

estos datos, pues tres de nuestros códigos, los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala, se muestran fieles, con casi insignificantes diferencias, á la tradición romana y española, mientras los otros dos siguen la ley francesa. Esta no hace diferencia alguna, entre las personas obligadas en su calidad de tutores, á caucionar su buen manejo. Más ¿no será justo eximir á algunas personas de tal obligación, que en último análisis no reconoce por causa sino cierta desconfianza de que no sean bien administrados los intereses del pupilo? Por nuestra parte creemos, sin vacilar, que sí, y que en ello están de acuerdo, de consuno, los dictados de la naturaleza y la misma conveniencia de los menores. Hemos visto que el derecho romano libertaba á los tutores testamentarios y á los dativos, nombrados después de irquisición, de la obligación de caucionar, pues se consideraba que la elección del padre ó las precauciones del magistrado constituían una suficiente garantía (1). Estaban también exceptuados de esta misma obligación, entre los tutores legítimos, los patronos y sus hijos (2). ¿Queremos conocer la razón de estas excepciones, que parecen contrarias á la utilidad de los pupilos? Oigamos á Vinnio, que nos dice: "nada se hace aquí contra esa utilidad, sino que cuando se ha creído haber mirado bastante por los pupilos, ha parecido indecoroso exigir fianza é imponer esta carga á hombres de fidelidad y diligencia conocidas; y por tales deben reputarse los testamentarios ó los nombrados con irquisición, pues han sido electos judicialmente como idoneos" (3). Sin embargo, aun el tutor testamentario estaba obligado á afianzar, cuando hubiera malversado los bienes del testador, ó se

(1) *Dig. lib. 26, tit. 2, l. 17.—Cod. lib. 5, tit. 42, ll. 3 y 4.*

(2) *Dig. lib. 25, tit. 4, l. 5, § 1.*

(3) Vinnio, *Ad Inst. lib. 1, tit. 24, § 4.—Dig. lib. 27, tit. 1, l. 36.—Cod. lib. 1, tit. 4, l. 27.—Dig. lib. 27, tit. 5, l. 15, id. fine.*

hubieran descubierto sus malas costumbres, ó hubiera surgido una enemistad entre él y el padre del pupilo (1).

267. En cuanto á lo que sobre esto prescribía nuestro derecho patrio, nos referimos á lo que en otra parte dejamos dicho (núm. 251).

268. Los códigos de Distrito Federal (art. 585, inciso I del de 1870 y 487 inciso id. del actual) contienen el principio de que los tutores testamentarios están exceptuados de la obligación de dar garantía, cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador.—No basta, pues, como en el antiguo derecho, que el tutor sea testamentario, ni puede decirse hoy, como leemos en Vinnio que "los padres no acostumbran encargar la tutela de sus hijos, sino á aquél cuya benevolencia, fidelidad y diligencia les son bastante conocidas y probadas," por que se requiere además que el testador, en cláusula especial del testamento, haya exentado de la obligación á que aludimos al tutor por él elegido. A no dudarlo que, si el antiguo derecho fiaba demasiado en la honorabilidad de los tutores, por sólo el hecho de haber sido designados por el testador, nuestras leyes han querido poner á cubierto la administración tutelar contra toda suerte de equívocos y desastrosos resultados para el pupilo.

269. Han hecho más, si bien siguiendo en esto al derecho romano. Causas supervenientes al nombramiento del tutor; pero ignoradas por el testador, pueden hacer necesaria la garantía, á pesar del expreso relevo de ella en el testamento, si así lo declara el juez, previa audiencia del curador (arts. 586 del código del Distrito Federal de 1870 y 488 del actual). Esta prevención es extensiva, por de contado, al tutor nombrado también en testamento por quien no ejerce la patria potestad, y del cual hablamos en otra parte (núm. 178).

