni multado, sino en caso de calumnias ó temeridad manifiesta. En los demás casos, siendo vencido el consejo, las referidas expensas se pagarán por el menor.

Art. 386. Contra la declaración del consejo de familia, favorable al interesado, no se admitirá apelación, ni ningún otro recurso.

Art. 387. En los casos de los artículos 388 y 389, si el tutor no

ha entrado en el ejercicio de su cargo, el consejo de familia proveerá al cuidado de la persona y bienes del menor, hasta que se resuelva definitivamente sobre el impedimento: si el tutor ha entrado ya á ejercer su cargo, podrá el juez proveer al mismo cuidado, en los términos prevenidos en el art. 339.

224. Entre nuestros Códigos sólo el anterior á que pertenece el capítulo transcrito, y el de Veracruz (Lib. 1, tít. 8, cap. 6) contienen la institución del Consejo de familia que, si ha de creerse á Goymas (1) se remonta á la antigua legislación española y hasta la romana. Funda este insigne jurisconsulto español su aserción en las leyes del Fuero Juzgo y del Fuero Real, conforme á las cuales faltando la madre, los hermanos y el tío paterno, eran los *parientes* quienes debían elegir tutor para el huérfano (2). Se prevenía también que la madre viuda y tutora de sus hijos, hiciera el inventario de los bienes de éstos ante los *parientes mas cercanos* del padre muerto, y que, si aquella pasaba á segundas nupcias, el alcalde de acuerdo con los *mismos parientes* diese á los huérfanos personas que los tuviera en guarda y cuidase de sus bienes (3). En cuanto á los antecedentes de la institución que nos ocupa, en el derecho romano, se señalan dos leyes conforme á las cuales la viuda menor de veinticinco años no podía repetir matrimonio sin contar con los *parientes mas inmediatos*, ni era posible variar, sin el mismo requisito, el lugar ó personas señaladas por el padre para la educación del pupilo (4). No puede negarse cómo estas citas demuestran, al menos, que en el instinto de los dos grandes pueblos legisladores á quienes tanto debe el moderno derecho, surgió verdaderamente la idea de asociar á los parientes del menor en la elección de la persona que se encargase de educarle y de cuidarle hasta que llegará á la edad de la experiencia y

(1) Goymas, Proyecto, art. 172.

(2) Fuero Juzgo, lib. 4, tít. 3, l. 3.

(3) Fuero Real, lib. 3, tít. 7, l. 3.

(4) Cód., lib. 5, tít. 4, l. 18.—Dig. lib. 27, tít. 2, l. 1, § 1.

de la madurez de la razón. Pero donde con toda exactitud pueden marcarse los orígenes del consejo de familia, es en la legislación consuetudinaria francesa que desde el siglo XIII se manifiesta en Turena y en el Anjou, prescribiendo que la hija huérfana y sujeta á la tutela de la madre no pudiera casarse sin la aprobación de los *parientes paternos* (1). A principios del del siglo XIV interviene el rey de Francia para introducir á los parientes maternos en el consejo de familia (2). "El consejo, dice Viollet, que representa respecto de los menores el espíritu, la tradición y la cohesión de la familia, pero cuyo papel no es siempre muy ostensible en la ley y en la costumbre, ha venido de siglo en siglo arruinándose, á medida que la familia ha perdido su unidad." (3) Durante el período revolucionario, fueron expedidas dos leyes en virtud de las cuales el consejo de familia quedaba erigido en tribunal para todas las cuestiones en que aquella se interesase (4). El Código de Napoleón concede al consejo de familia un papel importantísimo en orden al menor que quedase sin padres ni tutor testamentario ni legítimo, ó para cuando estos se excusaren ó fueren excluidos de la tutela, y sin duda de esa fuente es de donde nuestros dos Códigos antes citados tomaron la institución del consejo de familia (arts. 405 á 419 Cód. de Napoleón). La comisión codificadora de 1870 en el Distrito Federal, se decidió, por las razones que en seguida se expresan, á no admitir el consejo de familia en nuestras leyes: "Las leyes, y sobre todo las instituciones, deben acomodarse á las costumbres; y aunque el deber del legislador ilustrado consiste también en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no sólo en lo moral, sino en lo social, este deber ha de desempeñarse prudentemente, á fin de no desterrar costumbres útiles ó introducir sin criterio otras nuevas. La comisión cree: que el consejo de familia no está en nuestras costumbres, y que no hace falta en el actual estado de nuestra so-

(1) Viollet, *Établissements de Saint Louis*, tom. 1, pág. 145.

