

las circunstancias (1). Creemos, sin embargo de tan respetables autoridades, que la tesis contraria es más conforme á la naturaleza de la tutela y al caracter de las excusas. Estas, en efecto, no son sino excepciones del principio conforme al cual la tutela, por interesar en el más alto grado á la sociedad y á las familias, constituye una verdadera función pública, obligatoria para los ciudadanos (núms. 97 y 109). ¿Cómo entonces poderse entender, fuera de los límites trazados por la ley, las restricciones de ese principio? En nuestro derecho, la resolución nos parece indiscutible.

279. Desaparecida la causa de la excusa *¿debe*, ó solamente *puede* el antiguo tutor volver á la tutela? Ni lo uno ni lo otro, en rigor, según algunos Códigos, que guardan absoluto silencio sobre esta cuestión (Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala); pero lo primero está expresamente mandado por los Códigos de Veracruz (art. 433) y de Estado de México (art. 391) en el sentido de que puede el consejo de familia *compeler* á los excusados, luego que cese la causa de la excusa, á encargarse de nuevo de la tutela ó protutela. Es una imitación del derecho francés (2), y una clara reminiscencia del antiguo español (3).

(1) Valette *sur Proudhon* tom. 2, pág. 240.—Marcadé *sur Part* 441.—Massé et Vergé *sur Zachariæ* tom. 1, pág. 240.—Demante, tom. 2, núm. 186, bis II. Delvincourt, tom. 1, pág. 114, note 3.—*Contra*: Demolombe tom. 7, núm. 443.—Laurent, tom. 4, núm. 508.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 493.

(3) Partida 6, tit. 17, l. 2.

CAPITULO X

DE LA GARANTIA QUE DEBEN PRESTAR LOS TUTORES PARA ASEGURAR SU MANEJO.

Art. 480. *El tutor antes de que se le discierna el cargo prestará caución para asegurar su manejo. Esta caución consistirá:*

I. *En hipoteca:*

II. *En fianza.*

Art. 481. *No se admitirá la fianza, sino cuando el tutor tenga bienes en que constituir la hipoteca.*

Art. 482. *Cuando los que tenga no alcancen á cubrir la cantidad que ha de asegurarse conforme al artículo siguiente, la garantía podrá consistir, parte en hipoteca, parte en fianza, ó solo en fianza, á juicio del juez y previa audiencia del curador.*

Art. 483. *La hipoteca, y á su vez la fianza se darán:*

I. *Por el importe de las rentas que deban producir los*

bienes raíces en dos años y los réditos de los capitales impuestos, durante el mismo tiempo:

II. Por el de los bienes muebles y el de los enseres y semovientes de las fincas rústicas.

III. Por el de los productos de las mismas fincas en dos años, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio, á elección del juez:

IV. Por el de las utilidades anuales en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma, ó á juicio de peritos.

Art. 484. Si los bienes del menor enumerados en el artículo que precede, aumentan ó disminuyen durante la tutela, podrán aumentarse ó disminuirse proporcionalmente la hipoteca y la fianza, á pedimento del tutor, del curador ó del Ministerio público.

Art. 485. Si el tutor dentro de tres meses despues de aceptado su nombramiento, no pudiere dar la garantía por las cantidades que fija el art. 483, se procederá al nombramiento de nuevo tutor.

Art. 486. Durante los tres meses señalados en el artículo precedente, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino, quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos de administración, que los que le sean expresamente determinados por el juez y siempre con intervención del curador.

Art. 487. Están exceptuados de la obligación de dar garantía:

I. Los tutores testamentarios, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador:

II. Los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y solo tenga créditos ó derechos litigiosos:

III. El padre, la madre y los abuelos, en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes; salvo lo dispuesto en el art. 490.

IV. Los que recojan á un expósito, y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él.

Art. 488. Los comprendidos en la fracción primera del artículo anterior, solo estarán obligados á dar garantía cuando con posterioridad á su nombramiento haya sobrevenido causa ignorada por el testador, que haga necesaria aquella, á juicio del juez y previa audiencia del curador.

Art. 489. En el caso de la fracción II del art. 487, luego que se realicen algunos créditos ó derechos, ó se recobren los bienes, aun cuando sea en parte, estará obligado el tutor á dar la garantía correspondiente. El curador vigilará, bajo su más estrecha responsabilidad, el cumplimiento de este artículo.