(1). *Dig. lib. 26, tit. 2, l. 4.—Id. lib. id. tit. 3, ll. 2 y 8.*

270. El Código de Tlaxcala guarda absoluto silencio en orden á la exención de caucionar de los tutores testamentarios.

271. En segundo lugar están exceptuados de la obligación de dar garantía "los tutores, de cualquiera clase que sean, siempre que el incapaz no esté en posesión efectiva de sus bienes, y sólo tenga créditos y derechos litigiosos. Lo declaran así expresamente los Códigos del Distrito Federal (arts. *cits.* inciso II) y el de Tlaxcala, (art. 379 inciso II.) ¿Será porque no teniendo la caución tutelar previa otro objeto que garantizar el buen manejo de los bienes del pupilo, se hace innecesaria mientras sus bienes no existan? Tal parece haber sido el criterio de estas legislaciones, pues en seguida añaden los mismos Códigos, que la garantía tutelar se deberá dar tan luego como se realicen algunos créditos ó derechos, ó se recobren los bienes, aun cuando sea en parte (arts. 587 del del Distrito Federal de 1870, 489 del actual y 380 del de Tlaxcala.) Los primeros encargan al curador de la obligación de vigilar, bajo su más estrecha responsabilidad, el cumplimiento de este precepto.

Sin embargo de la evidencia con que á primera vista se aceptan estas disposiciones, la verdad es que, bien meditadas, resultan injustas y arbitrarias. No es exacto, como lo veremos en su oportunidad, que el tutor deba cuentas solo de los bienes que efectivamente recibe y administra. Su responsabilidad, y quizá la más sagrada en el orden de los intereses materiales, consiste en exigir, ya el valor de los créditos activos, dentro de cierto tiempo y á contar desde el vencimiento de su plazo, ora la posesión de los bienes á que tenga derecho el menor, dentro también de cierto tiempo, y á contar igualmente desde que tuvo noticia de que aquellos existían. Ahora bien, la falta de cumplimiento de tales obligaciones por el tutor ¿no deberá ser reclamada, si los créditos ó los bienes se pierden, al rendir

cuentas el obligado? Claro es que sí, y por tanto la caución tutelar conviene que sea prestada aun en este caso.

272. En tercer lugar están exceptuados, según los códigos á que nos venimos refiriendo, el padre, la madre, y los abuelos, en los casos en que conforme á la ley son llamados á la tutela de sus descendientes. Así lo expresan terminantemente los códigos del Distrito Federal (arts. *cits.* inciso III del de 1870 é inciso II del actual) y el de Tlaxcala (art. *cit.* inciso II). ¿Cuál es la razón de esta excepción? Sin grande esfuerzo se comprende que el legislador no ha querido ofender los sentimientos naturales que, tratándose de esas personas, constituyen por si solos la mejor garantía de su buen manejo y de su leal interés en favor del pupilo. Se les llama á estos tutores *legítimos*, porque la ley es quien los designa para el importante cargo de velar por la educación y los bienes de los incapacitados, que son la sangre suya y á quienes su desgracia debe inspirarles más compasión que á personas extrañas (núms. 206 á 211). Más, si tal es la razón ¿por qué no exceptuar también de la caución tutelar, entre los parientes más inmediatos al incapacitado, al cónyuge y á los hijos? El código de Tlaxcala lo hace así, y de seguro á nadie parecerá esa omisión sino altamente contraria á lo que enseña la experiencia, y ofensiva á la naturaleza, sobre todo si se trata de los hijos. ¿Qué? se cree, y cuál sería el fundamento, que la esposa *verbi-gratia*, no se interesará bastante por su marido demente, ó que habrá hijos tan endurecidos que no compadezcan sinceramente á su padre, colocado en la misma desgracia, que sea necesario precaverse, mediante la caución previa, contra los abusos de la una ó de los otros? Pero también los padres y los abuelos pueden hacerse indignos de la confianza que en ellos deposite la ley; sí, pues, ésta no ha querido ofender en ellos á la naturaleza, tampoco debiera lastimarla, presumiendo faltas que tienen que ser muy raras, en

quien el más sagrado de los deberes obliga á una conducta leal y abnegada, y menos en los seres cuyo amor hacia los autores de sus días no se desmiente sino por extraordinarias y monstruosas aberraciones de la naturaleza.

