



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

PERSPECTIVA HISTORICA DE LA TUTELA

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MA. DE LOURDES CORTES LUNA

México, D. F.



FACULTAD DE DERECHO 1985
COORDINACION DE EXAMENES
PROFESIONALES



Universidad Nacional
Autónoma de México

UNAM



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

PERSPECTIVA HISTORICA DE LA TUTELA.

I N D I C E .

CAPITULO I.		PAGINA.
CONCEPTOS GENERALES.		
1.-	CAPACIDAD DEL MENOR.	1
2.-	LA RELACION FAMILIAR.	1
	a).- Dependientes e Independientes.	1
	b).- Agnación y Cognación.	4
3.-	LA TUTELA EN LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO.	5
CAPITULO II.		
LA TUTELA EN ROMA.		
4.-	DEFINICION Y CLASES DE LA TUTELA ROMANA.	7
5.-	QUIENES DESEMPEÑAN LA TUTELA.	10
6.-	DISTINTAS CLASES DE TUTELA.	14
	a).- Tutela Legítima.	15
	b).- Tutela Testamentaria.	17
	c).- Tutela Dativa.	20
CAPITULO III.		
ACTIVIDAD DEL TUTOR ROMANO.		
7.-	LAS FUNCIONES DEL TUTOR.	22
	a).- El Tutor como Administrador.	24
	b).- La Interposición de Autoridad.	26
8.-	ACCIONES PROCESALES EN LA TUTELA.	
	a).- El Delito de Tutor Sospechoso.	29
	b).- La Acción en Virtud de las Substracciones.	30
	c).- La Acción de Tutela.	

9.-	LA TUTELA DE LAS MUJERES.	34
	CAPITULO IV.	
	DERECHO VISIGODO.	
10.-	LAS COMPILACIONES DE LOS BARBAROS.	36
11.-	EL LIBER IUDICIORUM.	37
12.-	LA TUTELA EN EL FUERO JUZGO.	39
	CAPITULO V.	
	EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA.	
13.-	EL CONSEJO DE FAMILIA.	46
14.-	EL PUPILLO.	49
15.-	LA TUTELA.	50
16.-	EL TUTOR Y EL CURADOR.	53
17.-	FUNCIONES DEL TUTOR.	57
18.-	RENDICION DE CUENTAS.	60
	CAPITULO VI.	
	LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.	
	a).- Los Códigos de 1870 y de 1884.	63
19.-	LOS INCAPACES.	63
20.-	LA TUTELA.	65
21.-	DISTINTAS CLASES DE TUTELA.	65
22.-	IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO DESEMPEÑAR LA TUTELA.	69
23.-	FUNCIONES DEL TUTOR,	70
24.-	LA RENDICION DE CUENTAS.	76
	b).- El Código Civil de 1928,	77
25.-	LOS SISTEMAS TUTELARES EN EL DERECHO MODERNO.	77

26.-	DEFINICIONES DE TUTELA.	84
27.-	DISTINTAS CLASES DE TUTELA.	89
28.-	IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO DESEMPEÑAR LA TUTELA.	92
29.-	RENDICION DE CUENTAS Y FIN DE LA TUTELA.	93
	CONCLUSIONES.	97
	BIBLIOGRAFIA.	100
	NOTAS .	102

C A P I T U L O I.

CONCEPTOS GENERALES.

- 1.- CAPACIDAD DEL MENOR.
- 2.- LA RELACION FAMILIAR.
 - a).- Dependientes e Independientes.
 - b).- Agnación y Cognación.
- 3.- LA TUTELA EN LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO.

1.- CAPACIDAD DEL MENOR.

En lo referente al tema de la capacidad jurídica, tanto por lo que hace a la capacidad de goce como a la de ejercicio, los Romanos las conocieron y las aplicaron, sólo que, como en muchas otras ocasiones, nunca hicieron un estudio sistemático de élla, carecemos pues, de un tratado general que nos guiara en esta compleja materia. En derecho privado, el paterfamilias Romano sui iuris independiente y púber era plenamente capaz; el hijo de familia alieni iuris, dependiente, aunque fuera púber, tenía serias limitaciones en derecho privado, pues por la constitución misma de la familia romana que estaba establecida en beneficio del paterfamilias, no podía adquirir para sí, todo lo que adquiriera el filiusfamilias pasaba a engrosar el patrimonio familiar único, cuyo titular era el paterfamilias, de él dependía el hijo y era su protector natural. Más tarde, con los peculios castrenses, mejoró un poco la situación del filiusfamilias, pero esto no es nuestro tema.

2.- LA RELACION FAMILIAR.

A).- DEPENDIENTES E INDEPENDIENTES.

En el libro 46 de su Comentario al Edictor del pretor, Ulpiano nos da la noción cabal del paterfamilias: "Se llama paterfamilias a aquel que tiene el señoría en su casa y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo, pues el término no es sólo de relación

personal, sino de posición de derecho; también podemos llamar cabeza de familia al que es pupilo. D.50.16.195.2.

Cuando muere el cabeza de familia, los que le estaban sometidos principian a formar nuevas familias y todos empiezan a ser considerados cabezas de familia, sin tomar en consideración la edad que tengan, sólo que los mayores púberes podrán ya actuar por sí mismos sin el concurso de persona alguna que los asesores y dirija, pues al dejar de ser dependientes en el ámbito familiar ejercitarán su plena capacidad jurídica sin traba alguna.

En cuanto a los independientes varones impúberes, caen bajo tutela, lo mismo que las mujeres -- por razón del sexo. La capacidad de estos individuos se haya restringida por la Ley y aunque ya tengan su caput o status en los registros ciudadanos, no podrán actuar solos, sino -- que requerirán el auxilio del tutor.

A reserva de ampliar posteriormente este tema, diremos que estos menores disfrutan de su capacidad de goce, pero se encuentran limitados en su capacidad de ejercicio; para la celebración de algún acto jurídico, requieren del concurso del tutor para que ese negocio pueda tener validez. En ocasiones no requerirán necesariamente la -- presencia del tutor, cuando el acto tienda a mejorar su situación patrimonial, pudiendo en este caso actuar solos.

Dentro de la familia romana, ciertas personas son independientes -sui iuris-, otras se encuentran sometidas -dependientes- al derecho o potestad ajeno y

se les designaba como *alieni iuris*. (G.1.48.). Están sometidos a la potestad paterna los hijos que han sido procreados en matrimonio legítimo y su padre es su protector natural, - los hijos nacidos fuera del matrimonio legítimo eran considerados como independientes, pues el padre natural no podía en ese caso ejercer sobre ellos la patria potestad y era necesario designarles un tutor cuando el padre natural no se ocupaba de ellos.

También eran dependientes en la familia romana, la mujer cuando estaba sometida a la *manus* del marido o del ascendiente varón que ejerciera la potestas sobre los descendientes; los esclavos, sujetos, tanto a *dominica* potestas del hombre como de la mujer y ocasionalmente, un hombre libre que estuviera in *mancipio*, bajo el poder del *paterfamilias*, generalmente para que con su trabajo reparara algún daño que hubiera causado.

Los hijos dependientes al morir su *paterfamilias* se tornaban independientes si estaban sometidos directamente bajo la potestad paterna. En esta situación, los que tenían catorce años, el derecho antiguo los consideraba plenamente capaces; por lo que hacía a los menores de los catorce años, se les ponía bajo tutela. Las mujeres por razón del sexo, eran sometidas a tutela perpetua, sin consideración a la edad que tuvieran, aunque en el derecho posterior se suavizó este rigor y prácticamente termina en el año 410 de nuestra era, en virtud de una constitución de los Emperadores Honorio y Teodosio, (1).

B).- AGNACION Y COGNACION.

En la antigua Roma sólo se reconocía un único parentesco por el que se desarrollaba la familia civil o agnática, este parentesco era la agnatio, fundado sobre la autoridad paterna, sus miembros eran los agnados: descendientes por vía de varones de un jefe de familia común colocados bajo su autoridad, o que lo estarían si aún viviera. Este parentesco tenía muchas ventajas en materia sucesoria, pero tenía la carga de la tutela y de la curatela.

Como haremos mención a este parentesco, conviene desde ahora decir que los agnados comprenden dos especies: los herederos suyos, que son los parientes que se encuentran sometidos directamente bajo la potestas del paterfamilias y los demás agnados, que no se encuentran sometidos a esa potestas, como los parientes colaterales. Parientes agnados más lejanos son los denominados gentiles, que sólo son llamados a falta de agnados a la sucesión del difunto. Son agnados los parientes por línea masculina, "como si dijéramos parientes por parte del padre; por ejemplo, el hermano que ha nacido del mismo padre, el hijo y nieto del hermano y también el rño paterno y el hijo o nieto de éste". -- D, 26, 4.7.

La cognatio, parentesco natural o parentesco por la sangre, une a las personas que descienden unas de otras en línea directa, sin distinción de sexo; es el parentesco natural que fue aceptado plenamente por el Emperador Justiniano, aún cuando ya antes el pretor principió

a concederle beneficios en materia hereditaria mediante la posesión de los bienes hereditarios bajo ciertas condiciones.

3.- LA TUTELA EN LAS FUENTES DEL DERECHO ROMANO.

No obstante de que en los primeros tiempos de Roma no gustaba al estado intervenir en los asuntos familiares, podemos considerar a la tutela como una excepción. En efecto, ya en la Ley de las Doce Tablas, encontramos disposiciones referentes a ella de una forma clara y precisa, por ejemplo, cuando al hablar sobre la protección debida al pupilo contra los manejos fraudulentos del tutor, establece el delito de tutor sospechoso. Aparte de esta Ley, muchas otras se refieren a esta institución jurídica, lo mismo que senadoconsultos y constituciones imperiales, que miran por el beneficio e intereses del pupilo; los jurisconsultos romanos al comentar las fuentes oficiales, aumentan su acervo con oportunos y doctos comentarios. El pretor al través de las disposiciones de su edicto contribuye decisivamente al perfeccionamiento de la tutela, viendo relaciones cuasi contractuales entre el pupilo y el tutor.

Lo anterior, por lo que respecta a las fuentes del derecho escrito, por lo que atañe a la costumbre -fuente del derecho no escrito-, ésta también debió estar muy activa con la tutela como lo demuestra el hecho de que ya la Ley de las Doce Tablas se ocupen de algunos aspectos de ella, No olvidemos que éstas recopilaron el derecho consuetudinario de su época, al haber sido abrogadas las llamadas *leges regiae* a la caída de la monarquía y que fueron -

aceptadas por los Comicios por Centurias hacia el año 451 --
a.C.

C A P I T U L O II.

LA TUTELA EN ROMA.

- 4.- DEFINICION Y CLASES DE LA TUTELA ROMANA.
- 5.- QUIENES DESEMPEÑAN LA TUTELA.
- 6.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.
 - a).- Tutela Legítima.
 - b).- Tutela Testamentaria.
 - c).- Tutela Dativa.

4.- DEFINICION Y CLASES DE LA TUTELA ROMANA.

DEFINICION DE LA TUTELA.

El Derecho Romano clásico es ante todo un derecho formado por los mejores jurisconsultos romanos, su aportación no radica en que hayan elaborado conceptos jurídicos abstractos, como por ejemplo la capacidad jurídica o el negocio jurídico, o que hayan construido un completo y acabado sistema de conceptos legales. Su contribución estriba ante todo, en el magistral tratamiento del caso concreto y en la seguridad con que resolvían los más complicados casos jurídicos, de tal forma que así fueron perfeccionando las distintas instituciones jurídicas, hasta dejarlas en la forma acabada y completa en que nos llegaron. Por esto el Derecho Romano es un derecho casuístico: basándose en la experiencia práctica, cotidiana, realiza las instituciones, lo que explica la aversión de los jurisconsultos romanos frente a conceptos abstractos, de ahí ese adagio latino tan antiguo: *In iure civile omnis definitio periculosa est* -en el derecho civil toda definición es peligrosa-, y este dicho es tan cierto para los juristas romanos que ni siquiera encontramos en los textos antiguos una definición de propiedad. (2).

En nuestro tema, el gran jurisconsulto romano del Siglo Primero anterior a nuestra era, Servio Sulpicio Rufo, cónsul en el año 702 de Roma, de la definición de tutela, bella, pero un tanto inexacta, pues no abarca todas las personas a quienes se debe aplicar.

Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac -- permessa. -La tutela es, como la definió Servio, un poder y una potestad que el derecho civil da y confiere sobre aquél que a causa de su edad no puede valerse por sí mismo. D.26.1 .lpr.

Debemos decir que la tutela no es un poder, ni una potestad, pues el independiente -sui iuris- sigue conservando intacto su status o caput: goza de la libertad, de los derechos de ciudadanía y de los inherentes a la familia, sólo que en el marco de lo jurídico necesita de una protección y gufa, funciones para las cuales tiene precisamente un tutor. Por otra parte, sabemos que en el derecho familiar romano son sólo cuatro las potestades:

a).- La patria potestas, potestad paterna, única que ha llegado hasta nuestros días y que era ejercida por el paterfamilias sobre todos sus descendientes, de la edad que -- fueran.

b).- La dominica potestas, potestad ejercida tanto por el varón como por la mujer romanos, sobre sus esclavos.

c).- La manus, poder especial que ejercía el varón sobre la mujer casada y que presenta gran analogía con la patria potestas.

d).- El mancipium, potestad que pertenece a un hombre libre sobre otro hombre libre, quien no por esto pierde ni su libertad ni su ciudadanía. Se daba cuando el padre vendía

a su hijo o cuando lo entregaba a la persona a quien había hecho un daño, para que lo reparara con su trabajo, es el llamado abandono noxal.

El Jurisconsulto Gayo es más acertado al hablar de la tutela, no da de ella una definición, pero la califica como un derecho, no como una potestad:

"Pasemos ahora a otra división, ya que entre las personas que no están 'in potestate', ni 'in manu', ni tampoco 'in mancipio', hay unas que están en tutela o en curatela y hay otras que se hallan libres de estos derechos". G.1.142.

En efecto, Gayo reconoce que en el Derecho Civil Familiar Romano, sólo hay cuatro potestades, como se desprende del texto citado y coloca tanto a la tutela como a la curatela fuera de esas cuatro potestades, calificándolas como derechos, (3).

Además, la transcrita definición de tutela dada por Servio es incompleta, pues no comprende todas las personas a quienes puede aplicarse. En efecto, sabemos que la tutela se aplica, tanto a los varones como a las mujeres, más aún, en el derecho antiguo las mujeres por razón del sexo, estaban sometidas a tutela perpetua; sin embargo, la definición de Servicio indica que la tutela se da y confiere sobre "aquel" (eum) y no añade y sobre "aquella" (eam), por lo que en esa definición no se comprende a las mujeres, no obstante que también ellas estaban sometidas a este derecho, (4).

5.- QUIENES DESEMPEÑAN LA TUTELA,

A continuación de la definición serviana de tutela, encontramos en el Digesto quiénes son los que desempeñan tal función y por qué son así llamados:

"Son tutores los que tienen tal poder y potestad y de ello mismo asumieron tal nombre; así -- pues, se llaman tutores por ser protectores (en latín tuitores) y defensores, del mismo modo que se llaman templarios (en latín aeditui) los que custodian los templos". D.26.1.1. 1.

En la definición de tutela que ya hemos dado, se dice que "es un poder,.. que permite y otorga el derecho civil..." por tanto, ésta es una institución asequible sólo a los ciudadanos romanos con plena capacidad y que, desde luego gocen del ius commercii para que puedan manejar y administrar debidamente el patrimonio del pupilo. -- Quien tenía el ius commercii podía adquirir y transferir la propiedad, esto es, disponer de un patrimonio, de un conjunto de bienes,

Debemos señalar con Gayo (G.1.189) que la tutela es una institución del derecho de gentes, "ya que es conveniente a la razón natural que aquel que no ha alcanzado la perfección de edad esté regido por la tutela de un tercero"; sin embargo, en Roma se le considera como institución del derecho civil por estar reglamentada por este derecho y por estar además reservada sólo a los ciudadanos romanos,

El tutor además, debía estar físicamente apto para desempeñar su cometido:

"Un mudo no puede ser nombrado tutor, porque no puede interponer su autoridad. Pomponio y - - otros muchos afirman que un sordo no puede ser nombrado tutor porque el tutor no solamente debe hablar sino también - oír". D.26.1.1.2 y 3.

La tutela es un cargo u oficio que es desempeñado casi siempre por varones. Las mujeres por disposición del derecho civil no podían ser nombradas tutoras, salvo que solicitaran este cargo al príncipe, para ejercerlo únicamente sobre sus hijos,

Como la tutela es una carga pública, esto es, que el ciudadano tenía el deber de contribuir - por imperio del magistrado a la utilidad de sus conciudadanos, debían desempeñarla no sólo las personas independientes en el marco familiar, sino también los dependientes, hijos de familia. "Por este mismo interés se admite que el tutor no podrá ser dado sólo para ciertos actos ni para ciertos bienes, sino que deberá llevar todo el patrimonio y hacer todos los actos que beneficien al pupilo". (5). Además, en principio, el ejercicio de la tutoría era gratuito; ésta comienza el día que el tutor tiene noticia de su cargo y si ha interpuesto una excusa, desde el día del rechazo definitivo de la petición. "Desde que uno sabe que ha sido nombrado tutor, si no actúa como tutor, se abstiene a su riesgo". D.26.7.1.1.