Art. 490. Cuando la tutela del incapacitado recaiga en el cónyuge, en los ascendientes ó en los hijos, no se dará garantía; salvo el caso de que el juez, con audiencia del curador, lo crea conveniente.

Art. 491. Siempre que el tutor sea también coheredero del incapaz, y éste no tenga más bienes que los hereditarios, no se podrá exigir al tutor otra hipoteca que la de su misma porción hereditaria; á no ser que esta porción no iguale á una mitad de la del incapaz, en cuyo caso se integrará la garantía con hipoteca de bienes propios del tutor ó con fianza.

Art. 492. Al presentar el tutor su cuenta anual, el curador debe promover información de supervivencia é idoneidad de los fiadores dados por aquel. También podrá promover esta información siempre que la estime conveniente. El Ministerio público tiene igual facultad, y aun el juez puede de oficio exigir la información. En todo caso será citado para ella el Ministerio público.

Art. 493. Es también obligación del curador vigilar el estado de las fincas hipotecadas por el tutor, dando aviso al juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere, para que, si es notable la disminución del precio, se exija al tutor que asegure con otras los intereses que administre.

Art. 494. Siendo varios los incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores, solo se exigirá á cada uno de ellos la hipoteca ó fianza por la parte que corresponda á su representado.

SECCION X.

ANTIGUO DERECHO.

250. Función pública, como era la tutela en el derecho romano (núm. 97), é interesados de consuno en su acertado desempeño tanto el Estado como los particulares, frente á quienes los menores ó incapacitados no podían vivir aislados en el seno de la sociedad, muy natural era que desde entonces se pensase en resguardar esa representación tan importante y trasendental contra los abusos y la mala versación de los caudales confiados á las personas que de ellos están encargadas. Así, el tutor debía, antes de entrar en funciones, prestar juramento de bien administrar, ni más ni menos que si se tratara de un cargo público, pues á tanto, como á invocar el nombre de Dios, se había creído necesario llegar para garantía de la honrada administración tutelar: *tunc*, dice una constitución del emperador Justino, *necessitatis ratio nos etiam ad hoc vocat, ut curatores respicientes ad Deum, ita faciant gubernationem tanquam in suis rebus. Etenim volumus dum celebratur decretum quod tradit coram ei qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere sacrosanta Dei Evangelia tangentem: quia per omnem pergens viam, utilitatem adolescentis aget, quod tamen non excipiet eum á ratiociniis, neque á legis ordine, sed cautiolem faciet ad rerum gubernationem, timentem semper circa eas propter jurisjurandi memoriam factam.*

Hæc lex à nobis pro cautela sit posita horum qui curatoribus indigent. Si quid vero et aliud advenierimus, neque hoc lege complecti pigebit: ut per omnia patres eorum, qui sibi auxiliari nequeunt exitamus (1). Además del juramento, el tutor debía practicar delante de un *iabulario*, inventario fiel y exacto de los bienes del pupilo: *Tutores vel curatores, mox quam fuerint ordinati, sub presentia publicarum personarum inventarium rerum omnium et instrumentorum solemniter facere curabunt (2).* Como si esto no fuera bastante, los tutores legítimos y los dativos nombrados sin previa inquisición, estaban obligados á garantizar su buen manejo por medio de un fiador (*curatio rem pupilli salvamfore*) (3). De esta obligación eran exceptuados los tutores testamentarios y los dativos después de inquisición, pues se creía que la elección del padre ó la averiguación previa del magistrado constituía toda la garantía que se necesitaba en favor del pupilo (4). En el último estado del derecho el patrimonio de un tutor cualquiera estaba afectado de una hipoteca legal y tácita en garantía de su buena administración; así al menos lo piensan autores de gran nota, fundados en el texto: *Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare: minime prohibentur (5)*; pero Voet enseña que los pupilos no tenían sobre los bienes de sus tutores sino un privilegio *inter personales* (6), lo que sucedía también con los sujetos á curatela (7). Si el tu-

(1) *Novella 72, cap. 8.—Cod. lib. 5, tit. 70, l. 7, § 5.*

(2) *Cod. lib. 5, tit. 37, l. 24.*

(3) *Inst. de Just. lib. 1, tit. 24 proem.*

(4) *Dig. lib. 27, tit. 1, l. 36.*

(5) *Cod. lib. 5 tit. 57, l. 20.—Balduinus, Comm. 2, De legib. Cons.—Godefredo, Cod. Theod. de adm. tutor, l. 1.*