Los códigos del Distrito Federal (arts. *cits.* y 503 del de 1870 y 490 del actual) corrigen este defecto, incorporando, entre los exceptuados de dar fianza, al cónyuge y á los hijos; pero agregando que la garantía tutelar deberá ser otorgada aun por todos estos tutores legítimos, cuando el juez, con audiencia del curador, lo crea conveniente. Aparte la observación que acabamos de exponer, pues insistimos en que hay hechos tan gravemente culpables, que el legislador no debe ni aun suponerlos, siquiera sea porque es más trascendental y funesto que ellos mismos, el remedio escandaloso que se les quiere aplicar, es de observarse que el actual código del Distrito Federal, incurre en el censurable defecto de exponer, en la excepción de un principio, mayor número de términos que los que en él se contienen. En efecto, el art. 490 menciona al cónyuge y á los hijos, de que no se habla en el inciso III del 487, que, como queda dicho, trata de los tutores exceptuados de la caución previa. Más sencillo y claro habría sido mencionarlos á todos de una vez, para en seguida sujetarlos á todos también al límite de la excepción, que se establece.

273. Están, también, exceptuados de la obligación de dar fianza 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. Tal es el texto de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala (arts. *cits.*), respecto del cual debemos observar que no expresa nada nuevo y solo sirve para confundirnos acerca de lo que ya había preceptuado el legislador en textos anteriores. Hemos visto antes (núm. 215) que, aparte el caso de expósitos admitidos en los hospicios, los re-

cogidos por un particular, están bajo la tutela legítima de éste. Tal tutor ¿tendrá la obligación de caucionar su manejo? Sí, y ya lo sabíamos (núms. 253 y 254), con tal de que el expósito resulte beneficiado en virtud de que alguna persona le hubiera donado una cantidad para su cuidado, educación y alimentos; no, si como sucede generalmente, el expósito es un ser pobre y desvalido, en nombre de quien sería la cosa más extraña del mundo solicitar caución al hombre caritativo que le hubiese hecho el favor de salvarlo de la miseria. ¿Qué importa aquí esa, que parece condición puesta por los Códigos citados, de que el expósito hubiera sido *alimentado y educado convenientemente por más de diez años*? Importa tan poco, que si el tutor legítimo de que hablamos, ha recibido pensión para cuidar del expósito, entra en el principio general que obliga á todos los tutores á garantizar previamente su buen manejo. Por lo demás, la educación y alimentación *convenientemente* para el pupilo, son obligaciones de cualquier tutor, que podrá ser removido de su encargo si no las cumple (núms. 252 y 253), como lo hemos expuesto ya, y tendremos oportunidad de recordarlo más adelante al hablar del *desempeño de la tutela*.

274. Está también exceptuado, en cierto modo, de la garantía previa de su buena administración, el tutor que sea al mismo tiempo coheredero del incapaz, cuando no tenga más bienes que los hereditarios, pues los dos Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala (arts. 588 del de 1870, 491 del actual y 381 del último), declaran que no se le podrá exigir al primero otra hipoteca que la de su misma porción hereditaria y esto por el importe de la mitad de la del incapaz. Si la porción hereditaria del tutor no iguala á esa mitad, deberá integrarse la garantía, con hipoteca de otros bienes del tutor, ó con fianza; pero siempre hasta igualar la mitad que se señala. Un ejemplo hará patente esta disposición de nuestros textos: Supóngase

que una persona muere, dejando bienes raíces por valor de cuatro, é instituyendo heredero de tres á un menor, de medio á H. y del medio restante á P.—Si H. es nombrado tutor del menor, que no tiene otros bienes que los tres que se le han dejado por herencia, deberá garantizar su buen manejo tutelar, no sólo con el medio que le pertenece, sino con uno más de sus propios bienes ó con fianza, para cumplir con la prescripción de los textos legales citados.—Estos suponen, como se ve, que el menor ó incapaz no tenga otros bienes que los hereditarios de que se trata. Déjase, pues, entender, que si tiene otros bienes, habrá de seguirse la regla general.—Fuera de la confianza que los legisladores han podido tener en aquella persona á quien se instituye heredera á la par que al menor, confianza que hace innecesario el otorgamiento de la garantía tutelar, no alcanzamos la razón de esta excepción. Aun la misma razón de la confianza no satisface por completo, pues ese coheredero, convertido, después de la muerte del testador, en tutor, puede ser un extraño, y como tal, está obligado á la caución de los tutores, si el testador no lo ha relevado expresamente de ella (núm. 268).