ATENCION FISICA Y EDUCACION DEL PUPILO.

Contrariamente a lo que pudiera pensarse y como se establece en algunos Códigos como el Francés y los nuestros, en Roma el tutor no se ocupaba de la persona física del pupilo, esto era tarea de alguno de sus parientes, quien se hacía cargo de su alimentación y educación; el tutor daba las cantidades que eran necesarias para cubrir estas necesidades, de acuerdo con la fortuna del pupilo y bajo la mirada vigilante del Magistrado. En esto se diferenciaba la tutoría de la curaduría, pues el curador sí se ocupa de la persona física del interdicto y si está enfermo debe procurar su curación.

Algunos textos del Digesto son muy explícitos al respecto:

"Compete al pretor el derecho de fijar los alimentos para los pupilos, a fin de moderar la suma que los tutores, .. deben gastar en los alimentos de los pupilos o menores, Al decretar los alimentos, debe tener en consideración la cuantía del patrimonio y debe hacerlo con la moderación debida para que no agote en alimentos todo el rédito del patrimonio, sino que siempre quede algo de rédito sobrante. Debe tener a la vista, al decretar los alimentos, los esclavos que sirven a los pupilos y los sueldos de los preceptores, el vestido y alojamiento del pupilo; debe considerarse también la edad en que se halla aquel para quien se decretan los alimentos"; D,27,2,3,pr y ss.

Por lo que hace a la educación del pupilo, en este mismo fragmento se añade:

"Lo mismo suele decretarse respecto a la instrucción de los pupilos, menores, pupilas o mujeres - que no tienen veinticinco años, en consideración de los recursos y edad de los que reciben la instrucción".

Y se dice en la Ley primera de este título segundo:

"Cuando un testador hubiera dispuesto que su hijo se educara en casa del (tutor) sustituto, Septimo Severo dijo en un rescripto que el pretor debe estimar - la conveniencia en presencia de los demás parientes de los hijos y que debe actuar de modo que el hijo se alimente y eduque",... de acuerdo con las posibilidades de su patrimonio y - que si el señalado para educar al pupilo se rehusare, el pretor puede obligarlo a que lo haga.

Al quedar excluido el tutor de estas preocupaciones que atañen a los parientes del pupilo, se ocupará de la administración del patrimonio pupilar y a complementar la capacidad de ejercicio de éste. El tutor es designado para la persona del pupilo, por tanto, no se le puede nombrar "para determinados bienes o litigios, ni con excepción de algunos bienes,..., porque se nombra tutor para la persona, no para una cosa o litigio", D.26.2.12 y 14. Para una cosa o un litigio suele designarse a un curador, sobre todo cuando los intereses del pupilo chocan con los de su tutor.

6.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.

Relacionada con la manera de designar al tutor está la disquisición sobre cuál fue la vía sucesoria que primero fue conocida por los paterfamilias romanos, si la vía legítima o la vía testamentaria. Dado que en los -- primeros siglos de Roma el vínculo familiar era muy estrecho_ y que, por tanto, el patrimonio familiar debía pasar necesari-- riamente a los parientes agnados del paterfamilias, la Ley -- llamaba a éstos a su sucesión, sin que aquel tuviera que ha-- cer designación alguna: la Ley suplía, mejor dicho, interpre-- taba su voluntad. Como consecuencia de esto, la designación - del tutor recaía sobre los herederos legítimos.

Posteriormente, los ciudadanos propugnaron por ser ellos mismos quienes hicieran la designación de sus herederos y atribuirles las porciones sucesorias en el monto o cuantía que les pluguiese, aspiraciones que les fueron reconocidas por la Ley de las Doce Tablas; como consecuencia, ellos pudieron hacer también el nombramiento de un tutor en - su testamento para sus hijos e hijas impúberes.

Tenemos por tanto, que en el dere-- cho antiguo hubo dos clases de tutela: la tutela legítima y - la tutela testamentaria; posteriormente, para una mejor pro-- tección de los incapaces, cuando ya había cambiado el sentido egoísta de la tutela y el legislador se dió cuenta de que se_ debía proteger no tanto a los parientes agnados de los inca-- paces, cuanto al menor mismo, surge la llamada tutela dativa, denominada también Atiliana, por haber sido establecida por -

ministerio de dicha Ley.

a).- TUTELA LEGITIMA.

La tutela legítima es llamada así - porque deriva de la Ley de las Doce Tablas, su principio fundamental estriba en que presupone el llamamiento del tutor a la sucesión legítima del pupilo, en otras palabras: se defiere generalmente a los presuntos herederos del incapaz. Este principio es equitativo porque impone la carga de la tutela a quien puede tener el beneficio de la sucesión, además, este principio es benéfico porque el interés común del pupilo y del tutor hace esperar un buen desempeño de la tutela. - - D.26.4.1.

En la tabla V se establece el orden de la sucesión legítima: "... si muere intestado y no tiene herederos suyos, que el agnado más próximo obtenga los bienes, si no hay agnados, entonces que los recojan los gentiles". Este es el mismo orden en que la tutela legítima es deferida a los tutores,

Son herederos suyos aquellos que están sometidos directamente a la potestas del paterfamilias, como serían los hijos y los nietos nacidos de un hijo premuerto o emancipado por el paterfamilias. Como todo lo que adquirieron engrosó el patrimonio familiar único, cuyo titular era el pater, se considera que heredan lo que les pertenece, de ahí su designación.

Además de los herederos suyos, son agnados los demás pariente ligados por el parentesco civil,

más o menos cercanos, como los sapindas en la India. A falta de éstos, la tutela es deferida a los gentiles, parientes -- más lejanos, a quienes podríamos comparar con los samanodacas hindúes. (6).

Así pues, al abrirse la tutela legítima, corresponderá ésta a los herederos suyos sobre sus hermanos impúberes y por razón del sexo sobre sus hermanas y madre. Si es uno solo el heredero suyo capaz, él ejercerá la tutela, pero si fueren varios, como el cargo corresponde a cada uno, todos ellos ejercerán la tutela. (7). Sin embargo, como la buena administración depende en ocasiones de una dirección única, podía administrar un solo tutor, quedando los demás tutores vigilantes de su gestión. "Se preguntó si en las tutelas legítimas.... puede darse la tutela a uno solo de los tutores. Dice Labeo que la tutela puede darse con razón en uno solo... La cual opinión y de que la administración quede en uno solo, se ha de admitir por causa de utilidad". D,26.4,5.2.

Ningún particular ni Magistrado nombra a los tutores legítimos, porque éstos son señalados por la misma Ley de las Doce Tablas, esto dice un extracto de Ulpiano en D.26,4,5. y añade: "Más es cierto que también estos quedan obligados a dar caución,.. de dejar a salvo el patrimonio del pupilo", Esta garantía era exigida con la finalidad de proteger el patrimonio pupilar y sólo no estaban obligados a prestarla los tutores testamentarios.

A falta de herederos suyos, la tute

la legítima era deferida a los agnados, pero "cuando la tutela corresponde a los agnados, no pertenece a todos ellos al mismo tiempo, sino a aquellos que están en el grado más próximo". G.l.164, texto de Gayo que se complementa en D.26. 4.9.: "Si hay varios agnados, el próximo obtiene la tutela y si hubiera varios en el mismo grado, todos ellos obtienen la tutela".

Bajo Justiniano los derechos de la familia natural aventajan a los de la civil, por lo que la tutela legítima es deferida al pariente más próximo, bien sea agnado o cognado y puede ser deferida a la madre o al abuelo con preferencia a los colaterales.

Hay otras tutelas legítimas de menor importancia, como la tutela que en virtud de la Ley de las Doce Tablas se ofrece a los patronos sobre los esclavos impúberes a los que manumite y la tutela legítima del ascendiente emancipador, que se reserva este cuando emancipa al hijo después de la tercera venta, al quedar rota la patria potestad en virtud de que la Ley de las Doce Tablas establece que el hijo quedará libre de la potestad paterna cuando su padre lo haya vendido tres veces, pero el padre conserva su tutela en virtud de la disposición legal.

b) ,- TUTELA TESTAMENTARIA.

Los tutores designados nominativamente por testamento, fueron confirmados por la Ley de las Doce Tablas con estas palabras: "Lo que mande acerca de sus bienes y sobre la tutela de los suyos, tal sea justo y se --

cumpla". Ulp.XI.14. Por esto el padre de familia nombra debidamente tutor en el testamento para sus hijos y nietos que - tiene bajo su potestad. Cuando es el padre quien hace la designación del tutor, el Magistrado no entra en examen sobre si la persona designada es o no idónea, sino que simplemente confirma en su función al nombrado, pues se supone que el paterfamilias hizo la designación sobre la mejor persona que - conoció, además, los tutores nombrados en el testamento no - han de ser obligados a dar fianza de que el patrimonio del - pupilo quedará a salvo; pero cuando fueren varios los designados y alguno ofrece fianza para administrar él solo, debe ser oído por el Magistrado.

Quando el paterfamilias dictaba testamento, debía hacerlo en términos imperativos, pues al morir su última voluntad sería ley y ésta no emplea términos - precativos, por lo que el tutor testamentario debía ser señalado en forma imperativa y nominativamente, pues no se puede designar un tutor indeterminado, pueden ser nombrados tutores en el testamento no sólo aquellos a los que se puede nombrar herederos, sino a cualquier persona, porque la Ley de - las Doce Tablas así lo establece. D,26,2.20.pr

La designación del tutor debía ser hecha antes de la institución del heredero, pues los tutores no derivan su nombramiento del heredero, sino directamente - del testador, desde el momento en que la sucesión testamentaria sea aceptada. Se podían nombrar simultáneamente varios - tutores. Debemos considerar como tutores nombrados en el testa

tamento también a aquellos que fueron inscritos en condici--
los confirmados en el testamento. Pero se debe considerar --
nombrados por testamento solamente a aquellos que fueron de--
signados conforme a derecho. D.26.2.3. pr.

Si la designación del tutor no era _
hecha en términos imperativos y antes de la institución del _
heredero, podía ser nula, con lo que se perjudicaba al pupi-
lo por meros formulismos legales que a nadie beneficiaban, -
pero se reaccionó y se comprendió que no había razón sería -
para subordinar la validez de la disposición al empleo de --
las fórmulas o a la designación del tutor en tal o cual par-
te del testamento. (8).

Como suelen los paterfamilias ele--
gir como tutores de sus hijos a los amigos más leales, por -
eso suelen estimularles con el honor de un legado para que -
también asuman la carga de la tutela, Se consideró por esto _
que el nombramiento del tutor estaba garantizado por la se--
lección paterna y que debía respetarse su nombramiento y pre_
valecer sobre el tutor legítimo o el designado por el Magis-
trado.

"El que ha sido nombrado tutor por _
el padre en un testamento injusto o contra lo prescrito en -
la Ley, ha de ser confirmado para desempeñar la tutela, como
si fuera tutor testamentario, es decir, dispensándosele la -
caución de que el patrimonio del pupilo quedará a salvo". D-
26.3.3. pr.

Como la designación del tutor testa

mentario presupone el afecto natural del padre hacia su hijo, se consideró que escogió para tutor a la persona más honrada y recta que pudo haber encontrado, por lo que los Magistrados estimaron conveniente que fueran confirmados en su cargo sin ninguna investigación sobre su solvencia y costumbres, esta información estaría reservada para los tutores legítimos y los lativos.

c).- TUTELA DATIVA.

El tutor legítimo y el testamentario fueron los únicos que conocieron los ciudadanos romanos en la antigüedad, pero cuando cambia el sentido de la tutela y se ve en ella una protección debida al impúber, a su patrimonio y no tanto a sus parientes agnados como posibles sucesores, surge la llamada tutela dativa o Atiliana, derivada de una Ley Atilia del Siglo II a.C., que faculta al pretor urbano asistido por los tribunos de la plebe a señalar un tutor a falta del legítimo o del testamentario, o cuando hay necesidad de nombrar uno para un asunto particular.

El nombramiento del tutor dativo no era propio del Imperio ni de la jurisdicción del Magistrado, sino que competía a aquel que la Ley, el senadoconsulto o el Príncipe se lo concedía personalmente. D.26.1.6.2.

Hacia el final de la República y principios del Imperio, por el año 31 a.C., la Ley Iulia Titia, confiere a los gobernadores de las provincias la facultad de nombrar tutores dativos a los impúberes. Claudio transfiere estas atribuciones a los Cónsules, pero la desig-

nación del tutor debía ser hecha después de una información_ sobre la moralidad, capacidad y fortuna del tutor.

Más tarde Marco Aurelio crea un pretor especial, llamado praetor tutelaris, con jurisdicción en Roma y para las provincias faculta al legado del Gobernador_ para el nombramiento de los tutores. Podemos estimar que en_ esta época es cuando llega al máximo el desarrollo de esta - institución.

Esta tutela dativa se distinguió -- desde su origen de los otros dos tipos o clases, por ser ya_ no un derecho, sino un deber, un munus publicum, en virtud - del cual la actividad del tutor se ponía al servicio del in- capaz. (9).

C A P I T U L O I I I .

ACTIVIDAD DEL TUTOR ROMANO.

- 7.- LAS FUNCIONES DEL TUTOR.
 - a).- El Tutor como Administrador.
 - b).- La Interposición de Autoridad.

- 8.- ACCIONES PROCESALES EN LA TUTELA.
 - a).- El Delito de Tutor Sospechoso.
 - b).- La Rcción en Virtud de las Substracciones.
 - c).- La Acción de Tutela.

- 9.- LA TUTELA DE LAS MUJERES.

ACTIVIDAD DEL TUTOR ROMANO.

7.- Las funciones del tutor.

Hay un fragmento de Marcelo en D.26.

7.30 que nos señala categóricamente una de las funciones del tutor: "El deber primordial del tutor es no dejar judicialmente indefenso al pupilo". En la Ley 27 de este mismo título 7 se dice: "El tutor que gestiona la tutela debe ser tenido como propietario en cuanto respecta al cuidado del patrimonio del pupilo". En la Ley 12.1 se lee: "Lo que el tutor administró de buena fe se tiene por válido... por consiguiente, el pupilo no puede reivindicar una cosa legítimamente enajenada por el tutor, ya que tampoco resultaría útil a los pupilos, toda vez que, si no se respeta la administración de los mismo, nadie querría comprarles nada".

Con toda claridad, en el Libro Único de las Reglas de Ulpiano (XI.25), se lee: "Los tutores de los pupilos y de las pupilas deben gestionar o interponer su autoridad en los negocios de éstos. Pero en los de la mujer el tutor solamente interpone su autoridad".

Por los textos clásicos citados, tenemos plenamente definidas las funciones del tutor: una es la de administrador o gerente de los bienes (gestio) del pupilo, la otra función es la de interponer su autoridad (auctoritatis interpositio) para "no dejar judicialmente indefenso al pupilo", esto es, complementar su capacidad de ejercicio para que con su ayuda pueda el pupilo celebrar negocios jurídicos válidos, que después no puedan atacar de no hechos

conforme a derecho ni los terceros, ni el propio pupilo.

Las funciones de administrador y de interponer su autoridad para complementar la capacidad de -- ejercicio del pupilo, no dependen del arbitrio o voluntad -- del tutor, sino que la edad y la presencia física del pupilo son las que las determinan. Si el pupilo está ausente, por-- que está estudiando en Grecia, el tutor siempre administrará, lo mismo que si el pupilo aún no tiene siete años, pues es -- un infante. A partir de los siete años hasta los catorce, el tutor podrá interponer su autoridad.

Antes de entrar en funciones el tu-- tor y como una garantía para el pupilo, debería manifestar -- si era él su acreedor o deudor, bajo pena de perder su crédito en el primer caso y en el segundo, no podía prevalerse de ningún pago hecho en el desempeño de la tutela.

Si no era tutor testamentario o nombrado después de una investigación sobre su honorabilidad, -- debía otorgar fianza de que llevaría a salvo los negocios -- del pupilo.

En el derecho posterior se le exi-- gió al tutor que antes de entrar a desempeñar su cargo, debería de hacer un inventario de los bienes del pupilo: "El tu-- tor que no hizo la relación vulgarmente llamada inventario -- parece haber obrado con dolo, a menos que quizá pudiera ale-- garse alguna causa necesaria y justísima por la que no se haya hecho... Así pues, no debe administrar nada antes de ha-- ber hecho el inventario, salvo aquello que no pueda esperar__

ni una breve dilación", D.26.7.7.pr,

El repertorio o inventario de los bienes que después estuvo obligado a confeccionar el tutor, era de manifiesta utilidad y protección del patrimonio pupilar, Scaevola en su libro 10 de los digestos refiere que "quemados en un incendio los documentos quirográficos de los deudores, los tutores podían, gracias a la prueba del inventario, demandarles para que pagasen la cantidad, u obligarles a hacer una novación". D.26.7.57.

En el derecho antiguo el tutor no hacía inventario de los bienes, pues era "tenido como propietario... del patrimonio del pupilo". Era cuando la tutela tenía un carácter egoísta y veía más bien por el beneficio de los posibles herederos agnados del pupilo, que por el pupilo mismo.

a).- El tutor como Administrador.

