

Art. 466. La separación del tutor se hará siempre con su audiencia y por sentencia judicial.

Art. 467. El tutor que fuere acusado por cualquier delito, quedará suspenso en el ejercicio de su encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable á su favor.

Art. 468. En el caso de que se trata en el artículo anterior, se proveerá á la tutela conforme á la ley. Absuelto el tutor, volverá al ejercicio de su encargo.

SECCION VIII.

DERECHO ANTIGUO.

225. La legislación romana presentaba varios casos de incapacidad para el ejercicio de la tutela. Desde luego eran incapaces para el cargo, los esclavos, porque no eran personas, á no ser que fuesen nombrados por su dueño, pues entonces se les consideraba manumitidos tácitamente, resultando de esto su capacidad para la tutela (1). La condición de extranjero era también incompatible con la tutela, tanto porque ésta constituía un cargo público (núm. 97), como porque, tratándose especialmente del tutor testamentario, no podía ser nombrado como tal, sino la persona con quien se tenía facción de testamento (2). Por la primera de esas razones tampoco podían ser tutoras las mujeres (3), á no ser la madre y la abuela, á quienes vino el derecho imperial á concedérselo como una gracia, por presumir en ellas grande afecto á sus hijos (4). Pero, esto no podía ser sino á condición de que la madre ó abuela renunciasen á un segundo matrimonio (núms. 4 y 65) y al beneficio del *Senado-consulto Veleyano*, pues lo primero era necesario en garantía de los intereses del hijo y lo segundo tenía por objeto precaver de nu-

(1) Cod., lib. 5, tit. 34, l. 7.—Inst. de Just., lib. 1, tit. 14, § 1.

(2) Ulp. Reg., tit. 11, § 16 y 22, § 2.

(3) Dig. lib. 26, tit. 1, l. 18.

(4) Novella 118, cap. 5.

lidad todos los actos ejecutados por la tutora. Si la madre, una vez obtenida la tutela, contraía segundas nupcias, perdía *ipso iure*, aquella, quedando su gestión de hecho garantizada por una hipoteca legal no sólo sobre sus bienes, sino también sobre los del marido (1).

Los menores (2), los enagenados (3), los débiles de espíritu (4), y los pródigos tampoco podían ser tutores, porque eran incapaces de administrar sus propios negocios. Si eran nombrados, no entraban á funcionar, sino cuando cesaba su incapacidad. También eran incapaces para la tutela los enfermos, que estaban impedidos de desempeñarla convenientemente (5); los enemigos mortales del padre del impúber (6), entendiéndose que lo eran aquellos con quienes éste hubiese tenido un proceso de estado (7), ó sobre una parte considerable de la fortuna (8); y las personas que eran acreedoras ó deudoras del pupilo (9) ó que tuviesen con él un litigio cualquiera, exceptuándose los ascendientes, porque su afecto era una garantía contra el fraude (10). Si cualquiera de las incapacidades mencionadas sobrevenía durante la tutela al instante el tutor dejaba de serlo (11), salvo en el último caso, en el cual todo se reducía á nombrar un curador (12).

226. El antiguo derecho español está modelado sobre el romano, en la presente materia, salvo principalmente algunas originalidades, fundadas en razones religiosas. Las mismas in-

(1) Novella 44, cap. 2.—Id. 25, cap. 40.

(2) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

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

(4) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

(5) Dig. lib. 26, tit. 1, l. 1, § 2 y 3.

(6) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 11.

(7) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 12.

(8) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 4, y 12.

(9) Novella 72, cap. 1.

(10) Novella 94, cap. 1.

(11) Dig. lib. 27, tit. 1, l. 40.

(12) Novella 72, cap. 2.

capacidades referidas, se encuentran pues, en las leyes alfon-
sinas (1) por lo cual nos creemos dispensados de hacer un estu-
dio especial de cada una de ellas (2).

DERECHO MODERNO.