(6) Voet, *ad Pandect. lib. 20, tit. 2, núm. 19.*

(7) Pothier, *Pandect. tom. 3, núm. 30.*

tor no satisfacía á estas obligaciones, eran nulos todos los actos que practicaba: Tutor, dice Ulpiano, *qui repertorium non fecit, quod vulgo inventarium apellatur, dolo fecisse videtur: nisi forte aliqua necessaria et justissima causa allegari possit, cur id factum non sit. Si quis igitur dolo inventarium non fecerit, in ea conditione est, ut teneatur in id quod pupilli interest: quod ex iurejurando in litem aestimatur. Nihil itaque gerere ante inventarium factum cum oportet: nisi id quod dilationem nec modicam expectare possit.* Por manera que si el tutor no hacía inventario, se admitía que que el pupilo fijase por juramento el valor de su patrimonio (1). Ya hemos dicho antes (número 250) que, si el tutor no hacía inventario o no daba garantía de su buen manejo, podía, además, ser destituido.

Aparte de estas acciones que podríamos llamar directas contra el tutor, tenían los pupilos una acción subsidiaria contra los magistrados, que hubieran sido omisos en exigir la *satisfacción* al tutor; este recurso extraordinario (*últimum subsidium*) no procedía sino á falta de cualquiera otro de los mencionados, cuando después de vendidos todos los bienes del tutor ó curador y de sus fiadores, el pupilo ó incapacitado no quedaba completamente indemnizado (2).

251. En toda esta materia es de notarse también la absoluta fidelidad de nuestro antiguo derecho patrio al Romano. Las leyes Alfonsinas prescribían igualmente el juramento, de administrar bien los intereses del pupilo y de proveer con acierto á su educación y alimentos (3); y para el cumplimiento de todas estas obligaciones se exigía también la fianza previa,

(1) *Dig. lib. 26, tit. 7, l. 7.*

(2) *Dig. lib. 27, tit. 8.—Cod. lib. 5, tit. 18, l. 6.*

(3) *Partida 6, tit. 16, l. 9.—Gutiérrez, de tutel. part. 1, cap. 12, núm. 31, Febrero de Tapia, lib. 1, tit. 4, cap. 3.*

sopena de ser nulo todo lo que el tutor hiciese (1). La jurisprudencia, á falta de ley expresa, seguía al derecho romano en orden á la acción subsidiaria contra el juez que no hubiera sido cuidadoso en la recepción de la fianza (2). Dos puntos son controvertibles, atenta esta legislación: 1.º Si como en el Derecho romano estaban exentos de la obligación de afianzar los tutores testamentarios y los dativos, y 2.º Si el importe de la fianza debía ser al igual de los bienes del pupilo. Con respecto al primero, Gregorio López y Gutiérrez juzgaban que la exención subsistía, puesto que las leyes, al ocuparse de esto, sólo hablaban de los tutores legítimos (3); confesaban, sin embargo, esos autores que en la práctica era exigido á todos el requisito que nos ocupa. Gutiérrez enseñaba, además, que no era de la esencia de la fianza tutelar que correspondiese con completa exactitud al importe de los bienes del pupilo; aunque sí era necesario que el monto de la primera se fijase por el Juez, atento el del inventario (4). El pupilo tenía siempre un derecho de hipoteca tácita sobre los bienes del tutor y de sus herederos (5). *Contrahitur pignus tacite*, dice la glosa de Gregorio López, *ut si quis promittat dotem viró, vel vir uxori ad restituendam dotem: idem de bonis tutoris, vel curatoris minorum a die, qua incepit uti administratione bonorum, donec satisfaciat* (6). Sobre esta garantía en favor de los menores escribe un renombrado jurisconsulto español lo siguiente, que basta á justificar las reformas implantadas en esta materia por el derecho moderno: "Esta hipoteca, si bien sirve para asegurar la responsabilidad del tutor, es con-

(1) Castillo. *de usufruct.* lib. 1, cap. 3, núm. 213.

(2) Febrero de Tapia, *loc. cit.*

(3) Gregorio López, *glos.* 3 á la 1. 9, tit. 18. Partida 3.—Gutiérrez, *de tutel.* part. 1, cap. 5, núm. 1.

(4) Gutiérrez *de tutel.* part. 1, cap. 12, núm. 27.

(5) Partida 6, tit. 16, l. 21.