El tutor al administrar los bienes, aparece él sólo en el negocio de que se trate, sin el concurso o presencia física del pupilo, en esta forma, el tercero actúa directamente con el tutor y puede ignorar y de hecho muchas veces no sabrá, que se está jugando con el patrimonio pupilar. Por tanto, los efectos del acto recaerán en la persona del tutor, porque era una regla antigua del derecho civil que cuando trataban dos personas, los efectos del acto jurídico debían de recaer precisamente en la cabeza de los que en él habían intervenido, pues los romanos tenían ideas muy limitadas acerca de la representación, Como los efectos

de los actos de administración recaían en la persona del tutor, de ahí la necesidad de éste de rendir cuentas al final de la tutela, para pasar esos efectos al púber y descargarse él de ellos, pues habían sido los intereses del pupilo los que habían estado en juego. (10).

Como antecedente de esta labor de administración estaba el inventario de los bienes del pupilo, por él el tutor conocía cuál era su patrimonio y en qué estado se encontraba, así, él podía proceder de inmediato a la venta de las cosas susceptibles de depreciación y las improductivas, debía recobrar los créditos del pupilo y respondía de la insolvencia de los deudores sobrevenida por no haberlos perseguido en su oportunidad. "Los intereses no se exigen inmediatamente de los tutores, sino transcurrido un período de dos meses para poder cobrar y colocar el dinero". - D.26.7.7.11. Al principio de la tutela el tutor tiene un plazo de seis meses para poner el dinero a rédito, mientras ésta debe depositarse en un templo. Debe pagar las deudas del pupilo cuando sean ciertas y exigibles, debe preocuparse del mantenimiento y conservación material de los bienes. Para garantía del pupilo, se prohibió al tutor hacer uso personal de las rentas o capital que administrara.

Como el tutor debe incrementar el patrimonio pupilar, se le prohibió hacer donaciones con sus bienes y aún dotar a su hermana. Como para los romanos la base de la fortuna la constituían los bienes inmuebles tanto rústicos como urbanos, la Oratio Severi, senadoconsulto vota

do bajo Septimio Severo "prohibe que los tutores... vendan los predios rústicos o suburbanos" de los pupilos, a menos "que así lo hubiesen previsto los padres en su testamento... y si acaso las deudas ascienden a tanto que no pueden pagarse con el resto de los bienes, entonces, acúdase al pretor urbano, quien deberá apreciar con su criterio lo que se puede enajenar o hipotecar, reservándose al pupilo una acción por si luego se pudiera probar que el pretor fue objeto de engaño". D.27.9.1. y ss. El Emperador Constantino reforzó esas prohibiciones impidiendo al tutor la enajenación de los predios urbanos, o sea las casas y además los muebles de valor. (11).

Es tan importante esta labor de administración que tiene el tutor para la conservación e incremento del patrimonio pupilar, que un texto de Ulpiano señala: "El tutor suele ser obligado por vía extraordinaria a gestionar y administrar la tutela. Desde que uno sabe que ha sido nombrado tutor, si no actúa como tutor, se abstiene a su riesgo". D.26.7.1.pr. y l.

b).- La interposición de autoridad.

En la interposición de autoridad se requiere la presencia física del pupilo en la celebración del acto jurídico, en éste intervendrán tres personas: el pupilo, el tutor respaldándolo y el tercero.

El tutor puede interponer su auctoritas sólo cuando el pupilo ha llegado a la infancia y éste puede pronunciar las palabras requeridas para la solemnidad

del negocio de que se trate. Antes de la infancia no era posible que el pupilo tomara parte en ningún acto jurídico, dado el rigor del derecho antiguo que no aceptaba la representación; pero como esto podía serle perjudicial, se admitió que el tutor pudiera representar al pupilo y aceptar a su nombre una herencia, un legado, una donación. Esta era una de las pocas excepciones que toleraba el sistema de las acciones de la Ley: pro tutela -en favor de la tutela; las otras eran pro libertate -en favor de la libertad-, cuando un tercero representaba al esclavo cuando iba a ser manumitido en forma solemne ante el Magistrado; pro populo -en favor del pueblo-, cuando el Magistrado representaba a la ciudad para que ésta recibiera un donativo y finalmente, ex lege Hostilia -por disposición de la Ley Hostilia-, cuando en caso de robo cualquier persona podía perseguir al ladrón en nombre de la víctima. Hemos señalado estas excepciones para destacar la importancia que el derecho ya desde antiguo le daba a la tutela.

Indicamos que el tutor podía ser obligado a gestionar y administrar la tutela; sin embargo, el tutor no podía ser obligado por nadie a dar su autoridad al pupilo, pues el tutor es el que debe juzgar sobre la conveniencia o inconveniencia del acto: "Si un tutor no quisiera dar su autoridad al pupilo, el pretor no debe obligarlo; primero, por ser injusto que interponga su autoridad contra la conveniencia del pupilo; segundo, porque aunque le convenga, el pupilo puede resarcirse de este perjuicio mediante la

acción de tutela". D.26.8.17.

Como decimos anteriormente, "el tutor debe dar... su autoridad personándose en el negocio mismo y si da su autoridad después, o por carta, de nada vale". D.26.8.9.5. En efecto, la interposición de autoridad era un acto solemne, al celebrarse éste el tercero preguntaba al tutor: Auctorne fis? -Consientes en el acto?-. A lo que contestaba el tutor: Auctor fio. -Consiento-, quedando obligado el impúber mediante la autoridad del tutor. Aún cuando se hiciera con el pupilo un contrato condicional, el tutor debe dar su autoridad pura y simplemente, pues para que se confirme el contrato condicional la autoridad no se ha de dar bajo -- condición, sino pura y simplemente. D.26.8.8.

Cuando se trata de un acto que mejora la condición patrimonial del pupilo, éste puede adquirir estipulando para sí y recibiendo por entrega incluso sin la autoridad del tutor. En efecto, hay un adagio antiguo que dice que el pupilo puede hacer solo mejor su condición; pero para hacerla peor necesita del consentimiento del tutor. Para protección del pupilo se dispuso que éste "no puede obligarse en favor de su tutor mediando la autoridad de éste", - pero "si fuesen varios los tutores, siendo suficiente la autoridad de uno., si interpone su autoridad uno de ellos, el pupilo puede obligarse a favor del otro". D.26.8.5. Igualmente, si por algún acto puede el pupilo liberar a su tutor para con él, no puede hacerlo válidamente con la autoridad del mismo tutor,

8.- ACCIONES PROCESALES EN LA TUTELA.

a).- El delito de tutor sospechoso.

El papel de Administrador que tenía el tutor podía poner en peligro el patrimonio pupilar, máxime que en el antiguo derecho no se le obligaba a devolver -- los bienes por la abstención del estado en las relaciones familiares, la devolución se hacía por los lazos de parentesco y por la costumbre. Sin embargo, la Ley de las Doce Tablas -- ya reprimió el fraude del tutor en contra del pupilo: "Hay -- que saber que el delito de tutor sospechoso procede de la -- Ley de las Doce Tablas". D.26.10.1.2. Estas autorizan en contra de los malos manejos del tutor durante el curso de la tutela una persecución llamada delito del tutor sospechoso, -- que tiene como finalidad separarlo de la tutela y que le acaree la nota de infamia. (12).

"Pueden ser declarados sospechosos, todos los tutores, testamentario o de otro género... si fuera patrono habrá que decir lo mismo, con tal que recordemos -- que hay que tener consideración con el patrono". D.26,10,1.5. Esta acción se considera como si fuera pública, esto es, que cualquiera puede ejercitarla en contra del tutor sospechoso; se admite también que las mujeres puedan acusar, pero sólo -- aquellas que lo hagan movidas por el afecto del parentesco, -- como la madre, la nodriza y la abuela. "Pero no se permite -- ciertamente a los impúberes remover como sospechosos a sus -- tutores", D.26.10.7. En este caso deben pedir a un pariente -- o a un amigo que él entable la persecución, pues debido a su

incapacidad no podrá actuar el pupilo.

También un tutor puede acusar como sospechoso al cotutor, tanto si el que acusa continúa siendo tutor, como si hubiera dejado de serlo, pero el cotutor continúa desempeñando la tutela. A su vez, el tutor removido como sospechoso puede acusar a sus cotutores. El tutor sospechoso puede ser removido del cargo incluso sin acusación, cuando hay pruebas evidentes de los hechos y así consta al pretor.

"Hay que saber que es lícito acusar de sospechoso o por dolo cometido en la tutela si, actuando ya como tutor, defraudó los bienes en tutela, u obró sordida o perniciosamente para el pupilo, o sustrajo algo del patrimonio pupilar; más si cometió algo de esto antes de ser tutor, no podrá ser acusado de sospechoso porque el delito precedió a la tutela. Por consiguiente, si saqueó el patrimonio del pupilo, pero antes de ser tutor, debe ser acusado por el delito de herencia saqueada, o, en su caso, de hurto". D.26.10.3,5. Los tutores que no llegaron a gestionar nada del patrimonio pupilar, no pueden ser acusados como sospechosos, pero pueden ser removidos por desidia, negligencia o dolo, si obraron dolosamente. Una vez terminada la tutela, se extingue la cognición del tutor sospechoso, aunque ya se hubiese admitido con anterioridad. D.26.10.11., pero en este caso se entablarán algunas de las acciones que siguen para evitar que el tutor quede impune.

A).- La acción en virtud de las - -

substracciones.

La teoría de la responsabilidad del tutor hacia el pupilo en razón de su gestión o administración del patrimonio pupilar, tiene su punto de partida en la Ley de las Doce Tablas en la acción llamada *rationibus distrahendis* -en virtud de las substracciones-. Esta acción dada por esa Ley no contiene más que en principio la responsabilidad del tutor por las cosas que ha substraído del patrimonio pupilar y que al rendir cuentas de su gestión no ha devuelto. Esta responsabilidad fue asegurada de forma más eficaz hacia el fin de la República por la creación de la acción de tutela.

La acción en virtud de las substracciones se relaciona con la rendición de cuentas que tiene lugar entre el tutor, el curador y el pupilo. Esta es una acción delictual que no existe más que en razón de actos de verdadera substracción, que precisamente por esto es al doble del valor de lo substraído y que no pasa a los herederos del tutor. La pena al doble era una represión bastante, pero la acción tenía el inconveniente de no pasar a los herederos, la acción se aplicaba principalmente a las devoluciones de los objetos substraídos, pero no sancionaba los derechos que pudiera tener el pupilo en virtud de otros enriquecimientos ilícitos del tutor, ni de otros actos de improbidad del tutor, ni daños causados por su negligencia. (13).

c).- La acción de tutela.

Los anteriores inconvenientes desa-

parecieron por la creación de la acción de tutela, introducida en la época de Cicerón, aplicada originariamente a la tutela dativa, se generaliza después para toda clase de tutela, era una acción de buena fé e infamante, con la que se perseguía la conducta dolosa del tutor. (14).

Ejercida como actio tutela directa sirve para que el pupilo demande al tutor o a sus herederos la rendición de cuentas de la administración. "Incumbe al deber del tutor el llevar cuenta de sus actos y rendir cuentas al pupilo y si no lo hizo o no exhibe las que hizo, responderá por ello con la acción de tutela", D.27.3.1.3. Por esta misma acción el pupilo pedirá no solamente la transferencia de los valores adquiridos por el tutor por cuenta suya, sino también la reparación de los perjuicios causados por las operaciones desventajosas, respecto a las cuales el tutor es responsable por todas las faltas que él no hubiera cometido en la administración de sus propios negocios; "Por cuanto hizo el tutor que no debía hacer, así como por lo que dejó de hacer, deberá justificarse en esta acción, por la que responde de su dolo, culpa y la misma diligencia que pone en sus propias cosas". D.27.3.1,pr,

El pretor después propuso una acción de tutela como contraria y con ello introdujo en la práctica una mayor facilidad para que los tutores accediesen a la administración, pues así sabían que también el pupilo quedaría obligado a consecuencia de la administración del tutor: "Aunque los pupilos no puedan obligarse sin la autori--

dad del tutor... se ha admitido... que el pupilo quede civilmente obligado frente al tutor... a consecuencia de la administración de la tutela... Había que estimular a los tutores a gastar más prontamente de lo suyo en favor de los pupilos haciéndoles saber que iban a reembolsarse lo que hubieran pagado". D.27.4.1,pr.

Esta acción de tutela sirve como acción contraria para que el tutor pueda pedir la indemnización de los gastos hechos por él en beneficio del pupilo durante su gestión. "Por la acción contraria de la tutela se debe pagar también lo que se gastó en provecho del pupilo antes de la tutela o después de ella, si se prueba que está en relación con los negocios administrados durante la tutela y lo que se gastó antes". D,27,4.3.8. Esta actio tutela contraria no era infamante como la actio directa.

Al término de la tutela, si resultaron algunos alcances para el tutor, el pupilo, en virtud de la cautio rempupilli salvam fore -caución de llevar a salvo los negocios del pupilo-, podía proceder en su contra por la acción de lo estipulado, o bien en contra de los fiadores y aún en contra del Magistrado que tuvo poco cuidado y admitió fiadores insolventes. El pupilo tenía también una prerrogativa que le permitía cobrar sus créditos antes que los demás acreedores quirografarios del tutor, pero no antes de los acreedores hipotecarios, hasta que Constantino le concedió una hipoteca tácita sobre los bienes del tutor. (15).

9.- LA TUTELA DE LAS MUJERES.

La tutela de las mujeres es "una -- institución arcaica vinculada a la historia de la antigua fa- familia agnaticia y que pervive hasta la época clásica como un residuo con aspectos poco claros. El jurista Gayo no halla - una explicación convincente para la pervivencia de la tutela mulieris en su época y aduce la levitas animi o versatilidad del espíritu femenino". (16).

Lo que había en el fondo de este -- asunto es que a los romanos nunca gustó que la mujer tuviera un papel preponderante en sociedad y por esto la tuvieron -- subordinada. El varón impúber era sometido a tutela hasta la edad de los catorce años; la mujer, por razón del sexo, estu- vo sometida a tutela perpetua, pero ésta se debilita en la - época clásica, hasta desaparecer en el Bajo Imperio.

Las mujeres podían tener, al igual_ que los varones, tutor legítimo, testamentario o dativo. El_ carácter antiguo y agnaticio de la tutela de la mujer se ma- nifiesta en que su tutor podía ser incluso un incapaz de - - obrar, como un impúber o un loco, si era independiente -sui_ iuris- y varón, pues se trataba de conservar el patrimonio - en beneficio de una posible sucesión legítima para los pa- - rientes agnados.

En su tutela, la función exclusiva_ del tutor era interponer su auctoritas, no administraba y -- por eso no estaba obligado a rendir cuentas, pero la capaci- dad de la mujer se consideraba mayor que la del impúber, - -

pues obrando por sí sola podía enajenar las res nec mancipi, prestar dinero y recibir un pago, pero para actos más importantes, como hacer testamento, aceptar una herencia, obligarse, era necesaria la auctoritas del tutor.

Augusto, en su afán de que creciera el número de los ciudadanos ingenuos, premia a las mujeres ingenuas que tuvieran tres hijos dispensándolas de la tutela perpetua y a las libertinas con cuatro hijos, beneficio que recibió el nombre de ius liberorum. La tutela perpetua de las mujeres termina en el año 410 de nuestra era, cuando los Emperadores Honorio y Teodosio les conceden el beneficio del ius liberorum.

C A P I T U L O I V .

DERECHO VISIGODO.

- 10.- LAS COMPILACIONES DE LOS BARBAROS.
- 11.- EL LIBER IUDICIORUM.
- 12.- LA TUTELA EN EL FUERO JUZGO.

CAPITULO IV.

DERECHO VISIGODO.

10.- Las compilaciones de los bárbaros.

Con la inmigración de los pueblos germánicos en España se inicia ahí la Edad Media, pero el derecho germánico que llevan esos pueblos no ejerció un influjo tan profundo como el romano en la evolución del derecho hispánico. Al asentarse en las provincias del Imperio Romano, los germanos permitieron que sus habitantes siguieran gobernándose por el Derecho Romano, que subsistió al lado del derecho germánico de los dominadores. Los primeros Monarcas de los nuevos estados germánicos, se consideraban representantes del Imperio Romano y no deseaban legislar, pero se vieron obligados a redactar compilaciones tomadas del Derecho Romano para normar la vida de los pueblos conquistados.

Es así como tienen su origen las llamadas leyes romanas de los bárbaros, siendo las principales el Edicto de Teodorico, la Ley Romana de los Visigodos y la Ley Romana de los Borgoñones. La segunda es la más importante y se le conoce también con el nombre de Breviario de Alarico, por haber sido compuesta por orden de Alarico II. Sus fuentes son el Código Teodosiano, Novelas de Teodosio, Valentiniano, Marciano, Mayoriano y Severo; un compendio de una parte de las Instituciones de Gayo y las Sentencias de Paulo; notas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y un

fragmento del libro primero de las Respuestas de Papiniano. (17).

Las leyes romanas de los bárbaros se aplicaban a los pueblos conquistados; los conquistadores se regían por su derecho consuetudinario, pero el contacto de los germanos con los romanos y los problemas que las inmigraciones de aquellos traen consigo, origina posteriormente la redacción de su derecho.

11.- El Liber Iudiciorum.