227. Pocas innovaciones pueden señalarse respecto de la le-
gislación antigua en esta materia, en la cual, como acabamos
de ver, se ostenta toda la minuciosidad que distingue el dere-
cho romano. Nuestros Códigos, modelados siempre sobre el
francés, no hacen por consiguiente sino reproducir las mismas
instituciones de éste. Como en el antiguo derecho, son inhábiles
para la tutela, desde luego las mujeres, por que según ense-
ñaba Domat, "la tutela exige una autoridad y obliga á funcio-
nes que no sería decente que la mujer ejerciese respecto de ex-
traños (3)". Pero esta razón sirve también para convencer de
que hay tutela cuyo desempeño debe de ser precisamente con-
fiado á las mujeres. Porque ¿á quién más dignamente que á
ellas encomendar la guarda del esposo y de los hijos? La razón
de decencia invocada por Domat adquiere toda su fuerza en fa-
vor de este principio. Así, y tomada en cuenta la dualidad de
sistema seguida por las leyes modernas en orden á los derechos
de la madre sobre sus hijos; ya como tutora legítima, ora como
encargada de la patria potestad (núms. 11, 198 y 199) es de ob-
servarse que todos los Códigos modernos proclaman la capaci-
dad de la mujer para ser tutora de su esposo ó de sus hijos
(núms. 206, 207 y 211). Tal es el texto de los arts. 442 inciso 3
del Código de Napoleón 356, inciso 1 del de Tlaxcala, 562, inciso
1 del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso 1 del actual. No
hay que olvidar que la tutela á que se refieren estos preceptos
de nuestros Códigos, en orden á la mujer, es solo la de los inca-
pacitados por locura, mientras el francés, como no otorga la pa-

(1) Partida 6, tit. 16, lib. 4.—Id. Id. 1. 7.—Id. tit. 18, l. 1.

(2) Sentencia del Juzgado de Letras de Celaya (Estado de Guanajuato)
de 12 de Noviembre de 1874.—["El Foro, tom. 4 número 85.]

(3) Domat, "Les lois civiles," lib. 1. tit. 1, sec. 7 §3.

tria potestad á las madres habla de la tutela propiamente dicha.
Los Códigos de Veracruz y Estado de México, aunque emplean-
do la denominación de curador, expresan la misma idea (núm.
206).

228. Vienen en segundo lugar como inhábiles para el ejerci-
cio de la tutela los menores de edad, sean ó no emancipados.
Así lo expresan los arts. 388, inciso II del Código del Estado de
México, 430, inciso I del de Veracruz, 356, inciso II del de Tlax-
cala; 562, inciso II del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso
II del actual. Hay en este punto una diferencia entre nuestro
derecho y el francés, y es la que deriva del diverso sistema se-
guido por éste en orden á la autoridad sobre los hijos. Como lo
hemos explicado en otra parte, (núm. 11) el art. 390 francés de-
clara que después de la disolución del matrimonio por la muer-
te natural ó civil de uno de los esposos, *la tutela de los hijos
menores y no emancipados, pertenece de pleno derecho al supér-
stite de los padres*. Es esta, pues, en derecho francés una verda-
dera tutela *legítima* (núm. 199), resultando de aquí que como
se es capaz para el matrimonio por sólo la pubertad y antes de
la mayor edad (1) la menor no es incompatible, pero sólo en el
caso especial, con la tutela. (2)

229. También son incapaces para ejercer la tutela las perso-
nas mayores de edad, que se encuentren bajo tutela ó curaduría.
Es la declaración contenida en los arts. 388, inciso III del Có-
digo del Estado de México, 430, inciso II del de Veracruz, 356
inciso III del de Tlaxcala, 562, inciso III del del Distrito Fede-
ral de 1870 y 462, inciso III del actual. En los mismos térmi-
nos se expresa el Código de Napoleón (art. 442, inciso II). La
sencillez de estos preceptos da sin embargo, lugar á una no po-
co grave dificultad. ¿De qué incapacidad se trata, de la que es
tan indiscutible que ya ha ameritado el nombramiento de tutor
ó curador, ó de la que es meramente presunta; pero tan eviden-
te y notoria que ya se ha manifestado por actos que no permi-

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núm. 43.

(2) Laurent, tomo 4, núms. 374 y siguientes.

ten la menor duda acerca de ella? Laurent, combatiendo á Zacharías, profesa la doctrina de que no hay incapacidad legal, sino cuando el enagenado está sujeto á interdicción. (1) Es esto ser consecuente con el sistema seguido por la ley positiva (núms. 144 y 146). ¿Mas podrá decirse lo mismo de nuestros legisladores? Nos atrevemos á decir que no, al menos por lo que hace á los Códigos del Distrito Federal y del de Tlaxcala (núms. 145 y 146). En efecto, según las legislaciones de esas entidades federativas son nulos todos los actos celebrados por los incapacitados aún antes del nombramiento de tutor, cuando la incapacidad era patente y notoria ya en la época de tener lugar aquellos. ¿Podrá decirse, sin inconsecuencia, por esos Códigos que tal nulidad deje de existir cuando se trata de ejercitar la tutela? No se comprende esto, pues hay razón para decidir la misma cosa en ambos supuestos. Empero, otro es el sentido de los textos legales.