(6) Partida 5, tit. 13, l. 23.

traria al interés público por cuanto dificulta la circulación de todos los bienes inmuebles del tutor y del fiador, aunque sean cuantiosos y la tutela insignificante, y obliga injustamente al tercero, que sin saber ni poder averiguar la carga oculta que pesaba sobre la finca del tutor ó del fiador, la compró por su justo precio ó prestó dinero sobre ella. Y como cuando llega el caso de hacer efectiva la responsabilidad del tutor insolvente á costa de un tercero, se originan casi siempre pleitos graves y costosos, sería mucho más conveniente al menor que la fianza personal y que la hipoteca tácita, una hipoteca especial pública constituida por el tutor con intervención del consejo de familia y aprobación judicial, en cantidad proporcionada á los bienes de la tutela. Así no se retirarían de la circulación más bienes que los necesarios para garantizar al pupilo; así no se podría sorprender la buena fe del tercero á quien se ofreciera la adquisición de los bienes del tutor ó de sus fiadores; así, en fin, lograrían los pupilos ser indemnizados con más facilidad y menos costo de los perjuicios que les causarían sus tutores (1)".

DERECHO MODERNO.

252. La actual legislación francesa, tal como resulta de la ley de 16 Diciembre de 1851 sobre el régimen hipotecario, es la siguiente sobre la materia que nos ocupa: Los menores é incapaces tienen hipoteca legal sobre los bienes de su tutor ó pretutor, cuando éste administra (art. 47); el tutor oficioso y el segundo marido, si la madre del menor pasa á segundas nupcias fuera de los requisitos que la ley previene, están también

(1) Cárdenas, *De la legislación civil de España*, pág. 24.

sometidos á la hipoteca legal (1). Esta hipoteca legal comprendía, según el código de Napoleón (art. 2,122), todos los inmuebles pertenecientes al tutor y que pudieran pertenecerle en adelante; pero la ley mencionada declara (art. 49) que, cuando el tutor sea nombrado y antes de entrar en ejercicio, el consejo de familia deberá fijar la suma por la cual se forme la inscripción hipotecaria, designando los inmuebles que se hipotecuen, atenta la fortuna de los menores y la de los incapacitados, la naturaleza de los valores de que se compongan y las eventualidades de la responsabilidad del tutor. Puede, sin embargo, el consejo de familia dispensar al tutor de la obligación de constituir hipoteca en ciertos casos excepcionales, como cuando la fortuna del menor sea de poca importancia y el tutor dé garantías suficientes de una buena administración por su posición social y su moralidad (2). Si el tutor se ingiere en la administración antes de que se constituya ó inscriba la hipoteca, podrá ser destituido de la tutela por el consejo de familia (art. 52). Si mientras delibera éste sobre el monto de la hipoteca, llega á reconocerse que el tutor no posee inmuebles, aquél podrá ordenar que el capital de los menores ó incapacitados sea colocado por el tutor en la caja de depósitos y consignaciones (art. 55). Lo mismo se hará, si el tutor posee inmuebles insuficientes para responder de la totalidad de su administración por lo que respecta al excedente de los bienes del menor (art. 56); como también en el caso en que las garantías dadas se hubieran vuelto insuficientes, salvo que el consejo de familia exija un aumento en la hipoteca (art. 58). Si las garantías dadas por el tutor se hacen excesivas durante el curso de

(1) Troplong, *Privileges et hypothèques* tom. 3, núm. 421.—Duranton, tom. 3, núm. 341 y tom. 19, núm. 310.—Demolombe tom. 7, núm. 128.

(2) Arrêt: Trib. civil de Namur, 22 janv 1857 (Gerard, *code civil*).

la tutela, el consejo de familia podrá restringir las seguridades primitivamente exigidas (art. 60). Tal es, á grandes rasgos, la legislación francesa en esta materia.