La redacción más importante que se hizo en España fue obra de los reyes visigodos y se conoce con el nombre de Liber Iudiciorum -Libro de los Juicios- legislación que tuvo carácter territorial, aplicándose tanto a los godos como a los hispano-romanos y como su nombre lo indica, fue destinado para la administración de justicia.

El Liber Iudiciorum ya no es una ley personal como las anteriores, sino que su ámbito de aplicación es territorial, esto es, se aplica a todos los habitantes por igual, sin distinción de su nacionalidad; en efecto, la falta de un registro ciudadano y la fusión de las razas, hacía imposible, ya que el derecho fuera de aplicación personal, por lo que con tino se aplicó este código a toda la población irrespectivamente de su origen racial.

En el Liber Iudiciorum hay que distinguir dos redacciones o fases:

1.- El Código de Recesvinto, que -

fue formado y promulgado por este rey visigodo de España -- (649-672), quien fue asociado al trono por su anciano padre Chindasvinto y empezó a gobernar de inmediato. Este Código fue obligatorio para todos los pueblos del reino y abroga expresamente las leyes romanas como el Breviario de Alarico y prohíbe invocar otros códigos en los tribunales.

Comprendía quinientas leyes inspiradas en la compilación de Leovigildo, cada ley suele indicar el nombre del monarca al que se debe y las que van precedidas de la palabra antigua con esto señalan que proceden del Código de Leovigildo. Otras fuentes de este Código son la -- Lex Romana Visigothorum, que es la más importante de todas -- las leyes romanas publicadas por los reyes bárbaros; el Código de Justiniano y las Etimologías de San Isidoro de Sevilla.

b).- La segunda redacción o fase -- del Liber Iudiciorum es el Código de Ervigio, que es una revisión del de Recesvinto, con ciertas modificaciones de detalle, como la adición de varias leyes de Wamba, así como -- otras del propio Ervigio (680-687). En esta segunda redacción intervino el Concilio XII de Toledo. (18).

Egica, rey visigodo (687-702) sucesor de Ervigio, es el último monarca que adiciona leyes al -- liber Iudiciorum, reincorporando al mismo tiempo algunas de -- las suprimidas por su antecesor.

La fecha exacta de publicación del -- Liber Iudiciorum se desconoce, pero es muy importante porque

servió de base a los diferentes fueros o legislaciones surgidas durante la Edad Media en España. En 1241 Fernando III -- ordenó su traducción al romance, pues estaba redactado en la tñ, fue entonces cuando recibió el nombre de Fuero Juzgo y se aplicó como legislación particular en calidad de fuero local.

El Ordenamiento de Alcalá, otorgó - en 1348 preferencia a este Código sobre el de las Siete Partidas, ratificando su vigencia las Leyes de Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación. Consta, como el Código de Justiniano, de doce libros, divididos en cincuenta y cuatro títulos y quinientas cincuenta y nueve leyes. (19).

12.- La Tutela en el Fuero Juzgo.

Encontramos lo relativo a la tutela en el Fuero Juzgo en el libro IV, título tres, donde el tema es tratado en cuatro leyes únicamente; las tres primeras leyes de Flavius Chindasvintus Rex y la cuarta de Flavius Rescivintus Rex,

Este ordenamiento establece que son llamados huérfanos aquellos hijos "que no tienen padre y sin madre hasta los quince años"; por tanto, si faltare alguno de los progenitores y viviere el otro, no son considerados huérfanos; en el Derecho Romano eran considerados huérfanos a la muerte del paterfamilias, aunque sobreviviera la madre y hasta la edad de catorce años, que era cuando llegaban a la pubertad,

"Si el padre hubiere muerto, la ma-

dre debe tener la tutela de sus hijos, si ella quisiera y no se casare". Vemos aquí ya un adelanto en esta legislación, - pues ya se ordena en términos generales que la madre tenga - la tutela de sus hijos; anteriormente, cuando el padre no ha**ba** designado tutor a sus hijos, la madre sólo podía nombrar**lo**, pues ella no podía ser su tutora, pero la designación de éste estaba sujeta a información, esto es, a investigación sobre su solvencia y honradez por parte del Magistrado.

"Si la madre se quiere casar y alguno de los hijos tuviera entre veinte y treinta años, éste debe tener la tutela de sus hermanos", Pero esta designación - está sujeta a que tenga precisamente el hijo la edad que señala la Ley y que sea experimentado en los negocios, que pueda conducirse él en la vida práctica sin el auxilio de otro, pues si así no fuere "entonces el tío o el hijo del tío debe tener la tutela en la forma como dijimos del hermano y si el tío o el hijo del tío no son aptos, entonces el Juez designe al tutor de entre los otros parientes",

El Fuero Juzgo no hace mención al - tutor testamentario, ni al tutor dativo, o sea al que designaba el magistrado romano; por el orden que señalamos en los dos párrafos anteriores, vemos que el ordenamiento se refiere al que se basa en la sucesión legítima, señalando en primer lugar a la madre, luego a los hermanos, después a los colaterales y finalmente a los demás parientes, con lo que concuerda con la sucesión legítima romana -si exceptuamos al -- nombramiento de la madre-: herederos suyos, agnado más próximo y gentiles a falta de los dos órdenes anteriores.

Hemos indicado que en Roma, en el derecho posterior, se le exigió al tutor que hiciera un repertorio o inventario de los bienes del pupilo, antes de entrar a ejercer sus funciones de gerente o administrador, para que al final de la tutela rindiera cuentas de su gestión. El Fuero Juzgo da mucha importancia a este documento; si la madre es la tutora, establece "que de las cosas de los hijos haga un inventario, para que después puedan ser devueltas" y más adelante señala cómo debe hacerse este inventario, no sólo por la madre sino también por los otros tutores: "Y si la madre tuviere la tutela de los hijos o cualquier otra persona, haga inventario de todas las cosas que dejó el padre a sus huérfanos, ante tres testigos o cinco, estando presentes los parientes y ante aquellos testimonios que están en el escrito de inventario". Formulado el inventario de los bienes pupilares "sea dado... al Obispo o a algún otro Sacerdote a quien pidieren los parientes, para que le den a los niños -- después que fueren mayores de edad".

Al término de la tutela se señala que "entonces el tutor ante el Obispo o ante el Juez dé cuenta de todas sus cosas al pupilo y reciba de él el inventario para no reclamar más". Por lo transcrito vemos que la rendición de cuentas al pupilo era más rigurosa que en Roma, donde bastaba que se designara un curador para que ante él y estando presente el púber, diera el tutor razón de su desempeño.

Si el tutor malversó algunos bie - -

nes, debe reponerlos, pero no se le sanciona con energía como en el Derecho Romano: "Si el tutor hubiere dispuesto de algunas cosas para sus hijos o a otras personas, si no ha dado cuenta a los pupilos de sus cosas según el inventario que fue hecho antes, todo lo debe entregar". No le es impuesta la sanción al doble que concedía la actio de rationibus distrahendis -acción en virtud de las substracciones.

El Fuero Juzgo ordena al tutor que no debe perder ni enajenar las cosas, sin señalar si se refiere a las cosas inmuebles o muebles y no hace mención a las cosas perecederas, como lo hacía el senadoconsulto dado bajo Septimio Severo y añade: y si por ventura diere alguna cosa o la vendiere o gastare o perdiere por su negligencia, todo lo debe reintegrar de su patrimonio o porción".

Cuando el tutor haga algunos desembolsos por requerirlo así, la conservación o mantenimiento de los bienes o para el buen fin de los negocios pupilares, debe hacerlo del conocimiento del Juez, para que pueda cobrarlos a los interesados. No se especifica en esta legislación si el tutor debe esperar al fin de la tutela para recuperar lo gastado, o si bien puede cobrar los gastos cada vez que los haya hecho.

En el caso de demandas judiciales en contra de los pupilos "aquél que fuere su defensor debe contestarlas", pero a continuación se añade: "si no lo quiere hacer, aquél que demanda debe ser entregado de aquello que pide por el Juez, salvo el derecho de los niños que lo

demanden cuando lleguen a la mayoría de edad y aquél que lo demanda, si por juicio lo pudieren vencer los niños, debe entregar aquello que recibió con todos sus frutos y con todos sus derechos a los niños o a sus herederos o a quien ellos lo dieran y porque demandó la cosa que no pudo vencer, pague diez sueldos más". Por lo transcrito vemos que esta legislación es muy suave en este asunto tan importante como es el de la defensa judicial de los pupilos, pues deja a la voluntad del tutor el tomar su defensa o abandonarla, si bien al final de la Ley Tercera se asienta: "Si el defensor quisiere defender a los niños, puede hacerlo y si las cosas de los pupilos se perdieren por negligencia del defensor, deberá reponerlo de lo suyo".

En Roma no era potestativo para el tutor tomar o abandonar la defensa del pupilo, hemos indicado que según un texto de Marcelo "el deber primordial del tutor es no dejar indefenso judicialmente al pupilo". Abandonar la defensa traería serias responsabilidades para el tutor, pues si se mostraba apático en el desempeño de sus funciones podía ser removido del cargo y exigírsele el pago de daños y perjuicios en que pudiese haber incurrido a causa de su inacción.

Como parece ser que los tutores de esa época acostumbraban hacer firmar a sus pupilos escritos en los cuales los comprometían a que no los demandaran bajo ninguna circunstancia, escritos que eran arrancados mediante halagos o con amenazas, el Rey Recesvintus dispuso que "si -

los tutores los tienen en su poder a ellos o a sus cosas, -- cualquier escrito que hayan de hacer de demanda o de quita o de avenimiento que haga hacer el tutor por él o por otra persona, no valga esto nada ni tenga ningún valor".

En Roma el impúber bajo ninguna circunstancia podía el redactar o disponer testamento, ni aún -- con la intervención del tutor. Cuando el paterfamilias temía que su hijo no llegara a la pubertad vivo, le designaba un -- heredero en el mismo testamento en el que lo institufa a él -- heredero. (20).

El Rey Recesvintus dispone que el -- pupilo que se encuentre en tutela y ya tenga la edad de doce años, "si por ventura viniere una enfermedad o miedo de muerte, que considere que debe disponer de sus cosas... tenga -- plena potestad para hacerlo".

El Fuero Juzgo no trata la tutela -- con la amplitud que merece esta institución. Como indicamos, no habla de tutor testamentario, ni dativo. Insiste en el inventario de los bienes pupilares y en la rendición de cuen--tas al pupilo ante el Obispo o ante un Juez; más no señala -- en qué consisten las funciones del tutor, como lo hace el -- texto de Ulpiano que citamos: "Los tutores de los pupilos y -- de las pupilas, deben gestionar o interponer su autoridad en los negocios de éstos".

El Fuero Juzgo no apremia para que -- en cuanto el tutor entre en funciones, haga producir el pa--trimonio que se le ha encomendado a su cuidado. Las sancio--

nes para el tutor doloso son débiles, pues sólo dispone que "todo lo debe entregar" o "deberá reponerlo de lo suyo", no hay la mención enérgica de ser tachado de infamia y removido de su cargo. No habla este ordenamiento de la pluralidad de tutores tan benéfica cuando el pupilo tenía bienes en diversas localidades, ni tampoco de la vigilancia a que debían estar sujetos, ni de las garantías que debían otorgar para caucionar su conducta en el manejo de los bienes.

Fuera de estas principales observaciones, consideramos un buen acierto de esta legislación, el que al pupilo de doce años se le permita que tenga plena potestad para la disposición de sus bienes, en el caso de grave enfermedad o miedo de muerte.

C A P I T U L O V .

EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA.

- 13.- EL CONSEJO DE FAMILIA.
- 14.- EL PUPILO.
- 15.- LA TUTELA.
- 16.- EL TUTOR Y EL CURADOR.
- 17.- FUNCIONES DEL TUTOR.
- 18.- RENDICION DE CUENTAS.

CAPITULO V.

EL CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE OAXACA.

Hemos puesto en el capitulo de - - nuestra tesis el Código Civil del Estado de Oaxaca, porque - dentro de los sistemas tutelares modernos a los que aludiremos en el Capítulo final, establece como órgano capital de - la tutela al llamado Consejo de Familia, siguiendo en esto - al Código Civil Francés, Institución que hace de lado los - ordenamientos de 1870, 1884 y 1928, afiliándose a la llamada tutela de autoridad. Por otra parte, el Código Civil del Estado de Oaxaca fue el primero que tuvo el México indepen- - diente, pues data de los años de 1827 en que se publicó el - primer libro, siguiendo los libros segundo y tercero en el - año de 1828. (21).

13.- El Consejo de Familia.

La tutela, que es el tema central de nuestro trabajo, se encuentra tratada en el Libro Primero de este Código Civil de Oaxaca, Título Undécimo, bajo el epígrafe de "De la minoridad y de la tutela" y comprende noventa y nueve artículos, del número doscientos cuarenta y cinco al - trescientos cuarenta y cuatro, o sea un total de noventa y - nueve.

Al hacer la lectura de este articulo, nos dimos cuenta de que se menciona con mucha frecuencia -más de un tercio de los artículos- al Consejo de Familia, - dándosele una importancia capital en esta materia de la -

tutela. Es por esto que en primer término nos referiremos al Consejo de Familia, para ver su integración e influencia en esta materia, sus atribuciones y poderes; después nos ocuparemos del pupilo, de las clases de tutela, del tutor y del curador.

El Artículo 266 se refiere a la integración del Consejo de Familia, el cual constará de cuatro miembros, parientes del tutelado, bien sean consanguíneos o afines, dos de ellos serán de la línea paterna y los otros dos de la materna, procurando que sean los más próximos en cada una de las líneas, prefiriéndose el consanguíneo al afín del mismo grado "y entre los consanguíneos del mismo grado, se preferirá el que tenga más edad al que tenga menos".

El Artículo anterior dispone que el Consejo de Familia se componga de cuatro parientes del pupilo; sin embargo, esta limitación no se aplica cuando "los hermanos carnales del menor y los maridos de las hermanas carnales" fueren cinco o más personas, en cuyo caso todas ellas -- formarán parte de dicho Consejo "con las viudas de los ascendientes y con los ascendientes". Art. 267.

En el caso de que los hermanos y cuñados no llegaren a cuatro, "serán llamados los otros parientes para completar el Consejo". Artículo 268. Si ni recurriendo a este expediente se llegare a las cuatro personas que pide el Artículo 266, entonces el Alcalde nombrará personas de la localidad "que hayan tenido relaciones de amistad con el padre o la madre del menor", para que pueda ser completado di

cho número. Art. 263

El Alcalde debe fijar el día en que se reuna el Consejo, dando un plazo de por lo menos tres días, encontrándose obligados los miembros a asistir a la reunión convocada, o bien nombrar a un representante que vaya en su lugar, en el entendido de que "el apoderado no puede representar más de una persona". Arts. 270 al 272.

"El Consejo de Familia será presidido por el Alcalde, quien tendrá en él voz, sin voto y sólo en caso de empate tendrá voto decisivo". Para que el Consejo pueda deliberar válidamente, se requiere la presencia de tres miembros. Arts. 275 y 276.

No está permitido a los menores de edad, a excepción del padre y de la madre, a los interdictos y a las mujeres, salvo que sean ascendientes del menor, ser ni miembros de los Consejos de Familia, ni tutores, según lo preceptúa el Artículo 307.

Las atribuciones y los poderes del Consejo de Familia son muy grandes, pues para todos los asuntos importantes que conciernen a la persona y al patrimonio del menor, tiene el tutor que consultarlo y el Consejo puede pedirle que informe de la situación de las partidas, puede pronunciar la destitución del tutor, confirmarlo, nombrarle curador; ver por los asuntos del menor: si puede pedir prestado, enajenar o hipotecar bienes raíces, aceptar herencias o donaciones, No nos extenderemos más, porque del contexto de lo que escribiremos resaltarán las funciones del Consejo de -

Familia.

14.- El Pupilo.

Principia el título undécimo de este Código en su Artículo 245, señalando que es menor "el individuo de ambos sexos que no tiene veinte y un años cumplidos". El siguiente Artículo -246- divide la minoridad en varias etapas: "infancia, pubertad e impubertad". La infancia termina a los siete años, a los comprendidos en esta etapa se les llama infantes; de los siete a los catorce años son considerados impúberes y de esta edad a los veintiun años, púberes.

Aunque estas etapas concuerdan en rasgos generales con las establecidas en Roma; sin embargo, - las de ésta eran más precisas, pues de los siete a los catorce años distinguían entre:

a),- Cercano a la infancia, que es el menor que ha cumplido ya los siete años, pero que aún no tiene más discernimiento que el infante y que por tanto no será culpable de los delitos que pueda cometer y

b),- Próximo a la pubertad, que se está acercando a los catorce años y que "ya se le considera capaz de obligarse por sus delitos, por tener un mayor discernimiento". (22),

Gayo reafirma estas etapas al asentar que el próximo a la pubertad, ya tiene capacidad para hurtar y cometer el delito de injurias.

En Roma eran importantes las etapas señaladas, porque el menor impúber próximo a los catorce años

podía realizar él solo los actos que mejoraran su patrimonio sin la intervención del tutor, negocios que le reportaran algún beneficio y para los actos que pudieran comprometer su patrimonio, entonces sí necesitaba del consentimiento del tutor. El Código que comentamos no hace esta subdivisión de etapas, ni dice si el menor puede válidamente actuar sin el concurso del tutor, cuando el acto redunde en beneficio de sus intereses patrimoniales.