275. Finalmente, están exceptuados de dar fianza los tutores interinos (núm. 108), salvo que tengan administración de bienes. Así lo prescriben los arts. 2210 del código de procedimientos civiles del Distrito Federal de 1872, 1414 del actual y 1380 del de Tlaxcala.

#### NUM. 4.—DEL PLAZO PARA OTORGAR LA CAUCION.

##### PROCEDIMIENTOS

276. Como nada será más frecuente que las demoras de los tutores nombrados, para otorgar la caución á que están obli-

gados antes de entrar en el ejercicio de su encargo, los dos códigos del Distrito Federal (arts 583 del de 1870 y 485 del actual) fijan un plazo improrrogable de tres meses para que el tutor, después de aceptado su nombramiento, cumpla esa obligación. El trascurso de ese tiempo, sin que la garantía sea otorgada ¿importa la inhabilidad del tutor nombrado y la necesidad de nuevo nombramiento? El código del Distrito Federal de 1870 (art. cit.) declara que, en este caso, podrá el juez, con audiencia del curador, disminuir el importe de la garantía; pero de modo que no baje de la mitad de los valores por que debía prestar aquella. Según esta legislación, en consecuencia, no basta el trascurso de los tres meses, sin que el tutor nombrado haya garantizado su administración, para que se le considere separado de la tutela, pues todavía hay la esperanza de que el juez, como acabamos de expresarlo, disminuya hasta la mitad el importe de la garantía. Una sentencia, sin embargo, ha declarado que, por el solo hecho de haber trascurrido más de siete meses sin darse la garantía ofrecida por el tutor, había dejado de serlo, no obstante no haber precedido declaración de que el juez no le disminuía, en ejercicio de la facultad que la ley le reconoce, el valor de la caución. Y cómo esa facultad del juez puede llegar hasta disminuir la caución de modo que no baje de la mitad de los valores por que debe ser otorgada, claro está, sobre todo si se toma en cuenta que debe oír al curador, que no procede la inhabilitación del tutor nombrado, por no caucionar, sin que preceda la declaración judicial, ya de que la caución no es disminuida, ora de que aun así, no ha podido ser prestada por el tutor. Creemos, pues, que dicha sentencia extrema el pensamiento del legislador, dando lugar á que se crea que un nuevo tutor debe reemplazar al nombra-

do, cuando todavía se encuentra en aptitud de poderlo ser (1). Hay, sin embargo, algún motivo de duda á este respecto, como lo haremos notar antes de terminar este punto. El código actual del Distrito Federal se manifiesta más severo en orden al plazo de que goza el tutor para el otorgamiento de la garantía. "Se creyó, dice la exposición de motivos, que la facultad otorgada al Juez de disminuir hasta la mitad aquella, hacia nulatoria su prescripción, y además se tomó en cuenta que, suprimida en el nuevo código la restitución *in integrum*, se hacía necesario garantizar por otros medios á los incapaces." Así, según este código, el simple transcurso de los tres meses, después de aceptado su nombramiento, sin que el tutor preste la garantía por las cantidades que en su oportunidad expresamos (núm. 256), basta para que se proceda al nombramiento de nuevo tutor. El código de Tlaxcala se coloca en un punto de vista aún más accesible que el código del Distrito Federal de 1870, pues no fija (art. 378) ningún plazo para el otorgamiento de la hipoteca ó fianza tutelar. Esta disposición nos parece pecar por el peor de los extremos, es á saber, el de mantener indefinidamente en suspenso el ejercicio de la tutela definitiva, viviendo el incapaz á merced de las determinaciones del juez y de las limitadísimas facultades de un tutelar provisional.