230. Desde el antiguo derecho se había establecido que los tutores debían dar, antes de entrar en el ejercicio de sus funciones, garantía de administrar bien los intereses del pupilo (2). Si el tutor faltaba á esta obligación, sus actos eran nulos (3). No dando la garantía, el tutor podía también ser destituido (4). El deber que incumbía al tutor de garantizar su buena administración, fué también previsto y reglamentado por nuestro derecho patrio en la forma y con las distinciones que expondremos cuando nos ocupemos de este punto (5). Sin duda, como el cumplimiento de esta obligación debía ser previo á la entrada del tutor en el ejercicio de sus funciones, jamás se dió el caso de que se tratara de la incapacidad para la tutela, por no haberse llenado tal requisito.

¿Cuál ha sido la suerte de estas disposiciones del antiguo derecho en el moderno? El Código de Napoleón (art. 2121, inciso

(1) Laurent, tomo 4, núm. 514.

(2) Inst. de Just. lib. 1, tit. 24.

(3) Dig. lib. 26, tit. 7, l. 7.—Cód. lib. 5, tit. 42, l. 3.

(4) Cod. lib. 5, tit. 51, l. 13.—Id. lib. id. tit. 42, l. 2.

(5) Part. 6, tit. 16, l. 9.—Id. 3, tit. 18, l. 94.

2) establece también que los bienes de los tutores están legalmente hipotecados en garantía de la buena administración de los menores ó incapacitados. A reserva de tratar extensamente este punto más adelante, bástenos por el momento consignar que nuestro derecho nacional no ha sido infiel á estos antecedentes convirtiendo de una manera expresa en causa de incapacidad para la tutela, la falta de cumplimiento de la obligación que nos ocupa, en tanto que dependiera de la voluntad de la persona, y por lo que hace á otra tutela. Así los Códigos de Tlaxcala (art. 356, inciso 4) del Distrito Federal de 1870 (art. 562, inciso 4) y el actual (art. 462, inciso 4) declaran que son incapaces del ejercicio de la tutela los que hubieren sido removidos de otro anterior por haberlo ejercido *sin caucionar*. Si á primera vista parece contradictorio este supuesto de nuestros Códigos, habrá de disiparse toda duda tomando en cuenta lo que después explicaremos, ó sea, que conforme á ellos no es imposible que de hecho entre el tutor al desempeño de su cargo, antes de haber caucionado. Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. 449 del primero y 407 del segundo), como no suponen esta posibilidad, tampoco se ocupan del hecho, como causa para ser incapaz del ejercicio de la tutela.

231. Véase, pues, cómo la incapacidad probada en una ocasión constituye, según los Códigos citados, un estigma indeleble cuando se trata del ejercicio de otra tutela. Por muy dura que parezca esta disposición, no podrá menos que convenirse en su justicia y conveniencia, atento que el legislador ha debido procurar la mayor suma de garantías respecto del tutor y en favor de los que le están sujetos. En este sentido están conformes con los Códigos del Distrito y de Tlaxcala los de Veracruz y Estado de México (art. 430, inciso 3 del primero y 388, inciso 4 del segundo) según los cuales son incapaces para obtener el cargo de tutor las personas que hubieren sido removidas de otra tutela *anterior* por *sospechosas*.

232. Esta última palabra por la generalidad de su sentido, y porque á no dudarlo no ha sido empleada arbitrariamente por el legislador, amerita alguna explicación. En el derecho

romano se había establecido desde las XII Tablas cómo perteneciente á cualquiera *quirit ex populo* y no sólo á parte interesada, el derecho de acusar al tutor por sospechoso (1). El objeto de ese derecho no era precisamente el castigo del tutor sino resguardar la fortuna del pupilo por el sólo peligro de que fuera malversada (2). Su conocimiento no correspondía, por lo mismo, á la jurisdicción criminal, sino á la civil, no obstante que pudiera importar algunas veces la infamia del tutor (3) menos cuando éste fuese el ascendiente ó patrón del pupilo (4). En este último caso sólo la defensa de los intereses son la base de la acción (*suspecti tutoris postulatio*) y muy frecuentemente no se obtenía ni la remoción del tutor, limitándose á unirle un curador (5).