15.- La Tutela.

La tutela según el Artículo 278 "es una carga personal que no pasa a los herederos del tutor". En Roma era una carga pública que era impuesta a los ciudadanos y que podía terminar, entre otras causas, por la muerte del tutor en cuyo caso habría que designar otro.

En Roma, la tutela era un oficio viril casi siempre, pues en el derecho antiguo las mujeres no podían ser designadas tutoras; después, en el Derecho Imperial, podían serlo cuando solicitaban especialmente del Príncipe la tutela de sus hijos. En el Código que comentamos, la madre sí podía ser tutora de sus hijos, a la cual el padre podía nombrarle un Consejero, sin cuyo dictamen ella no podía obrar. Si el padre especificaba para cuáles actos nombraba el Consejero, la madre podía obrar libremente para realizar los demás actos. Art. 249. Sin embargo, "La madre no estaba obligada a aceptar la tutela de sus hijos", pero debía desempeñar esa función en tanto se nombraba a un tutor", Art. 253.

Distintas clases de tutela.- En es-

te Código, al igual que en Roma, encontramos tres clases de tutela: la legítima o señalada por la Ley, la testamentaria y la dativa, que es dada por el Consejo de Familia.

Tutela legítima.- En el segundo párrafo del Artículo 248 se establece que "Después de la muerte natural de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores... pertenece de pleno derecho al padre o madre, que sobreviva".

A falta del tutor nombrado por el padre o por la madre "la tutela pertenece de derecho al abuelo paterno del menor, por falta de éste al abuelo materno" o a los demás ascendientes varones, pero prefiriendo siempre el ascendientes paterno. Art. 261. En el siguiente Artículo la tutela se defiende a los bisabuelos, prefiriendo al paterno.

Si sólo hubiese bisabuelos maternos, por falta de los paternos, el Consejo de Familia hará el nombramiento, Art. 263.

Podemos considerar también como tutor legítimo al segundo marido de la mujer, que ya tenía la tutoría de sus hijos. Art. 255. Esta designación la hace el Consejo de Familia, debidamente convocado.

Esta tutela legítima oaxaqueña difiere grandemente de la romana, pues da una preferencia completa a los ascendientes y de éstos a los de la línea paterna del menor. Hemos vistos ya que en Roma la tutela legítima era deferida a los descendientes del paterfamilias y que, a falta de éstos, se llamaba al agnado más próximo, que sería algún -

colateral y a falta de éstos, a los gentiles. La tutela en Roma no podía ser dada a los ascendientes paternos, porque ya no los había y a los maternos tampoco, aunque los hubiera, -- porque éstos no pertenecían a la familia civil, no eran parientes agnados, sólo cognados y a ellos no se refería la Ley de las Doce Tablas, que era la que establecía el orden de llamamiento.

Tutela testamentaria.- Los Artículos 256 y 257 establecen la tutela testamentaria, al asentar que el derecho de designar tutor, que bien puede ser uno de los parientes o un extraño a la familia, pertenece al cónyuge que sobreviva al otro consorte y que este derecho sólo puede ser ejercido por testamento.

El Consejo de Familia deberá confirmar la designación de tutor que haya hecho la madre casada -- otra vez, cuando fué conservada en la tutela de los hijos que tuvo en su anterior matrimonio. Art. 259.

El tutor testamentario elegido por el padre o por la madre, puede aceptar o rechazar la designación, a menos que no tenga esta facultad, en cuyo caso el Consejo de Familia puede obligarlo a asumir el cargo. Art. 260.

Tutela dativa.- Esta tutela dativa era dada en Roma por el Magistrado, cuando no había tutor legítimo ni testamentario; en Oaxaca podía haberse dado por el Alcalde, pero esta facultad fue delegada al Consejo de Familia, quien era la entidad que resolvía todo lo concerniente a esta materia. Para que hiciera el Consejo de Familia esta de-

signación, debía ser convocado a instancia de los parientes - del menor, de sus acreedores y aún de oficio por el Alcalde. Arts. 264 y 265.

16.- El Tutor y el Curador.

El Art. 277 del Código que comentamos, es importante porque señala las funciones del tutor: deberá obrar y administrar los bienes del menor desde el día de su nombramiento. El Art. 316 complementa al citado antes: -- "El tutor tendrá cuidado de la persona del menor y lo representará en todos los actos civiles". Lo anterior nos recuerda lo que dice Ulpiano en el Libro único de sus Reglas: "Los tutores de los pupilos y de las pupilas deben gestionar o interponer su autoridad en los negocios de éstos". (11.25). La sola diferencia es que en Roma el tutor no se ocupaba de la persona física del pupilo, de esto se encargaban los parientes, a cuyo efecto el pretor de acuerdo con ellos y el tutor, señalaba las cantidades que este daría para esos cuidados, esto es, para su alimentación y educación.

Por lo que se refiere a estas partidas, el Art. 322 deja que el Consejo de Familia designe por un cálculo prudente y de acuerdo con la fortuna del menor, la suma a la que podrán ascender sus gastos anuales. Suponemos que en esta suma, el Consejo de Familia habrá incluido la manutención del pupilo y su educación, porque esto no se indica explícitamente como en Roma, como puede verse cuando escribimos sobre la atención física y educación del pupilo.

El segundo párrafo de este Artículo

establece que el Consejo de Familia pueda determinar si se au
toriza al tutor para auxiliarse de administradores particula-
res para el mejor desempeño de la tutela.

Como el Art. 279 ordena que "en to-
da tutela habrá un curador, nombrado por el Consejo de Fami--
lia", el tutor debe convocarlo antes de que él entre en fun--
ciones, para que lo designe. Art. 281. Si el tutor ha empeza-
do a obra antes de cumplir con esta formalidad, podrá ser des-
tituido si ha habido dolo de su parte, "sin perjuicio de las_
indemnizaciones debidas al menor".

Las funciones del curador consisten
en obrar por los intereses del menor, cuando se encuentren en
oposición con los del tutor. Art. 280. La diferencia con el -
Derecho Romano, es que en éste la designación del curador era
temporal y cesaba cuando la disputa o pleito judicial termina-
ba; en cambio, en el Código que comentamos, la designación --
del curador es permanente, pero el curador no reemplaza de de-
recho al tutor cuando la tutela queda vacante o es abandonada
por ausencia; en estos casos el curador debe provocar el nom-
bramiento de un nuevo tutor. Art. 284. "Las funciones del cu-
rador cesarán en la misma época que la tutela", Art. 285.

Vemos como una buena garantía para_
los intereses personales y patrimoniales del pupilo el que el
tutor, en ninguna circunstancia, votará para el nombramiento_
del curador y el que éste será elegido de la línea de paren--
tesco a la que no pertenezca el tutor, Art. 283.

Excusas para el desempeño de la tu-
tela, - Aunque el Consejo de Familia puede obligar al tutor a_

que admita la tutela (Art. 260]; sin embargo, a partir del -- Art. 286 se mencionan causas que podrán invocarse para no desempeñarla.

En los Arts. 287 y 289 se dispensa_ de la tutela a los miembros del PoderLegislativo, al titular_ del Ejecutivo, a los Ministros de la Corte y a los empleados_ que desempeñen un trabajo en departamento distinto al del pupilo, pero si aceptaron la tutela anteriormente a sus em- - - pleos, no podrán descargarse de ella, salvo que sean emplea-- dos federales o militares. Art. 290. En Roma los Magistrados_ Municipales y Militares en servicio activo estaban exentos -- del desempeño de la tutela y de la curatela. D.27.1.6.16.

En el Art. 288 se exime de la tute- la a los militares que pertenecen al ejército y los que perte- necen a la milicia activa, sólo se les dispensa mientras du-- ren en el servicio.

Quien tenga sesenta años cumplidos_ podrá reusar la tutela. Art. 294. En Roma estaban libres del_ ejercicio de la tutela hasta la edad de setenta años. D.27.1. 2.pr. El que padecía una enfermedad grave o crónica, estaba - dispensado de la tutela. Art. 295. En el Digesto unos extrac- tos de Modestino, Paulo y Ulpiano dicen que "la mala salud - excusa, pero la que impide llevar los propios asuntos... y no solo para no asumir una tutela, sino también para excusarse - de ella... la excusa puede ser temporal o perpetua, según sea la enfermedad que se padece", D.27.1.10.8 y D.27.1.11 y 12.

El Art. 296 establece como excusa -

para aceptar una tercera tutela el estar desempeñando ya dos. En Roma se establecía que "los que tienen tres tutelas o tres curatelas, o tres curatelas y tutelas indistintamente... se liberan si son llamados a una cuarta tutela o curatela". D. 27.1.2.9. y en D.27.1.3.pr con toda concisión se señala: "El tener ya tres tutelas excusa de otra más".

"Los que tienen cinco hijos legítimos son dispensados de toda tutela... los hijos muertos en el servicio militar se contarán siempre como vivos para causar esta dispensa". Art. 298. En D.27.1.2.2. se prescribe que "también libera de la tutela o curatela el tener tres o más hijos", y en D.27.1.18.pr, se prescribe que "los hijos muertos en la guerra cuentan para la excusa de la tutela... y se admite más favorablemente que sólo deben contar los que se perdieron en acción de guerra, de cualquier sexo y edad que sean, pues éstos son los que cayeron por la República". Aquí también vemos con toda claridad como el espíritu romano está inspirando al Art. 298 del Código de Oaxaca.

Si el tutor se hallare presente en la deliberación del Consejo de Familia en que se le concede la tutela, es en ese momento cuando debe exponer su excusa para liberarse del desempeño de la tutela, si es que el Consejo se la acepta. Si el tutor no asistió a esa reunión, podrá convocar él al Consejo para que sea escuchado. Arts. 300 y 301. Si el tutor que ha sido designado para el desempeño de la tutela no se encontrare por alguna circunstancia en la localidad, para que se entere de su nombramiento, "el curador ejer-

cerá provisionalmente el cargo del tutor bajo su responsabilidad y cumplidos los seis meses convocará al Consejo de Familia para que haga nuevo nombramiento. Art. 303.

17.- Funciones del Tutor.

En el Art. 316 se le encomienda al tutor el cuidado de la persona del menor y su representación en todos los actos civiles. Ya hemos indicado que en Roma el tutor no tenía a su cargo el cuidado de la persona física del pupilo, de ello se entendían sus parientes. "Administrará sus bienes como buen padre de familia y responderá de las pérdidas y daños que resultaren al menor por su mala administración".

La anterior disposición no se encuentra debidamente reforzada como en Roma, pues no se obliga al tutor a caucionar su manejo, ni se conceden al pupilo hipotecas sobre los bienes del tutor, como la concedida por el Emperador Constantino.

Nombrado el tutor, dentro de un plazo de diez días, procederá a hacer un inventario de los bienes del pupilo, asistido por el curador. Art. 318. Si el menor es su deudor, el tutor deberá asentar esta circunstancia en el inventario, so pena de perder su crédito. Art. 319.

Una vez hecho el inventario de los bienes del menor, el tutor venderá sus bienes muebles en pública almoneda, a excepción de aquellos que deba conservar -- por autorización del Consejo de Familia. Art. 320. En Roma, levantado el inventario o repertorio de los bienes, el tutor

podía proceder únicamente a la venta de las cosas muebles perecederas.

Las cantidades obtenidas por estas ventas, así como el numerario que hubiere, debía ser puesto "dentro del preciso término de seis meses" a rédito, para que produjera intereses. Si así no lo hiciera, el tutor estará -- obligado a pagar intereses al pupilo. Art. 323. Esta es la -- misma disposición que se encuentra en D.26.7.15 pr: "el nombra do tutor... si dentro de los seis primeros meses no hubiere - invertido el dinero del pupilo, puede ser demandado... por -- los intereses de la cantidad que no prestó con interés".

El Código comentado no hace referen cia a las sumas que sean cobradas en el transcurso de la tute la y para las cuales el Derecho Romano concedía un plazo de - dos meses al tutor para que las colocara: "Los intereses no - se exigen inmediatamente de los tutores, sino transcurrido un período de dos meses para poder cobrar y colocar el dinero". _ D.26.7.7.11.

En D.27.9.1.pr y ss, se encuentra - un senadoconsulto del Emperador Septimio Severo, a virtud del cual: "se prohíbe que los tutores y curadores vendan los predios rústicos o suburbanos (de los pupilos), a no ser que así lo hubiesen previsto los padres en su testamento. Y si acaso _ las deudas del pupilo ascienden a tanto que no pueden pagarse con el resto de los bienes, entonces acídase al Pretor Urba-- no, quien deberá apreciar con su criterio lo que se puede ena jenar o hipotecar".

El espíritu de este senadoconsulto_ es tomado por el Código Civil de Oaxaca en los Arts. 324 y si-
guientes: "El tutor... no puede tomar prestado para el menor,
ni enajenar, ni hipotecar los bienes raíces de la tutela, sin
que sea autorizado para cualquier de estos actos, por un Con-
sejo de Familia".

En Roma, como transcribimos, tenía_ que acudirse al pretor urbano, varón excelentísimo, como se -
le califica en el senadoconsulto que citamos, para que resol-
viera sobre el particular y pudiera ser vendido o hipotecado_
algún bien inmueble. En el Código de Oaxaca, el tutor debe pe-
dir el parecer del Consejo de Familia y ya dada la autoriza- -
ción, pedirá al Juez de Primera Instancia su ratificación pa-
ra proceder a lo conducente. Como consecuencia de esta prohi-
bición de enajenar, el tutor no podrá comprar los bienes del_
menor, ni tomarlos en arrendamiento. Art. 317.

Vienen ahora una serie de medidas - que supeditan a la previa aprobación del Consejo la acción --
del tutor:

Así, éste no podrá aceptar una he-
rencia para el menor. Al ser concedida la autorización por el
Consejo de Familia, deberá hacerse la adición bajo beneficio_
de inventario, Art. 328.

La donación hecha al pupilo también
deberá ser aprobada por el Consejo. Art. 330.

Lo mismo para intentar una acción -
relativa a los derechos del menor sobre bienes raíces y para_

consentir en una demanda, relativa a los mismos derechos. --
Art. 332.

Igual para pedir la partición de --
una herencia, Art. 333.

Por lo transcrito vemos que las fun
ciones del tutor se encuentran sobre vigiladas por el Consejo
de Familia, siendo esta entidad la que resuelve y no el tu-
tor, quien simplemente obedece y realiza las instrucciones re
cebidas, como un simple factor del Consejo. En Roma, por el -
contrario, el tutor gozaba de una gran autonomía para el de--
sempño de la tutela, sólo tenía que consultar al pretor para
los asuntos más delicados y no estaba sujeto a la continua vi
gilancia de los parientes, como lo estaba el tutor de Oaxaca_
al través del Consejo de Familia.

18.- Rendición de Cuentas.

Cuando el tutor cesa en su cargo --
por cualquier causa, debe rendir cuenta de su administración.
Art. 337, y puede ser obligado aún durante el desempeño de -
su cargo a presentar al curador un resumen de las partidas --
que manifiesten la situación de la tutela, en el tiempo que -
el Consejo de Familia fije, Art. 338.

No se dice la forma en que se hará_
la rendición de cuentas por parte del tutor en este Código, -
aunque puede suponerse que, si al principio de la tutela se -
levantó un inventario de los bienes del pupilo, contra él se_
hará la entrega, El Art. 341 deja entrever que el Consejo de_
Familia debe aprobar la rendición de cuentas hecha por el tu-

tor. Si la cuenta da lugar a "contestaciones, ellas serán seguidas y juzgadas como las otras contestaciones en materias - civiles". Art. 342.

La cantidad que debiere el tutor al pupilo, causará interés desde la liquidación de la cuenta. -- Art. 343.

En todo este título undécimo del Código Civil de Oaxaca, no se reglamenta ni castiga con energía al tutor que, en el desempeño de la tutela, se comporte dolosamente en perjuicio de los intereses patrimoniales del pupilo. Roma lo aventaja en este sentido, pues ya la antigua Ley de las Doce Tablas establecía el crimen suspecti tutoris -el delito de tutor sospechoso-, dando una acción procesal en contra del tutor, a cualquier pariente o amigo del pupilo, para que fueran investigados los manejos del tutor y, en su caso, destituirlo de su cargo, tachándolo, además, con la nota de infamia por lo fraudulento de su conducta y fincándole responsabilidades, para que reparara el daño causado con sus bienes, o, en caso de su insolvencia, accionando a sus fiadores y aún al Magistrado, cuando éste no había hecho un examen cuidadoso y había aceptado fiadores poco solventes.

El Art. 309 señala que "están excluidos de la tutela y aún pueden ser destituidos de ella.... Segundo: Las personas cuya conducta en la administración de la tutela manifestasen su incapacidad o su infidelidad" y se sanciona ligeramente al tutor infiel destituido, prohibiéndole que sea miembro de un Consejo de Familia. Art. 310.

La destitución del tutor será "pronunciada por el Consejo de Familia, convocado a instancia del curador o de oficio por el Alcalde". Art. 311. En Roma, al triunfar la acción en contra del tutor sospechoso, la destitución era pronunciada por el mismo pretor. La resolución que excluya o destituya de su cargo al tutor, debe de ser motivada y el tutor debe ser oído. Art. 312.