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

(3) Viollet, *Hist. du droit civil français*, pág. 546.

(4) Decreto de 24 Août. 1,790 y 26 de Junio de 1794.

ciudad. La reunión de los parientes puede ser causa de disturbios cuando no hay este respeto aristocrático á la gerarquía doméstica. En otras partes un pariente anciano respeta y considera en un niño al jefe de la familia, porque ésta es la organización social. Pero entre nosotros falta y debe faltar ese elemento; porque cada padre es jefe de su familia, y el hijo de su hermano mayor es solamente uno de sus sobrinos. Y como además falta también la de prudencia, ya en lo moral, ya respecto de los bienes, no puede haber esa relación que hace del consejo de familia un elemento favorable á los intereses del menor. Y si esto es suponiendo realmente benéfico el consejo ¿qué deberá decirse cuando no puede tenerse esa seguridad?

Por el contrario: es más de temerse que la desavenencia de dos parientes, ó sus intereses ó sus pasiones sean causas de mal, y que la institución que se creyó una salvaguardia, se convierta en fuente de desgracias para el huérfano. La comisión cree que con las fuertes restricciones que se han puesto á la administración de los bienes de los menores, y con la intervención constante del juez y del Ministerio público, pueden obtenerse las ventajas que se atribuyen al consejo de familia, sin necesidad de aumentar el número de personas, que tal vez sean una rémora para muchos negocios."

CAPITULO VIII.

DE LAS PERSONAS INHÁBILES PARA LA TUTELA Y DE LOS QUE DEBEN SER SEPARADOS DE ELLA.

Art. 462 No pueden ser tutores aunque estén anuentes en recibir el cargo.

I. Las mujeres excepto en los casos de los arts 449 y 452:

II. Los menores de edad:

III. Los mayores de edad que se encuentran bajo tutela:

IV. Los que hayan sido removidos de otra tutela en los casos 1º, 2º y 4º del art. 463:

V. Los que por sentencia que cause ejecutoria hayan sido condenados á la privación de este cargo ó á la inhabilitación para obtenerlo:

VI. Los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de mala vida:

VII. Los que al deferirse la tutela, tengan pleito pendiente con el menor:

VIII. Los deudores del menor en cantidad considerable, á juicio del juez; á no ser que el que nombre tutor testamentario, lo haya hecho con conocimiento de la deuda declarándolo así expresamente al hacer el nombramiento:

IX. Los jueces magistrados y demas funcionarios ó empleados de la administración de justicia:

X. El extranjero que no esté domiciliado, respectivamente, en el Distrito ó en la California:

XI. Los empleados públicos de hacienda que por razón de su destino tengan responsabilidad pecuniaria actual, ó la hayan tenido y no la hubieren cubierto:

XII. Los demás á quienes lo prohíba la ley.

Art. 463. Serán separados de la tutela:

I. Los que, sin haber caucionado conforme al capítulo X de este título, ejerzan la administración de la tutela:

II. Los que se manejen mal en el desempeño de la tutela, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del menor.

III. Los comprendidos en el art. 462 desde que sobrevenga ó se averigüe su incapacidad.

IV. El tutor en el caso previsto en el art. 176.

Art. 464. No pueden ser tutores ni curadores del demente, los que hayan sido causa de la demencia, ni los que la hayan fomentado directa ni indirectamente.

Art. 465. Lo dispuesto en el artículo anterior se aplicará en cuanto fuere posible, á la tutela de los idiotas, imbeciles y sordomudos.