233. Ahora bien ¿quienes se hacían sospechosos? puede decirse que todos aquellos que perdían, respeto ó de quienes se disminuía por lo menos, la estimación que de ellos se hacía en público. La *existimación* era definida por Calistrato: *dignitatis illesæ status, legibus ac moribus comprobatus* (6) "Era el honor del ciudadano romano, dice Ortolan, que se fundaba á la vez sobre las leyes y las costumbres, y que debía conservarse intacto para la plena aptitud en orden á los derechos civiles, tanto en el orden público como en el privado (7)." *Dignitas*, enseña el profundo Savigny, era la posición exterior de un hombre, reflejo de su dignidad personal y á la que la opinión pública se unía naturalmente (8)." Las alteraciones de la *existimación* se originaban de tres causas que muy claramente expresa el siguiente fragmento de una constitución de Constanti-

(1) Breal et Bailly, Dictionnaire etymologique latin "Specio."

(2) Van-Wetter, Droit rom. tomo 2, §633.—Ortolan, Inst de Just. lib. 1, tit. 26 §1.—De la Serna, Derecho rom. Inst. de Just. lib. 1, tit. 26, §1.

(3) Dig. lib. 26, tit. 10, l. 3, §5 y 7 §1.

(4) Dig. 37, tit. 15, lib. 5.

(5) Dig. 26, tit. 10, l. 9.

(6) Dig. lib. 50, tit. 13, l. 5, §1.

(7) Ortolan, Generaliz. du Droit rom. part. 1 tit. 1, chap. 3, §24.

(8) Savigny, Droit rom. Apéndice VI—IV.

no: *si scripti heredes infamæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspersantur* (1). La primera consistía, ya en el ejercicio de ciertas profesiones ó en la ejecución de actos vergonzosos que designaba la ley ó el edicto del pretor, ya en la condenación impuesta por delitos públicos ó privados (2); la torpeza (*turpitududo*) era la mancha impresa sobre la reputación por acciones que, aunque no penadas por la ley, atraían sobre su autor el descrédito y el desprecio público (3); y la *levis nota* estaba reservada especialmente para los manumitidos y los hijos de cómicos ó histriones, que eran incapaces del matrimonio con senadores ó hijos de estos y de ser instituidos herederos (4).

Salvo muy señaladas cosas que debía abolir el transcurso del tiempo con la influencia de las nuevas ideas, toda esa legislación se encuentra repetida en la antigua española, como es de verse en las *Partidas* donde esta materia aparece expuesta hasta con detalle (5). Creemos que la exposición de la ley 1^ª, tit. 18, Partida 6^ª constituye el mejor criterio en que podrán inspirarse, según los códigos de Veracruz y Estado de México, el consejo de familia y la autoridad judicial, para calificar la inhabilidad del tutor, como sospechoso (6).

Al mismo género de ileas á que nos hemos referido, pertenece otro supuesto á que en los artículos antes citados hacen alusión los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, ó sea, á que resulta también incapacidad para la tutela de que la persona hubiera ya sido separada de otra por haberse *conducido mal en su desempeño, ya respecto de la persona, ya respecto de la administración de los bienes del menor* (7).

(1) Cód. lib. 3, tit. 28, l. 27

(2) Dig. lib. 3, tit. 2

(3) Cód. lib. 12, tit. 1, l. 2—Dig. lib. 22, tit. 5, l. 3—Id. lib. 37, tit. 15, l. 2—Id. lib. 50, tit. 2, l. 12—Inst. de Just. lib. 2, tit. 18, § 1

(4) Ulp. Regular. tit. 13 y tit. 16, §2—Dig. lib. 32, tit. 2, l. 44, §5—Id. lib. 40 tit. 11, l. 5—Cód. lib. 3, tit. 28, l. 27

(5) Partida 6, tit. 18, l. 1, 1, 2, 3 y 4

(6) Véanse antes en la adición [cap. 7, tit. 8, lib. 1 del Cód. del Estado de México] los arts. 383 á 387

(7) Sentencia del juzgado 6.º de lo Civil del Distrito Federal, 24 de Mayo de 1876 ("El Foro" tomo 6, núm. 105)