Si el tutor no está conforme con la resolución que lo excluye de la tutela y quiere hacerse declarar con derecho a ella, puede recurrirla y el curador la sostendrá ante el Juez de Primera Instancia. Arts. 313 y 314.

Si ha sido removido el tutor por infidelidad en su cargo, este Código no establece el procedimiento a seguir para que resarza al pupilo de los perjuicios que le haya causado, sólo lo sanciona levemente como hemos señalado.

C A P I T U L O VI.

LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

a).- Los Códigos de 1870 y de 1884.

19.- LOS INCAPACES.

20.- LA TUTELA.

21.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.

22.- IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO DESEMPEÑAR LA TUTELA.

23.- FUNCIONES DEL TUTOR.

24.- LA RENDICION DE CUENTAS.

b).- El Código Civil de 1928.

25.- LOS SISTEMAS TUTELARES EN EL DERECHO MODERNO.

26.- DEFINICIONES DE LA TUTELA.

27.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.

28.- IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO DESEMPEÑAR LA TUTELA.

29.- RENDICION DE CUENTAS Y FIN DE LA TUTELA.

CAPITULO VI.

LOS CODIGOS CIVILES PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

a).- Los Códigos de 1870 y de 1884.

Hemos puesto bajo un mismo epígrafe a los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, porque este último repite el articulado del primero, cambiando únicamente la numeración de aquél y añadiendo como nuevos en nuestro tema de la tutela, sólo cinco Artículos, a saber, el 417, 457, 519, 550 y 552. Por esto, al citar los Artículos del Código de -- 1870, lo haremos poniendo el número entre guiones, sin mayor comentario.

19.- LOS INCAPACES.

Estos Códigos Civiles al señalar el objeto de la tutela, la definen en su Artículo 403 -430-, indicando que "es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal... para gobernarse por sí mismos". Añaden estos Artículos que la tutela también puede tener por objeto - "la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la Ley".

Se indica, Artículos 404 -431-, que tienen incapacidad natural y legal los menores de edad no -- emancipados y los mayores de edad privados de inteligencia -- por locura -furiosí y mente capti- y los idiotas o imbéciles, así como los sordomudos que no saben leer ni escribir.

Tienen incapacidad legal los menores de edad emancipados. -- Arts. 405 -432--.

En estos dos ordenamientos civiles, ya no se hace la distinción romana de tutela para los menores hasta la edad de catorce años y curatela para los mayores de catorce hasta la plena aetas o mayoría de edad. Hay una sola institución: la tutela, que comprende a las romanas de tutela y de curatela, que ahora se aplica tanto a los menores de edad como a los púberes y tanto al incapaz sano como al enfermo.

Estos ordenamientos señalan que "el tutor cuida de la persona y administra los bienes del incapacitado; le representa en todos los actos civiles... y atiende a su educación cuando es menor y a su curación, si está impedido". (23).

Aquí tenemos la tónica de todos los Códigos modernos que convierten al tutor en ayo del incapaz, pasándole menesteres que son propios de los parientes del menor, como son el alimentarlo, vestirlo, educarlo y ver por su salud en caso de enfermedad. Con estas actividades se puede desviar la atención del tutor de sus funciones primordiales, que son la administración de los bienes y la complementación de la capacidad de ejercicio del pupilo en los asuntos jurídicos: pupillorum pupillarumque tutores etnegotia gerunt et auctoritatem interponunt. Ulp. XI.25.

De acuerdo con esta tónica moderna, se establece "que el tutor está obligado a alimentar y a edu

car al menor", así como cuidar de su persona. Art. 497 - - -
-594-. Se indica también que el menor debe respetar a su tu-
tor. Así como en Roma, estos dos ordenamientos establecen --
que las cantidades necesarias para los alimentos y educación
del menor, deberán fijarse según su condición y riqueza, fi-
jando las cantidades el Juez, con audiencia del tutor. Arts.
499 y 500 -596 y 597-.

20.- LA TUTELA.

Para estos dos Códigos, la tutela -
es "un cargo personal" del que "ninguno puede eximirse, sino
por causa legítima". Arts. 411 -438- y la tutela será desem-
peñada "por el tutor, con intervención del curador". Art. --
406 -433-. Tenemos aquí la figura del curador, que vigila e_
interviene en las funciones del tutor, como ya lo establecía
antes el Código Civil del Estado de Oaxaca.

La tutela no puede desempeñarse, se_
gún estos dos ordenamientos a un mismo tiempo por más de un_
tutor y de un curador. Art. 407 -434-. En el Derecho Romano,
se consideraba conveniente que hubiera un solo tutor desempe-
ñando el cargo, pero también se aceptaba que hubiera plurali-
dad de tutores, sobre todo cuando el pupilo tenía bienes de_
fortuna en distintas localidades. Cuando había varios tuto--
res y uno solo quería desempeñar el cargo, uno era el que --
ejercía la tutela, quedando los demás tutores vigilantes de_
su gestión.

21.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.

Es importante el Artículo 413 -447-,

porque señala que el cargo de tutor puede conferirse por medio de testamento, por Ministerio de la Ley, por el Juez y en algunos casos por elección del menor.

Tutela Testamentaria.

Puede dejarse tutor testamentario cuando el que lo designa es titular de la patria potestad --al igual que en Derecho Romano-- y aún cuando no se tenga --esa potestad, en el caso de que se dejen bienes a un incapaz por legado o por herencia, pero el tutor sólo se ocupará de la administración de los bienes que por este medio se le hayan dejado. Arts. 428 y 429 -526, 527 y 529--.

Cuando el que tiene la patria potestad la ejerce sobre varios menores, podrá señalarles por testamento un tutor común, o, si lo prefiere, puede señalar un tutor a cada uno de ellos. En el caso de que haya un tutor común y existan intereses opuestos entre algunos de los menores, el tutor lo pondrá en conocimiento del Juez, para que éste nombre un tutor especial mientras se decide el punto de oposición. Arts. 435 y 436 -534 y 535 En este caso de oposición en el Derecho Romano, se nombraba un curador adlitem, en tanto durara ese conflicto de intereses de los pupilos encomendados al tutor común.

No ha lugar a la designación de tutor testamentario para el hijo mayor de dieciocho años y menor de los veintiuno, que esté legalmente emancipado. Art. 440 -540--.

Los tutores testamentarios están --

exceptuados de la obligación de caucionar su manejo "cuando expresamente los haya relevado de esta obligación el testador". Art. 487 -585-. En el Derecho Romano bastaba que el tutor fuera designado en el testamento, para que por esta sola circunstancia fuera relevado de esta obligación, pues el Legislador con toda razón supuso que el paterfamilias había escogido como tutor de sus hijos al hombre más idóneo y honrado.

El tutor testamentario que no acepta su designación, excusándose del ejercicio de la tutela, pierde todo derecho a las liberalidades testamentarias que le hubiera dejado el testador, siendo además responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al menor, Art. 477 -575-.

Tutela Legítima.

El Art. 445 -545-, señala los casos que ha lugar a la tutela legítima, esto es, a la deferida por la Ley: "En los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento del que debe ejercerla". En seguida se dice: "Cuando no hay tutor testamentario" y "Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio".

El artículo siguiente señala que la tutela legítima corresponde en primer término "a los hermanos varones, prefiriéndose a los que lo sean por ambas líneas". Este precepto concuerda exactamente con el romano, que da la tutela legítima a los herederos suyos en primer término, disposición tan antigua o más que la Ley de las Doce Tablas.

A falta de herederos suyos, el Derecho Romano defería la tutela al agnado más próximo, que necesariamente era un pariente paterno de la línea colateral. Esto mismo señala el artículo que comentamos: "Por falta o incapacidad de los hermanos, a los tíos, hermanos del padre o de la madre". La diferencia con Roma en esta disposición, es que aquí se llama también a los parientes colaterales por la línea materna. Estos ordenamientos difieren del Código Civil del Estado de Oaxaca, pues no defieren la tutela a los posibles ascendientes paternos o maternos del incapaz.

En el caso de que existan varios -- hermanos o varios tíos de igual grado, el Juez elegirá al -- más apto para que desempeñe la tutela, pero si el menor tiene ya catorce años, él elegirá. Ya hemos señalado que en estos casos, cuando hay varios parientes del mismo grado, en Roma todos podían desempeñar la tutela, pero como es mejor -- la administración de una y no de varias cabezas, los cotutores se ponían de acuerdo para que uno de ellos la desempeñara, quedando los demás vigilantes de su actuación.

Otra tutela legítima que confieren -- estos dos ordenamientos, es la que dan a los expósitos, bajo la persona que los haya recogido. Art. 455 -560-.

En estos ordenamientos también se -- reglamenta la tutela legítima de los dementes, imbéciles y sordomudos, pero esta materia correspondía en Roma -- no a la tutela, sino a la curatela, pues el tutor no se ocupaba de la persona física del incapaz, en cambio el curador --

sí, pues tenía la obligación de ocuparse de la curación del incapaz.

Tutela Dativa.

La tutela dativa tiene lugar en estos ordenamientos cuando no ha sido nombrado tutor testamentario, ni hay persona a quien corresponda conforme a la Ley, cuando habiendo tutor testamentario se encuentra temporalmente impedido de ejercer su cargo. Art. 459 -446-. En estos casos, el Juez hará la designación del tutor dativo, pero si el menor ha pasado ya los catorce años, él hará la designación, misma que será confirmada por el Juez.

22.- IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO DESEMPEÑAR LA TUTELA.

Son inhábiles para el desempeño de la tutela según el Art. 462 -562-, las personas que no tienen capacidad de ejercicio, lo cual es obvio, como los menores de edad; los mayores sujetos a tutela; los que fueron removidos de otra tutela por no haber caucionado su manejo, o por haberse conducido mal en la que tuvieron; los que no tengan oficio o modo honesto de vivir; los que al deferirse la tutela tengan pleito contra el menor; los funcionarios y empleados públicos, como también lo señala el Código Civil de Oaxaca. No podrán ser tutores ni curadores los que hayan sido causa de la demencia del incapaz.

Serán separados de la tutela los que debiendo de caucionar su manejo no lo hicieren; los que

se comportaren mal en el ejercicio de la tutela, tanto respecto de la persona del menor, como respecto a la administración de sus bienes -delito del tutor sospechoso en Derecho Romano-. La separación del tutor se hará siempre con su audiencia y por sentencia judicial. Art. 466 -564-.

Pueden excusarse de la tutela los empleados y funcionarios públicos, los militares en servicio, los que tengan bajo su potestad tres o más descendientes, los pobres, enfermos, analfabetas, los que tengan sesenta años cumplidos y el que tenga a su cargo otra tutela o curaduría, Esta última causal es más benigna que la establecida por el Derecho Romano, que señalaba como excusa el estar desempeñando tres tutelas,

Los impedimentos y excusas deben proponerse ante el Juez competente, dentro de los diez días siguientes al conocimiento del nombramiento, Arts. 471, 472 -569 y 570-. Pasado el término se entiende que se renuncia a la excusa, Durante el juicio de impedimento o de excusa, el Juez nombrará un tutor interino, Art. 476 -574-. Desechada la excusa o impedimento, el tutor que no desempeñe la tutela, pierde el derecho de heredar al menor que muera intestado y es responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan al menor, Art, 478 -576-.

23.- FUNCIONES DEL TUTOR.

Ya hemos indicado que el objeto de la tutela es la guarda o cuidado de la persona y de los bienes del incapaz, por lo que el tutor, para cumplir con estos

menesteres, administrará esos bienes y representará al incapaz. Art. 403 -430-. Esta legislación establece dos guardadores para el menor: el tutor y el curador. Art. 406 -433-, --añadiendo otro elemento en su defensa con el nombre de curador ad litem. (24).

Cuando el tutor tenga que administrar, no podrá hacerlo sin que antes se nombre curador. Art. 495 -456-.

Estos ordenamientos prestan atención a las garantías que debe otorgar el tutor antes de entrar en el desempeño de sus funciones, así, el Art. 480 - --578- señala que la caución puede consistir bien en hipoteca, bien en fianza, o parte en hipoteca y parte en fianza, o sólo en fianza. Se impone esta obligación de garantizar el manejo, porque si todo el que administra bienes ajenos está --obligado a asegurar el manejo, con mucha mayor razón debe hacerlo el que maneja bienes de un incapacitado, quien por su propia naturaleza es un ser débil, que no puede defenderse y que necesita el apoyo de la Ley, es pues, un principio incuestionable el que impone a los tutores la obligación de --asegurar la administración de los bienes del incapacitado. - (25).

Se exceptúa de dar la garantía a --los tutores testamentarios cuando expresamente los haya eximido el de cuius; a los tutores cuando el menor no esté en posesión efectiva de sus bienes y sólo tenga créditos liti--

giosos; también se exceptúa al padre, a la madre, a los abuelos cuando conforme a la Ley son llamados a la tutela de sus descendientes y cuando recojan a un expósito. Art. 487 -585-. En Roma, generalmente, el tutor testamentario no daba nunca caución de su manejo por las razones que hemos indicado, salvo el caso de que fueran varios los tutores testamentarios; en esta circunstancia podía uno de ellos manifestar su deseo de llevar él solo la tutela, garantizaba su manejo y los demás cotutores sólo quedaban vigilantes de su gestión.

Es tan importante y necesario caucionar el manejo, que el tutor que no prestaba la garantía - en un término de tres meses, daba lugar a que se procediera a nombrar otro, Art. 485 -583-.

Si los bienes del menor aumentan o disminuyen, podrá aumentarse o disminuirse proporcionalmente la garantía a petición del mismo tutor, del curador o del Ministerio Público. Art. 484 -582-.

Cuidan tanto estos ordenamientos a la garantía que otorga el tutor, que el curador, cuando el tutor presenta su cuenta anual y aún cuando lo estime conveniente, "debe promover información de supervivencia e idoneidad de los fiadores". El Ministerio Público tiene también esta facultad y "aún el Juez puede, de oficio, exigir la información". Art. 492 -589-. El curador tiene también obligación de vigilar el estado de las fincas hipotecadas para cerciorarse de que no se hayan depreciado.

Todas las anteriores disposiciones

están imbuidas del espíritu romano, celoso proyectos del incapaz en el desarrollo histórico de esta institución, pero el Derecho Romano va más lejos, pues da una acción subsidiaria en contra del Magistrado que, por no haber hecho una investigación cuidadosa, aceptó fiadores insolventes. Estos ordenamientos dejan esta tarea al curador principalmente, aunque también recae en el Ministerio Público y en el Juez, pero sin señalar sanciones cuando por negligencia descuiden estos menesteres.

Antes de que el tutor entre al desempeño de sus funciones, el Art. 506 -603-, le impone la obligación de formar un "inventario solemne y circunstanciado de cuanto constituya el patrimonio del menor" en un término no mayor de seis meses y con intervención del curador. Solo que este inventario por disposición del Art. 511 -608-, no hace fe contra un tercero, olvidando los legisladores los beneficios que se siguen al pupilo cuando hace fe contra terceros, como indicamos al referir el fragmento de Scaevola en D.26.7.57.pr., cuando un incendio quemó los documentos quirográficos de unos deudores del pupilo y que gracias al inventario pudieron ser novados.

Para no ser repetitiva, indicaré, sin entrar en mayores detalles, lo que ya había establecido el Derecho Romano, que repite el Código Civil de Oaxaca y que también traen estos Códigos que comentamos, aunque éstos lo hacen con mayor detalle que el anterior. Así, el tutor debe inscribir en el inventario que formule, el crédito que

tenga contra el menor, bajo pena de perderlo si no lo hicie-
re. Art. 508 -605-. Debe poner a rédito el dinero que resul-
te sobrante después de cubiertas las cargas y atenciones de_
la tutela, dentro de los tres meses contados desde que se hu-
bieren reunido dos mil pesos. Art. 514 -611-. El tutor res-
ponde de los créditos activos, si dentro de los sesenta días
de su vencimiento no ha obtenido el pago. Art. 553 -651-.

Estos ordenamientos estatuyen, ha-
ciendo suyo el senadoconsulto del Emperador Septimio Severo,
que ya hemos comentado, que los bienes inmuebles, los dere-
chos reales y los muebles preciosos no pueden enajenarse ni_
gravarse, sino con la aprobación judicial -del pretor en Ro-
ma-; los bienes inmuebles se venderán en pública almoneda; -
no podrán darse en arrendamiento dichos bienes por más de --
nueve años, sin la condición referida; sin la aprobación ju-
dicial no puede el tutor recibir dinero prestado para el me-
nor, ni transigir ni comprometer en  rbitros. Para la cele-
braci n de estos actos se requiere la audiencia del curador_
y del Ministerio Público y en algunos el consentimiento ex-
preso del curador. (26). Arts. 516 y ss. -613 y ss-.

"El tutor tiene obligación de admi-
tir las donaciones simples, legados y herencias dejados al -
menor". Art. 528 -624-. Este precepto nos parece incompleto_
y aleatorio para el menor en lo que se refiere a las heren-
cias, pues se obliga al tutor a admitirlas, sin indicar si -
tiene el beneficio de inventario para ac eptarlas, como se -
preceptuaba en Derecho Romano. Más adelante se le prohíbe al

tutor hacer donaciones a nombre del menor. Art. 530 -626-, - lo que está acorde con el espíritu romano.