277 Mas ¿quién desempeñará la tutela del incapaz durante el plazo determinado según algunos códigos, indeterminado según otros, en que el tutor debe prestar la garantía. En este particular se manifiestan absolutamente conformes nuestros tres códigos á que nos hemos venido refiriendo, pues todos á una declaran que, mientras se otorgan la hipoteca ó la fianza, desempeñará la administración de los bienes un tutor interino,

(1) Sentencia del Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Hermosillo (Estado de Sonora) de 18 de Febrero de 1874. c"El Foro," tomo II, núm. 1209.

quien los recibirá por inventario solemne, y no podrá ejecutar otros actos de administración, que los que le sean expresamente determinados por el juez, siempre con intervención del curador (arts. 584 del código del Distrito Federal de 1870; 486 del actual y 378 del de Tlaxcala). Un tutor interino, pues, con facultades de mera administración, y en tanto ejercidas, en cada caso particular, en cuanto le sean determinadas por el juez, desempeñará el encargo de vigilar al incapaz y de administrar sus bienes, mientras el tutor definitivo llena la importantísima obligación de caucionar su manejo. ¿Quiere esto decir que el tutor interino no tiene la representación de tal, sino durante el espacio de tres meses, que ambos códigos del Distrito Federal prefijan? Nada que decir sobre este punto, atento el código de Tlaxcala que, como acabamos de exponerlo, ha preferido el poco conveniente extremo de no poner un límite al tiempo en que el tutor nombrado debe dar la garantía. En cuanto al código actual del Distrito Federal, sin vacilar creemos que el tutor interino cesa en sus funciones, por el solo hecho del trascurso de dicho tiempo, y así se deduce, con toda evidencia, de los arts. 485 y 486 combinados. ¿Podremos decidir lo mismo ante el código del Distrito Federal de 1870? La sentencia de que antes hicimos mención así lo decide, interpretando en tan restrictivo sentido el art. 584 de este código. Ciertamente esto pudiera deducirse de tal precepto; pero ¿cómo conciliar semejante deducción con la facultad concedida por el art. 583 al juez para disminuir hasta la mitad, de los valores debidos, garantizar, el importe de la caución, y esto, después de haber oído al curador? Cuando menos algunos días más de los tres meses fijados puede durar el tutor interino, ó nuestro legislador ha empleado un vocabulario ilusorio é impracticable.

278. ¿Cuáles son las obligaciones del tutor interino? Acaba-

mos de decir que no puede ejecutar sino los actos de administración que el juez le determine. Nuestra legislación civil de procedimientos añade (arts. 2206 del código de la materia del Distrito Federal de 1872, 1410 del actual y 1377 del de Tlaxcala) que el tutor interino tiene que presentar, dentro del término que designe el juez y con presencia de los datos que existen en los libros de la testamentaria ó del intestado, un cómputo aproximado de la cuantía de los bienes, productos y rentas, cuya administración y manejo deba garantizar en los términos que quedan expresados. Los arts. 2207 del primero de estos códigos y 1411 del segundo, declaran que de ese cómputo hecho por el tutor interino, se dé traslado al Ministerio Público, para que en vista de su respuesta se determine el otorgamiento de la garantía.

## AUMENTO

Habiendo en estos días despachado la siguiente consulta sobre puntos que se relacionan con las materias comentadas en este tomo, creemos conveniente publicarla, entendiendo que podrá servir para la mejor comprensión de nuestro comentario.

*CONSULTA dada por el abogado que suscribe, sobre los siguientes puntos de derecho:*

*Primero: El artículo 426 del Código civil, determina que la madre viuda que da á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos de patria potestad. La madre viuda, en ese caso, ¿pierde ipso facto los derechos de patria potestad, ó es necesaria la declaración judicial que así lo determine, previo el juicio respectivo?*

Para resolver esta primera cuestión, creemos muy conveniente examinar, ante todo, la razón que tuvo el legislador para exigir toda severidad de costumbres á la madre ó abuela viuda, si había de ejercer las augustas funciones de la patria potestad. "Todas las naciones, decía Portalis, exponiendo los motivos del art. 213 del Código de Napoleón, ilustradas en este punto por la experiencia y por una especie de instinto, han creído de común acuerdo, que el sexo más amable debe