234. Es igualmente incapaz para la tutela la persona que hubiera sido removida de otra, por haber contraído matrimonio con la pupila, sin la dispensa necesaria. Nos referimos á lo que en otra parte hemos expuesto respecto de este impedimento para el matrimonio (1). De esta causa de incapacidad sólo tratan los códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala en los mismos textos ha poco citados, no haciéndolo los de Veracruz y Estado de México probablemente porque, según ellos, aquel impedimento es dirimente y por tanto verdadera causa de nulidad del matrimonio, supuesto lo cual, desaparece en el pensamiento del legislador el peligro de una mala administración de la tutela (2). ¡Cuán pueril é infundada deba parecernos esta confianza en la buena conducta de un tutor cuya pupila se hace su esposa, es algo que por su evidencia creemos excusado hacer otra cosa que enunciar!

235. Siendo el impedimento, de que hablamos, para el matrimonio, extensivo á los descendientes del tutor; la incapacidad de éste para una nueva tutela ¿tendrá también lugar, cuando la anterior haya cesado por esa causa? Sería, en nuestro concepto, extremar el rigor de la ley cuya mente, de seguro, no ha sido otra que declarar inhábiles para la tutela á aquellas personas que por sus actos propios denunciaran ser indignas del ejercicio de ese cargo. Claro está que las más veces no serán extrañas al matrimonio de la pupila con el descendiente del tutor las influencias de éste; pero para corregir tan grave mal, basta la sanción pronunciada por la ley—nombroamiento de un tutor interino, que administre los bienes—sin que nada justifique el aumento de esa pena con otra, la cual parece reservada al caso de individual responsabilidad del tutor. Los textos positivos están de acuerdo en esto, pues solo se refieren á la hipótesis del matrimonio del mismo tutor con la pupila.

236. Desde el antiguo derecho se había también establecido que la condenación á ciertas penas importaba la pérdida de

[1] Véase el tomo 2, de esta obra, núms. 263 á 270.
[2] Véase el tomo 3^o de esta obra, núm. 380, 3.º

los derechos de familia. Era lo que en Roma se llamaba *maxima diminutio capitis* y en ella incurrián los condenados á la última pena y á las minas, aun antes de la ejecución de la sentencia (1). La *minor diminutio capitis*, haciendo perder la ciudad pero no la libertad, importaba también la pérdida de los derechos de familia y en ellos incurrián aquellos á quienes se habían prohibido *el agua y el fuego*, ó sean los departados á una isla (2). La *minima diminutio capitis* significaba meramente la modificación del estado de la persona, ya porque habiendo sido *sui juris*, se hiciera *alieni juris*, ora porque un hijo emancipado por su padre fuera *capite deminutus*. (3) Todo esto supuesto, fácil es derivar la influencia que la *capites deminutio* tenía sobre la capacidad para la tutela, que terminaba por la *máxima* y la *mediana*. En cuanto á la *minima*, aunque importaba un cambio de familia, no producía aquel efecto sino respecto de la tutela legítima, como la única fundada en los derechos de familia (4) La antigua legislación española siguió con absoluta fidelidad estos antecedentes (5).

El derecho moderno en Francia se ha inspirado en ellos, si bien empleando una terminología diversa, para fulminar también la pena de incapacidad en orden al ejercicio de la tutela y en contra de aquellas personas que hubieran sido condenadas á una pena aflictiva ó infamante, pues tal condenación importa, según el artículo 443 del Código de Napoleón, de pleno derecho la exclusión de la tutela, con arreglo á los artículos 7, 18 y 29 del Código Penal del mismo país de 12 de Febrero de 1810. Nuestro derecho nacional tiene que ser en esta materia fiel reflejo de la Constitución Política de la República, cuyo artículo 22 prohíbe las penas infamantes, no sólo en el sentido de la naturaleza y condiciones en que conforme al an-

(1) Inst de Just, lib. 1, tit. 12, § 3.—Dig. lib. 48, tit. 19, lib. 11, §§ 3 y 29.—Id. id. lib. 17.
(2) Ulpiano, Regular, tit. 10, § 3.
(3) Dig. lib. 38, tit. 17, lib. 1, § 8. Id. lib. 4, tit. 5, lib. 3.
(4) Inst. de Just; lib. 1, tit. 22, § 4.
(5) Part. 6, tit. 16, lib. 21.

tigo derecho y al francés se hacía y se hace consistir la infamia, sino también en cuanto á la significación atribuida á ciertos castigos, como el destierro, que por sí sólo no induce idea alguna de indignidad social. Así, nuestros varios Códigos en materia civil, declaran unánimes que son incapaces para obtener el cargo de tutor "los que por sentencia hayan sido condenados á la privación del cargo, ó á la inhabilitación para ejercerlos art. 430, inciso IV del de Veracruz, 388, inciso V del del Estado de México, 356, inciso id., del de Tlaxcala, 562 inciso id., del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso id., del actual."