Por lo que hace a la auctoritatis - interpositio del tutor, estos Códigos señalan que "son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los menores de edad... antes del nombramiento del tutor" y que "son nulos igualmente los actos - de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad... después del nombramiento del tutor, - si éste no los autoriza". Art. 421 -313-.

La nulidad referida "sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo - incapacitado o en su nombre por sus legítimos representan- tes", pero no por las personas con quienes haya contratado. La nulidad no podrá pedirse por el menor cuando haya contratado sobre materias propias de la profesión o arte en que - sea perito. Arts. 424 y 426 -516 y 518-.

En el Código Civil de Oaxaca y en - estos dos ordenamientos que estamos comentando, se habla de las funciones del tutor, preferentemente de su labor de administrador o gerente, pero dicen poco por lo que respecta a la complementación de la incapacidad de ejercicio del menor. Así, en el Código Civil de Oaxaca, como vimos, se le encomienda al tutor la representación del menor en todos los actos civiles, sin entrar en mayores detalles; en éstos se dice un poco más, cuando señalan que serán nulos los actos de administración y contratos que celebre el menor antes de la designación del tutor y los que haga después si el tutor no

los autoriza.

24.- LA RENDICIÓN DE CUENTAS.

El Capítulo XII del Código Civil de 1884 y el XVI del de 1870, se refieren a la reglamentación de las cuentas de la tutela y sus prevenciones están encaminadas a hacer efectiva esta obligación principal del tutor -- Para ello es muy útil la cuenta anual que debe haber presentado el tutor, Art. 551 -646-, con la cual habrá acreditado su buen manejo como administrador y facilitará la aprobación de la cuenta final, que será presentada al término de la tutela en el plazo de un mes, que puede ser prorrogado si las circunstancias así lo exigen. La obligación de rendir cuentas en ningún caso puede ser dispensada y pasa a los herederos del tutor. El exacto cumplimiento de lo anterior es una de las más positivas garantías del incapacitado. (27).

Al rendir cuentas, la obligación principal del tutor es la de entregar todos los bienes y los documentos conforme al balance que se hubiere presentado, -- con la última cuenta anual aprobada, Art. 566 -642-. No se hace mención al inventario de los bienes que debió haber sido levantado al inicio de la tutela. Al ser aprobada la cuenta final, la garantía dada por el tutor será cancelada, pero si resultaren alcances para el tutor en la rendición final de cuentas, las garantías quedarán vivas, Art. 573 -662-.

En estos ordenamientos, así como en el Derecho Romano, se reglamenta sobre las obligaciones que pudieron haber surgido durante la tutela, tanto para el tu--

tor como para el pupilo; así, en los Arts. 557 y 559 -657 y 659-, se dispone que deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente en el desempeño de la tutela y que será indemnizado por los daños evidentes que haya sufrido por causa de la tutela. Los alcances que resulten en favor o en contra del tutor producirán interés legal.

El pupilo, pues, está obligado a pagar al tutor los gastos que en su beneficio hubiera hecho en el desempeño de la tutela. Además, "La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se efectuarán a expensas del menor. Art. 569 -654-.

b).- EL CODIGO CIVIL DE 1928.

25.- Los Sistemas Tutelares en el Derecho Moderno.

En el Derecho Moderno tres son los sistemas tutelares que buscan una mejor protección para el incapaz y su patrimonio. En primer término, tenemos a la tutela llamada de autoridad, que se basa en que la protección del incapaz es un deber propio de la autoridad y que por tanto no debe quedar en manos de organismos privados.

Podemos señalar las siguientes características de este sistema: 1.- Todo el mecanismo y funcionamiento de la tutela se encuentra depositada en la autoridad. 2.- Junto a la autoridad que tiene en su poder las funciones de la tutela, actúan otros órganos como son el curador y el consejo de tutelas, como se dispone en nuestro derecho. El consejo de familia que funcionaba en el Código Ci-

vil del Estado de Oaxaca, es desconocido en este sistema de autoridad. (28).

En segundo lugar, tenemos el sistema tutelar de familia, en el cual la tutela se desempeña bajo la égida de una organización de parientes, en la que el consejo de familia tiene capital importancia. Todo el funcionamiento de la tutela se encuentra en manos del consejo de familia, quien tiene la autoridad suprema.

Este sistema es el adoptado por el Código Civil francés e influye decisivamente en la legislación portuguesa, en el Código Italiano de 1865 y en el Español. Ya hemos visto su funcionamiento al escribir sobre el Código Civil de Oaxaca, por lo que podemos decir que "es un mecanismo con tres ruedas: el consejo de familia, en quien reside la potencia tutelar; en segundo término, el tutor que obra y después el subrogé tuteur (el curador), que vigila a aquel y la reemplaza en caso necesario. Es, pues, la tutela un pequeño gobierno que tiene su asamblea deliberante, su poder ejecutivo y hasta su pequeño censor". (29).

Finalmente, tenemos el sistema tutelar mixto, que se caracteriza porque la tutela, aunque sea de un carácter familiar, debe de ejercerse bajo la inspección y vigilancia de la autoridad. A este sistema mixto pertenece nuestro derecho y algunos otros de Centro y Sudamérica, como Costa Rica y Argentina.

En nuestro país, por disposición -- del Artículo 454 del Código Civil vigente, "La tutela se de-

sempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas..."

Ya hemos señalado cual es el desempeño del tutor anteriormente, durante la tutela. Trataremos brevemente del papel del curador y del Consejo Local de Tutelas.

En el Código Civil vigente, Libro Primero, Título Noveno, Capítulo XIV, se habla del curador. En el Artículo 618 se establece que "Todos los individuos sujetos a tutela... además del tutor tendrán un curador...", - excepto en el caso de los expósitos y en el caso de los "menores de edad que no estén sujetos a la patria potestad ni a tutela testamentaria o legítima..." Arts. 492 y 500.

Cuando se de "al menor un tutor interino, se le nombrará curador con el mismo carácter, si no lo tuviere definitivo". También se nombrará un curador interino "cuando los intereses de alguno o algunos de los incapaces, sujetos a la misma tutela, fueren opuestos". Arts. 619, 620 y 457.

"Igualmente se nombrará curador interino en los casos de impedimento, separación o excusa del nombrado, mientras se decide el punto; luego que se decida, se nombrará nuevo curador conforme a derecho", Art. 621.

Es importante el Artículo 626, ya que se establecen las obligaciones del curador, así, la fracción primera le impone el deber de defender los derechos del incapacitado, en juicio y fuera de él, cuando esos derechos

se encuentren en oposición con los de su tutor. La fracción segunda hace que el curador sea un censor, un vigilante del tutor, pues debe observar su conducta y avisar al Juez de todo aquello que estime sea dañoso para los intereses del incapacitado. En la fracción tercera se dice que en caso de falta o abandono de la tutela por parte del tutor, el curador debe avisar al Juez para que se haga el nombramiento de otro tutor. En la fracción cuarta se asienta que también el curador está obligado "A cumplir las demás obligaciones que la Ley señale". El curador que falte a lo prescrito, será responsable de los daños y perjuicios que pueda sufrir el incapacitado. Art. 627.

El curador cesa en su cargo al término de la tutela (Art. 628) y "si hiciere algunos gastos en el desempeño de su cargo se le pagarán". Art. 630.

El maestro Antonio de Ibarrola - - (30) resume las obligaciones, deberes y cesación de la curaduría, citando en primer término al Artículo 626, que ya hemos mencionado y hace una recapitulación de las demás obligaciones que le señala la Ley:

Como, intervenir en la formulación de los inventarios que debe hacer el tutor, Art. 537, Fr. - III.

Hacer que se listen los bienes omitidos en el inventario. Art. 553.

Hacerse oír cuando el menor vaya a cambiar de carrera, Art. 541.

Dar su conformidad, previa a la autorización judicial, para la venta de los bienes inmuebles, los derechos anexos a ellos y los muebles preciosos que quiere vender el tutor por causa de necesidad o utilidad del menor. Art. 561. Esto tiene su antecedente en las prohibiciones que había hecho el senadoconsulto de Septimio Severo al tutor romano y que ya hemos mencionado en varias ocasiones.

El tutor necesita el consentimiento del curador y la aprobación judicial, para que el tutor transija "cuando el objeto de la reclamación consista en bienes inmuebles, muebles preciosos o bien en valores mercantiles o industriales..." Art. 568. Lo mismo para dar en arrendamiento los bienes del incapacitado por más de cinco años. Art. - 573.

Así mismo, el tutor requiere la conformidad del curador y la aprobación judicial para hacerse pago de sus créditos contra el incapacitado. Art. 571.

El Artículo 584 faculta al curador, a los parientes del incapacitado y al Consejo Local de Tutelas, para que a petición suya el tutor pueda ser removido -- del cargo "en caso de maltrato, de negligencia en los cuidados debidos al incapacitado, o de mala administración de sus bienes". Queremos hacer hincapié en este Artículo, pues tiene su antecedente histórico en la disposición de las Doce Tablas que establece el delito de tutor sospechoso, que da una acción abierta a todos para que hicieran la correspondiente denuncia al pretor, quien en caso de comprobarse los cargos,

removía al tutor del desempeño de la tutela, le fincaba responsabilidades y además lo tachaba con la nota de infamia. - Esta acción fue dada hace más de dos mil cuatrocientos años_ y ha sido adoptada por nuestro Código Civil.

Como consecuencia de lo anterior, - por causas graves, puede el curador pedir al Juez que el tutor rinda cuentas en cualquier tiempo. Art. 591.

En el siguiente Capítulo, el XV, se trata de los consejos locales de tutela, que es otro órgano_ de vigilancia y de información en la tutela.

El Artículo 631 establece que en cada Delegación habrá un Consejo Local de Tutelas, integrado - por un Presidente y dos Vocales que durarán en su cargo un - año y serán nombrados por el Jefe del Departamento del Dis-- trito Federal, por quien él autorice, o por los Delegados, - en el mes de enero de cada año. La designación recaerá en -- personas de buenas costumbres e interesadas en proteger a la infancia desvalida.

El Artículo 632 establece las principales obligaciones del Consejo Local de Tutelas: I.- For-- mar y remitir a los Jueces de lo Familiar una lista de las - personas aptas para desempeñar la tutela, para que de ella - se nombren tanto los tutores como los curadores, cuyo nombra_ miento corresponda al Juez. II.- Velar porque los tutores -- cumplan con sus deberes, haciendo hincapié en lo referente a la educación de los menores, para que en caso de faltas u -- omisiones se avise al Juez de lo Familiar, III.- También de-

be el Consejo avisar al Juez de lo Familiar en caso de que los bienes del incapacitado se encuentren en peligro, para que dicte las medidas correspondientes. IV.- Avisar al Juez de lo Familiar qué incapacitados carecen de tutor, para que lo nombre. V.- Cuidar de que los tutores destinen de preferencia los recursos del incapacitado a la curación de sus enfermedades o a su regeneración si es un ebrio consuetudinario o abusa de las drogas.

Termina este Capítulo señalando que los Jueces de lo Familiar son las autoridades encargadas de intervenir en los asuntos relativos a la tutela y que ejercerán una sobrevigilancia sobre los actos del tutor para impedir la transgresión de sus deberes, Art. 633 y que mientras se nombra tutor dicte las medidas necesarias para que el incapacitado no sufra perjuicios en su persona o en sus bienes. Art. 634.

Estos dos últimos Capítulos que hemos comentado, refuerzan con sus disposiciones la vigilancia del tutor para que tenga una buena actuación durante la tutela, pues el curador siempre está atento y pondrá "en conocimiento del Juez todo aquello que considere que puede ser dañoso al incapacitado". Art. 626. Fr. II.

Por lo expuesto vemos que los sistemas tutelares modernos vigilan y controlan adecuadamente la actuación del tutor, en beneficio indiscutible de los intereses patrimoniales del menor, superando la inadecuada vigilancia que tenía el tutor en Roma, donde prácticamente él era -

el que decidía qué cosa era buena para el pupilo y cuál no lo era. Señalaremos un ejemplo: cuando el menor iba a celebrar un acto que requiriera la auctoritatis interpositio del tutor, si el tutor no quería dar su beneplácito para que el acto se realizara y tuviera plena eficacia, nadie podía -- obligarlo a que consintiera en el negocio, aunque fuera benéfico para el pupilo, quedando sólo a éste el recurso de fincarle responsabilidades al tutor al final de la tutela, para que el tutor lo indemnizara de los perjuicios sufridos por su obstinación en no dar su auctoritas para que el acto tuviera validez jurídica.

No haremos ya especial mención a -- las disposiciones del Código Civil vigente, por haber sido -- comentadas al hablar de los Códigos Civiles de 1870 y de -- 1884, sólo nos referiremos a lo más importante de esta insti tución de la tutela, tema de nuestro modesto trabajo.

26.- DEFINICIONES DE TUTELA.

El Maestro Benjamín Flores Barrota dice que en nuestro derecho "la tutela puede ser definida como un cargo de interés público, del que nadie puede eximir-- se, sino por causa legítima y que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos; pudiendo tener también por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la Ley". (31).

El Maestro Ignacio Galindo Garfias

da la etimología de la palabra tutela, la cual procede del verbo latino tueor, que quiere decir defender, proteger, salvaguardar, lo cual concuerda con el fragmento de Paulo citado en D.26.1.1.1: "se llaman tutores por ser protectores - - (tutores) y defensores". Añade el citado Maestro que la tutela es un cargo que la Ley impone a las personas jurídicas capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados, que es un cargo de interés público y de - - ejercicio obligatorio, que la razón fundamental de la tutela es un deber de piedad, que tiene su origen en la debilidad e imperfección del ser humano. (32).

Don Antonio de Ibarrola al dar el concepto y las generalidades de la tutela, no la define, sino que trae a colación lo dicho en el Artículo 449 del Código Civil vigente: "El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal o solamente la segunda para gobernarse por sí mismo. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la Ley". A continuación este autor trae la etimología de la palabra tutela. (33).

El Maestro Rafael de Pina al dar la noción de tutela, dice que "es una institución supletoria de la patria potestad, mediante la cual se provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes para gobernar su persona y derecho por sí mismo, para regir, en fin, su actividad jurídi-

ca". Creemos ver en ésta, insinuadas las dos funciones primordiales del tutor antiguo: complementar la capacidad de ejercicio del pupilo para que sus actos jurídicos fueran válidos y la labor del tutor como administrador del patrimonio, al hablar de protección.

Para los anteriores autores la tutela es también un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, sino por causa legítima, como lo establece el Artículo 452, disposición que tiene su antecedente en Roma, donde la tutela era un *munus publicum*, que aún el *filiusfamilias* estaba obligado a desempeñar. Después de Roma, las distintas legislaciones repiten las causas por las que el tutor puede eximirse del desempeño de la tutela, como en su oportunidad lo hemos indicado.

De las anteriores nociones de tutela nos parece mejor la del Maestro de Pina, pues señala que "provee a la representación, a la protección, a la asistencia, al complemento de los que no son suficientes..." En efecto, esos son los papeles del tutor: representar, proteger -tutor-, asistir, complementar al pupilo en su incapacidad, sobre todo para que pueda celebrar válidamente actos jurídicos.

El Código Civil vigente en el párrafo final del Artículo 449, establece que "en la tutela se cuidará preferentemente de la persona del incapacitado". Esta disposición no tiene su antecedente en el Derecho Romano clásico, como ya lo hemos señalado anteriormente, éstos eran

menesteres ajenos a las funciones del tutor; el curador sí debía ocuparse de la persona física del incapaz y proveer a su curación por los medios que tuviera a su alcance. La distinción entre tutela y curatela no existe ya en el derecho moderno y las diferencias entre la tutela y la curatela no eran fundamentales, ya en la última etapa del Derecho Romano. (35).

En la España medieval sí existían todavía algunas diferencias entre la tutela y la curatela, como se puede apreciar en las Siete Partidas, algunas de ellas de honda raigambre romana:

a).- En este ordenamiento la tutela se aplica a los impúberes; la curatela a los menores púberes, esto es, a los que aún no llegan a la mayoría de edad y a los mayores de edad, pero que sean incapaces; lo que concuerda con la doctrina romana clásica.

b).- La tutela tenía por finalidad lo referente con la persona o bienes del pupilo; por el contrario, la curatela podía deferirse para un acto determinado, generalmente cuando estaban en conflicto los intereses del pupilo con los del tutor.

c).- La tutela se daba por terminada cuando el sujeto a ella llegaba a la pubertad. La curatela concluía cuando el pupilo llegaba a la mayoría de edad, o cuando el incapaz al recobrar la salud, podía él solo ejercitar sus derechos sin el auxilio del curador. Así pues, la curatela concluía cuando el menor llegaba a la mayoría de --

edad, o cuando el incapaz, ya sano, recobrará el pleno goce y ejercicio de sus derechos. (36).

En nuestro Código Civil vigente dos son las funciones principales del curador, según el Artículo 626: la defensa de los derechos del incapacitado, en juicio o fuera de él, cuando estén en conflicto con los del tutor y la vigilancia de la conducta del tutor, para que avise al Juez lo que considere dañoso para los intereses del incapacitado.

La tutela en el Código Civil vigente, Artículo 452, sigue siendo "un cargo de interés público del que nadie puede eximirse..." Tiene una naturaleza pública y su función es obligatoria. La tutela tiene carácter de indivisibilidad y de unidad, ya que es atribuida a una sola persona (37), según lo establece el Artículo 455: "Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos". Pero en el caso de que los intereses de alguno o algunos de los sujetos a tutela fueren opuestos, el Juez nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los incapaces, mientras termine la oposición. Art. 457.