253. Nuestra legislación nacional se ha inspirado en estos antecedentes, procurando cubrir con toda suerte de garantías la administración de los tutores; pero á la vez facilitando aquellas, aunque siempre sin perjuicio de todo lo que puede hacerlas seguras é inequívocas. Grande honor resulta á nuestros legisladores de haber implantado la sapientísima reforma de la hipoteca expresa, especial y pública; pero no es menos loable su justificación, por haber conservado del derecho patrio la fianza tutelar, como bastante por sí sola para garantizar el buen manejo de los bienes de menores ó incapacitados. "Si todo el que administra bienes ajenos, dice la Parte Expositiva del Código del Distrito Federal de 1870, está obligado á asegurar su manejo, con mucha mayor razón debe hacerlo el que administra bienes de un incapacitado, que por su propia naturaleza es un ser débil, que no pueda defenderse y que necesita el apoyo de la ley, sea cual fuere la causa de la incapacidad. Es, pues, un principio incuestionable el que impone á los tutores la obligación de asegurar la administración de los bienes del incapacitado. En nuestra actual legislación (antigua española) se previene que el tutor dé fianza: en los códigos modernos se ha preferido la hipoteca. Y aunque entre nosotros, los bienes del tutor están hipotecados legalmente, como por los fundados motivos que en su lugar expondrá la comisión, ha creído conveniente suprimir esa especie de hipoteca, imposible unas veces, é inútil otras, se decidió á establecer la hipoteca expresa en primer lugar, y en su defecto la fianza ó alguna vez entrambas, como garantía del manejo de los tutores." A estas ideas responde con toda exactitud nuestra legislación civil contenida en los códigos de

Distrito Federal y en el de Tlaxcala, aunque otro tanto no puede decirse de los del Estado de México y de Veracruz.

NUM. 1.—DE LA OBLIGACION PREVIA DEL TUTOR
DE CAUCIONAR SU MANEJO.

¿En qué puede consistir la caución?

254. Si todos nuestros Códigos están conformes en que el tutor antes de entrar en la administración de su cargo, debe prestar garantía de buen manejo, sólo los primeros declaran que, para constituir la, tiene toda preferencia la forma de hipoteca, salvo el caso de que el tutor no tuviera bienes que hipotecar. Tal es el sentido de los arts. 578—579 del Código del Distrito Federal de 1870, 480—481 del actual; 373—374 del de Tlaxcala. Estos textos no dejan lugar á duda sobre que la caución previa á que está obligado el tutor, puede consistir: I, en hipoteca; II, en fianza; pero también expresan que la segunda no es de admitirse, sino cuando la primera sea imposible en virtud de no tener el tutor bienes en que constituir la hipoteca. En cambio, los arts. 449 del Código de Veracruz y 407 del de Estado de México se limitan á proclamar, en términos absolutos, la obligación de caución previa que al tutor inculca, sin determinar precisamente la forma de ella. ¿Podrá, pues, la caución, según estos códigos, ser, indistintamente *personal* ó *real*? Así habría que creerlo, de atender sólo á los textos acabados de citar; pero á ello se oponen, sin sombra de duda, otros preceptos de esas legislaciones que es preciso recordar. En efecto, los Códigos de Veracruz y Estado de México, modelados como más de una vez hemos tenido oportunidad de decirlo, sobre el *Proyecto de un Código civil español* del Sr. Gollena, siguen el sistema de éste, no reco-

nociendo sino la hipoteca legal, como garantía previa de la administración tutelar. Esto se deduce del texto de los arts. 2060 inciso 7, y 2104 del Código del Estado de México, 2290 inciso 7, y 2345 del de Veracruz. La terminología de estos preceptos impone la convicción de que, en el concepto de sus autores, si el tutor está obligado á caucionar su buena administración, es á condición de hipotecar previamente sus bienes inmuebles, pues de otro modo el consejo de familia puede removerlo de la tutela. La caución, pues, que estos Códigos exigen al tutor de su buen manejo, es la antigua hipoteca tácita (núm. 250) por las resultas de la administración. Inútil, en consecuencia, hablar, ante estas legislaciones, de fianza, porque á ello no autorizan los textos citados, cuyo modelo se encuentra en los arts. 223 y 1832 del mencionado *Proyecto*. Sin vacilar declaramos cuánto es difícil é impracticable, en muchos casos, este sistema que, sobretexto de respetar la tradición del antiguo derecho, hace de la tutela un cargo, solo accesible para los propietarios de bienes raíces, únicos sobre los cuales puede recaer la hipoteca. Nótese, sin embargo, que, establecido esto último en el derecho moderno, la antigua tradición ya no tiene razón de ser, pues según ella, ni la hipoteca *tácita* existía previamente al principio de las funciones tutelares, ni estaba circunscrita sólo á los bienes inmuebles, pudiéndose extender á todos los del tutor, de cualquiera clase que fuesen (1).

Más filosófica en esta materia la legislación de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala; si bien reconoce, como lo hemos visto, la posibilidad de que la caución previa del tutor consista unas veces en hipoteca, otras, en fianza, aunque siempre de preferencia en la primera, declara que, fuera de esta

(1) *Partida* 6, tit. 17, l. 21 *in-fine*