237. ¿Qué significan las expresiones "privación" é "inhabilitación" en el lenguaje de nuestros legisladores? Para comprender este punto es preciso recordar los textos de los distintos Códigos penales, vigentes en aquellos Estados de la República sobre enumeración de las penas y sus efectos, aparte la aflicción que importan para el culpable, relativamente á su aptitud para el ejercicio de los derechos civiles. El Código Penal del Distrito Federal, modelo en su mayor parte de los demás que rigen en México, considera únicamente dos efectos de las penas en orden á los derechos civiles ó de familia: el de suspensión y el de inhabilitación. El primero resulta de las penas de prisión ó reclusión, como consecuencia necesaria de ellas, ó de sentencia que formalmente la impone como pena. En el primer caso, la suspensión comienza y concluye de hecho con la pena de que es consecuencia; en el segundo, comienza al terminar el tiempo de la pena privativa de la libertad, y su duración no puede exceder de doce años ni bajar de tres (arts. 146, 147 y 148). El otro efecto que considera el Código Penal á que nos referimos, ó sea el de inhabilitación no puede decretar sino I cuando espresamente lo prevenga dicho Código; y II si hubo abuso de los derechos civiles de que se trata, ó el reo se ha hecho indigno de ejercerlos por otro delito diverso.

238. Como en el derecho romano y en el antiguo español, en el moderno se declara también que son inhábiles para la tutela

los que no tengan oficio ó modo de vivir conocido, ó sean notoriamente de malas costumbres. Así es de verse en los arts. 444 del Código Francés, 388, inciso VI del del Estado de México, 430, inciso V del de Veracruz, 356, inciso VI del de Tlaxcala, 562, inciso id. del del Distrito Federal de 1870 y 462, inciso id. del actual.

En consecuencia la calificación de esta incapacidad pertenece soberanamente á los jueces, quienes sin violar ninguna ley, pueden decir que es indigna de la tutela la madre que ha vivido al lado de un hombre públicamente desestimado, y que no era su esposo (1). Por la misma razón la incapacidad de que se trata, puede resultar aún de la incuria, falta de orden y sabiduría en el manejo de los negocios (2). Creemos igualmente, con un notable fallo extranjero, que una falta aislada, seguida de arrepentimiento y atenuada en sus consecuencias, no puede ameritar la indignidad de la persona responsable para el cargo de tutor, pues los textos legales se refieren á *la mala vida notoria*, lo que da la idea de una série de actos contrarios á la moral (3).

La circunstancia de *notoriedad* que las leyes exigen para que las malas costumbres ó la mala vida constituyan la incapacidad que nos ocupa ¿significa que esos defectos han de ser públicos y conocidos de gran número de personas? Sí, porque acusa, sin duda, menos depravación moral el que oculta sus vicios que el que hace gala de ellos y contribuye á sabiendas con su escandaloso ejemplo á la corrupción de las costumbres (4).

Sin embargo, esto no quiere decir, que si la *notoriedad* es combatida en juicio, no puedan rendirse acerca de ella las pruebas que el derecho establece, pues de lo contrario una mera de-

(1) Arrêt: Cass. 15, mars 1864, (Sirey, 1864, I, 155).

(2) Arrêt: Bruxelles, 22 juin 1827, (Daloz, Rep. "Minorité" 356 y 369).— Sentencia del Juzgado 1.º de lo Civil del Distrito Federal (México) de 29 de Octubre de 1878 (El Foro, tom. 11, núm. 90).

(3) Arrêt: Rouen, 24 janv. 1859 (Daloz, 1860, 2, 24).

(4) Arrêt: Bordeaux, 15 pluvioso an XIII (Daloz, Rep. "Minorité" núm. 357).

negación bastaría para destruir lo que es tan cierto que puede demostrarse (1).

239. Según nuestros Códigos son también incapaces para la tutela las personas que tengan pleito pendiente con el menor, al deferirse aquella (arts. cits.). Es una reminiscencia del antiguo Derecho (núm. 225) que, sin embargo, no es fielmente seguido por el nuestro en este punto. En efecto, hemos visto que no cualquier litigio con el menor importaba la indignidad para la tutela, sino sólo aquellos en que se interesase su estado civil ó una parte considerable de los bienes. Así lo expresa también el Código de Napoleón (art. 442), alejando, por consiguiente, como causas de incapacidad, litigios insignificantes ó no suficientemente graves, en concepto del juez, para ameritar aquella (2).

En cambio de esta latitud que parece acusar en nuestros legisladores un nimio celo en favor de los pupilos, es de notarse que sólo se han fijado en la persona que hubiera de desempeñar la tutela, desatendiéndose por completo de sus parientes inmediatos, quienes, de seguro, caso de tener un pleito con el menor, no dejarían de influir más ó menos perjudicialmente para éste sobre el tutor.

240. Otra incapacidad de que hablan también nuestros Códigos (arts. cits.) es la de deuda considerable á juicio del juez en favor del pupilo. Las precauciones de los legisladores se habían fijado desde antiguo en este punto (3), sin expresarse, como lo hace hoy nuestro Derecho, que la deuda había de ser *considerable* (4). Es Baldo el primero que demostró la necesidad de ese requisito, si bien exigiendo que, antes del discernimiento del cargo de tutor, hubiera ya litigio sobre la deuda: *nisi delatam tutelam esset jam lis super debito, quia magnum videtur ex*

(1) Arrêt: Cass. 12 mai. 1830 (Daloz. 1830, 1240)—Demolombe, tom. 7, núm. 486.—Laurent, tom. 4, núm. 523.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 517.—Demolombe, tom. 7, núms. 496 y 497.

(3) Novella 72, cap. 1.—"Partida" 6, tit. 16, l. 14.

(4) Bartolo y Saliceto, "Gloss. minoris, Cod. qui dar tutor, poss."

eo, quod sit de eo magna lis inter partes (1). Es de notarse que tampoco se refieren nuestras leyes, en orden á esta incapacidad, sino á la persona del tutor, no haciéndola por lo mismo extensiva á sus parientes inmediatos.

241. ¿Qué decidir, entonces, cuando se trate del caso en que, *verbigratia*, el hijo del tutor fué el deudor del menor? La cuestión era dilucidada desde la época de los glosadores del Derecho Romano. Unos opinaban que la prohibición de la ley debía limitarse á los abuelos é hijo del tutor, *propter affectionem quoe suspicionem tollit* (2), no haciéndose extensiva al hermano, *quia honor et privilegium, quod lex concedit parentibus, non debetur fratribus* (3). Angelus Aretinus aventuraba ya una opinión que nos parece ser todavía hoy utilísima ante el silencio de nuestros Códigos, tanto respecto de esta causa de incapacidad como de la anterior. Si el hijo del tutor es deudor ó acreedor del pupilo ¿deberá el segundo ser separado de la tutela? Debe distinguirse, contestaba este jurisconsulto: ó el hijo está bajo la patria potestad, ó emancipado, y en el primer caso, ó le pertenece ó no el usufructo; si lo primero, es evidente que el carácter de deudor ó de acreedor del hijo del tutor, impedirá á este funcionar como tal, pues en derecho ambos no forman sino una sola persona jurídica, subsistiendo por lo mismo la razón por la cual la ley ha declarado esas circunstancias causa de incapacidad para la tutela; si lo segundo, por argumento *a contrario* debe decirse que tal causa desaparece, pues la sola razón de afecto entre padres é hijos no basta para motivar una prohibición odiosa (4).

242. Mas supóngase que se trata de tutor testamentario, ¿le alcanzarán también las prohibiciones de que hablamos? Después de algunas vacilaciones en la doctrina, uno de los jurisconsultos

(1) Baldus, "Gloss. ad hæc Cod. quando mulier tutel. fung potest."

(2) "Gloss. ad Auth. minoris Cod. qui dar tutor poss.—Guillermo de Cuneus, in l. cum eo Dig. de pact.—Saliceto, Auth. minoris col. 1.

(3) De Cuneus, in l. 3, § 1, Dig. de legat. præst.

(4) Ang. Aret. "in auth. minoris."