En Roma se prevenía la pluralidad de tutores y en algunas circunstancias era provechosa esta pluralidad, sobre todo cuando el pupilo tenía bienes patrimoniales en distintos lugares. El padre de familia podía nombrar varios tutores testamentarios y en la tutela legítima podía darse el caso con frecuencia de que hubiera varios tutores.

Nuestro Código Civil vigente en su Artículo 454 establece que la tutela se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del Juez de lo Familiar y del Consejo Local de Tutelas, como ya lo hemos indicado.

27.- DISTINTAS CLASES DE TUTELA.

El Artículo 462 ordena que "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella". Y el Artículo 902 de dicho ordenamiento procesal establece: "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare el estado de minoridad o de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella.

"La declaración de estado de minoridad o demencia puede pedirse: 1o. Por el mismo menor si ha cumplido dieciséis años; 2o. Por el cónyuge; 3o. Por sus presuntos herederos legítimos; 4o. Por el albacea; 5o. Por el Ministerio Público.

"Pueden pedir la declaración de minoridad los funcionarios encargados de ello por el Código Civil".

"Artículo 903. Si a la petición de declaración de minoridad se acompaña la certificación del Registro Civil, se hará la declaración de plano".

El Artículo 461 señala que son tres las clases de tutela: la testamentaria, la legítima y la dativa.

Tutela Testamentaria.

Por lo que respecta a la tutela testamentaria, "el ascendiente que sobreviva... tiene derecho, aunque fuere menor, de nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la ejerza (la patria potestad), con inclusión del hijo póstumo". Art. 470.

Bajo este rubro de la tutela testamentaria se repite prácticamente lo preceptuado en los dos ordenamientos anteriores. Sólo deseo hacer especial mención al Artículo 477 que establece que "Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, a quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa o remoción". Este ordenamiento no prevee que todos los tutores puedan simultáneamente desempeñar la tutela, lo cual en ocasiones puede ser ventajoso para el pupilo, como ya se ha dicho; el Artículo 455 es categórico al respecto: "ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos".

Tutela Legítima.

Según el Artículo 482, la tutela legítima se establece a falta de la anterior; cuando no hay quien ejerza la patria potestad y por causa de divorcio y es diferida por el Artículo 483 en primer término "a los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean por las dos líneas; por falta o incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive". Aquí tendríamos que

hacer el mismo comentario hecho al glosar los ordenamientos civiles de 1870 y de 1884, por lo que nos remitimos a él en toda su extensión.

Tutela Dativa.

En los dos ordenamientos anteriores, si el menor ya contaba con catorce años, él podía designar al tutor dativo, elección que sería confirmada por el Juez. El Código vigente en el Artículo 496 pide que el menor tenga dieciséis años para que pueda hacer la designación, en caso contrario el tutor dativo será nombrado por el Juez de lo Familiar; escogiéndolo de la lista formada anualmente por el Consejo Local de Tutelas, oyendo al Ministerio Público.

Cuando los menores no estén sujetos a patria potestad, ni a tutor testamentario o legítimo, aunque no tengan bienes, se les nombrará tutor dativo, en cuyo caso la tutela tendrá por objeto el cuidado de la persona del menor, para su educación. Art. 500.

Como ya hemos dicho al escribir sobre los dos ordenamientos anteriores, en el actual también se le impone al tutor la obligación de caucionar su manejo. Art. 519, con excepción de los tutores testamentarios cuando el testador los haya expresamente relevado de esta obligación; los tutores que no administren bienes; los ascendientes que tengan la tutela de sus descendientes; los que acorran a un expósito. Art. 520.

También se obliga al tutor a que formule un inventario de los bienes que constituyan el patri

monio del pupilo, e inscribir en él el crédito que tenga contra el incapacitado. Art. 550. Igualmente, se le obliga a -- alimentar y educar al incapacitado, a procurar su curación, a administrar su caudal, a representarlo en juicio o fuera -- de él. Art. 537.

Afectan al tutor las atinadas medidas del senadoconsulto del Emperador Septimio Severo, que le prohíbe vender los bienes inmuebles del pupilo. Art. 561. -- Tampoco podrá hacer donaciones con los bienes del incapaz, -- pero sí admitirlas, los mismos que aceptar los legados y herencias. No hacemos comentarios, pues ya han sido hechos con anterioridad.

28.- IMPEDIMENTOS Y EXCUSAS PARA NO
DESEMPEÑAR LA TUTELA.

Los impedimentos y excusas para no desempeñar la tutela, así como para ser separados de su ejercicio, prácticamente son los mismos que se señalan en los -- dos ordenamientos anteriores y en el vigente, por lo que no nos detendremos a repetirlos para no extendernos demasiado; haremos sólo una breve mención a los Artículos 463 -563- de los dos primeros y al 507 y 504 del actual:

Artículo 463 -563-: "Serán separados de la tutela:

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

El actual Código dispone:

Artículo 507. "El Ministerio Público y los parientes del pupilo tienen derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos previstos en el Artículo 504".

Artículo 504. "Serán separados de la tutela:

"II- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya -- respecto de la administración de los bienes del incapacitado".

Por la lectura de estos Artículos, podemos darnos cuenta que derivan de disposiciones que estuvieron vigentes hace más de dos mil cuatrocientos años, pues arrancan de la Tabla VIII-2o, que castiga el delito de tutor sospechoso al que tantas veces nos hemos referido y sancionaba al culpable con la separación del cargo, nota de infamia y restitución al doble de las sustracciones que hubiera hecho, más indemnización por los perjuicios que hubiera causado al patrimonio pupilar.

29.- RENDICION DE CUENTAS Y FIN DE LA TUTELA.

El Artículo 607 del Código Civil vigente repite lo asentado por los anteriores ordenamientos en los Artículos 566 -642-:

"El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y -

El actual Código dispone:

Artículo 507. "El Ministerio Público y los parientes del pupilo tienen derecho de promover la separación de los tutores que se encuentren en alguno de los casos previstos en el Artículo 504".

Artículo 504. "Serán separados de la tutela:

"II- Los que se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, ya sea respecto de la persona, ya -- respecto de la administración de los bienes del incapacitado".

Por la lectura de estos Artículos, podemos darnos cuenta que derivan de disposiciones que estuvieron vigentes hace más de dos mil cuatrocientos años, pues arrancan de la Tabla VIII-2o, que castiga el delito de tutor sospechoso al que tantas veces nos hemos referido y sancionaba al culpable con la separación del cargo, nota de infamia y restitución al doble de las sustracciones que hubiera hecho, más indemnización por los perjuicios que hubiera causado al patrimonio pupilar.

29.- RENDICION DE CUENTAS Y FIN DE LA TUTELA.

El Artículo 507 del Código Civil vigente repite lo asentado por los anteriores ordenamientos en los Artículos 566 -642-:

"El tutor, concluida la tutela, está obligado a entregar todos los bienes del incapacitado y -

todos los documentos que le pertenezcan, conforme al balance que se hubiere presentado en la última cuenta aprobada".

No se hace mención a que la cuenta se rinda conforme al inventario que debió haber levantado el tutor, sino que se rinda de acuerdo al balance de la última cuenta aprobada. Es atinada la obligación del tutor de rendir cuenta anual al Juez (Art. 590) y cuando causas graves -- así lo sugieran (Art. 591), pues así se facilita la entrega de los bienes al término de la tutela, siendo ésta más expedita que como lo era en la antigüedad, cuando el tutor sólo rendía cuenta al término de la tutela, que en caso de mal -- comportamiento que no hubiera sido descubierto con oportunidad, dejaba totalmente desamparado al pupilo, quien sólo podía protegerse recurriendo a las garantías ofrecidas por el tutor.

A propósito de esto último, el Artículo 530 señala que:

"El Juez responde subsidiariamente con el tutor de los daños y perjuicios que sufra el incapacitado por no haber exigido que se caucione el manejo de la tutela".

Esta acción subsidiaria no es dada por los dos ordenamientos anteriores, esta disposición es benéfica para los intereses del pupilo.

Nuestro Código Civil vigente establece al igual que los anteriores que "La entrega de los bienes y la cuenta de la tutela se efectuará a expensas del in-

capacitado". Art. 610. Que "la obligación de entregar los --- bienes no se suspende por estar pendiente la rendición de --- cuentas". Art. 608. Que "el saldo que resulte en pro o en --- contra del tutor, producirá interés legal". Art. 612.

Si hay alcances contra el tutor como resultado de la rendición de cuentas, "quedarán vivas las hipotecas u otras garantías dadas para la administración, hasta que se verifique el pago, a menos que se haya pactado expresamente lo contrario en el arreglo". Art. 613.

El Artículo 597 establece que "deben abonarse al tutor todos los gastos hechos debida y legalmente, aunque los haya anticipado de su propio caudal y aunque de ellos no haya resultado utilidad al menor, si esto ha sido sin culpa del primero". Después se añade "El tutor será igualmente indemnizado... del daño que haya sufrido por causa de la tutela y en desempeño necesario de ella..." Art. 599. Estos Artículos tienen su antecedente en la acción tutelar contraria, dada a favor del tutor y en contra del pupilo, para que el tutor pudiera hacerse indemnizar de los gastos hechos en el transcurso de la tutela. (38).

Extinción de la tutela.

Según el Artículo 606:

"La tutela se extingue:

"I. Por la muerte del pupilo o porque desaparezca su enfermedad.

"II. Cuando el incapacitado sujeto a tutela entre a la patria potestad, por reconocimiento o por --

adopción".

En Roma la tutela cesaba cuando el pupilo llegaba a la pubertad, esto es, a los catorce años; - cuando moría o sufría variación en su status, a saber, cuando caía en esclavitud, cuando perdía la ciudadanía o cambiaba de familia por reconocimiento o adopción. La tutela podía terminar para el tutor cuando moría, cuando llegaba el término para el que había sido designado o se realizaba la condición resolutoria, cuando sufría variación en su status. En todos estos casos se nombraba nuevo tutor.

Damos por terminada esta breve exposición en el curso de la cual hemos tratado de mostrar la importancia de esta institución y la influencia decisiva que ejerció sobre las legislaciones posteriores de nuestra patria.

C O N C L U S I O N E S .

1.- La tutela es una institución -- del Derecho Romano Familia antiquísima, pues sus anteceden-- tes se remontan al año 451 a.C., fecha de la redacción de -- las Doce Tablas.

2.- La tutela era un *munus publicum* -como también lo es ahora- que se imponía a los ciudadanos - romanos varones, de la cual sólo podían eximirse por razones específicas señaladas por la Ley.

3.- Ya la Ley de las Doce Tablas recono-- cían la facultad del paterfamilias de nombrar tutor testamen-- tario: "Lo que mande acerca de sus bienes y sobre la tutela _ de los suyos, tal sea justo y se cumpla".

4.- La tutela legítima deriva de la - - Ley y presupone el llamamiento a la sucesión legítima del pu-- pilo, pues aquéllos que tienen la esperanza de la sucesión, _ que toque en tanto la carga de la tutela.

5.- Las funciones principales del tutor fueron dos y son señaladas con toda precisión en los textos _ clásicos: "deben gestionar o interponer su autoridad". Como _ corolario de lo anterior "el deber primordial del tutor es - no dejar judicialmente indefenso al pupilo".

6.- El tutor antes de entrar en funcio-- nes, debía hacer un inventario de los bienes y caucionar su _ manejo, salvo que fuera tutor testamentario, en cuyo caso no daba garantías.

7.- El tutor era el órgano principal de

la tutela romana, él decidía qué era lo que convenía al pupilo.

8.- Hasta el reinado de Septimio Severo se le prohíbe al tutor que vendiera los predios rústicos o - suburbanos del pupilo, disposición que extiende Constantino_ a los predios urbanos, casas y muebles de valor.

9.- El pupilo está protegido contra los malos manejos del tutor por el delito de tutor sospechoso, - por la acción en virtud de las sustracciones; posteriormente tuvo la acción tutela directa para los alcances que resultaran contra el tutor y el tutor tuvo la acción tutela con-- traria para que el pupilo le reembolsara sus gastos.

10.- El Fuero Juzgo concede importancia_ al inventario de los bienes del pupilo, que debe hacerse ante testigos, estando además presentes los parientes. Este documento debía entregarse a la autoridad eclesiástica para su guarda y con base en él rendir las cuentas de la tutela.

11.- El Código Civil de Oaxaca encomienda al tutor el cuidado de la persona del menor y su representación en todos los actos civiles. Le impone la obligación - de formular el inventario de los bienes y le hace extensivas las prohibiciones de Septimio Severo y de Constantino.

12.- Dentro de los sistemas tutelares modernos, los Códigos Civiles de 1870, 1884 y 1928, se acogen_ al sistema tutelar de autoridad, no así el Código de Oaxaca, que adopta el sistema tutelar de familia.

13.- A nuestro derecho pasan los linea--

mientos esenciales de la tutela romana, como son las funciones de administrador del tutor y la representación del pupilo, la confección del inventario de los bienes, la caución de su manejo.

14.- La tutela sigue siendo una carga pública, de la que sólo pueden eximirse los afectados por causas comprobadas.

15.- Como en Roma, puede pedirse la destitución del tutor por malos manejos, el tutor debe indemnizar al pupilo de los perjuicios que le haya causado, pero a su vez el pupilo debe reembolsar al tutor de los gastos que haya hecho en el desempeño de la tutela.

16.- Las prohibiciones de Septimio Severo y Constantino pasan a nuestros ordenamientos civiles.

17.- Nuestros Códigos aventajan las disposiciones romanadas, pues ejercen mejor vigilancia sobre la actuación del tutor al través del curados y de los Consejos Locales de Tutela.

B I B L I O G R A F I A .

I U S

Arangio-Ruiz, V. Instituciones de Derecho Romano. Trad. de Carames Ferro. Ediciones de Palma. Bs. As. 1973.

Bravo Valdés Beatriz y Agustín Bravo González. Primer Curso de Derecho Romano. 5a. Edición. Editorial Pax-México. 1980.

Bravo Valdés. Op. cit.

Enciclopedia Salvat. Diccionario. Salvat Editores, S.A., -- Barcelona. 1971.

Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Segundo Tomo. México. 1964.

Fuenteseca, Pablo. Derecho Privado Romano. Fuentelabrada. - Madrid. 1978.

Fustel de Coulanges, Numa. D. La Ciudad Antigua. 4a. Ed. -- Editorial Porrúa, S. A. México. 1980.

Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso. 2a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1976.

Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit.

García Garrido, Manuel J. Derecho Privado Romano. I Instituciones, Madrid. 1979.

Gayo Sustituciones.

Girard, Paul F. Manuel Elementaire de Droit Romsin. Nota 3. 2a. Ed. Arthur Rousseau. Editor. París. 1898.

Girar. Op. Cit.

Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. 2a. Edición.

Ibarrola, Antonio de. Op. cit.

Lemus García, H. Derecho Romano. Editorial Limusa. México - 1964.

Lemus García. Op. cit.

Lozano, Antonio de J. Colección de Códigos. Librería de la Viuda de Ch. Bouret. México. 1902.

Lozano, Antonio de J. Op. cit.

Miquel, Joan. Historia del Derecho Romano. Editorial Signo, - S.A. Esplugues de Llobregat.

Ortiz Urquidi, Raúl. Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana. 1a. Edición Editorial Porrú, S. A. México. 1974.

Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. de J. Fernández González. Editora Nacional. México. 1958.

Petit, Eugene. Op. cit.

Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Quinta Edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1968.

Pina, Rafael de. Op. cit.

Sánchez, Balo. Curso de Historia del Derecho. Editorial Miñón. Valladolid. 1980.

Ulpino, Libro Único de las Reglas.

Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. 2a. Ed. Editorial Porrúa, S. A. México. 1966.

B I B L I O G R A F I A .

L E G E S

Fuero Juzgo.

Código Civil de 1879 del Distrito Federal y Territorios.

Código Civil de 1884 del Distrito Federal y Territorios.

Código Civil de 1928 del Distrito Federal y Territorios.

Código Civil de Oaxaca, de 1827-1828.

Código de Procedimientos Civiles.

Corpus Suris Civilis.

N O T A S .

- 1.- Bravo Valdés Beatriz y Agustín Bravo González. Primer Curso de Derecho Romano. (Pág. 189). 5a. Edición. Editorial Pax-México. 1980.
- 2.- Miquel, Joan. Historia del Derecho Romano. (Pág. 71). Editorial Signo, S.A. Esplugues de Llobregat.
- 3.- Bravo Valdés. Op. cit. (Pág. 175).
- 4.- Girard, Paul F. Manuel Elementaire de Droit Romain. - (Pág. 197). Nota 3. 2a. Ed. Arthur Rousseau, Editor. - París. 1898.
- 5.- Bravo Valdés. O. Pcit. (Pág. 176).
- 6.- Fustel de Coulanges, Numa D. La Ciudad Antigua. (Pág. 37). 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1980.
- 7.- Bravo Valdés. Op. cit. (Pág. 179).
- 8.- Ventura Silva, Sabino. Derecho Romano. (Pág. 127). -- 2a. Ed. Editorial Porrúa, S. A. México. 1966.
- 9.- Arangio-Ruiz, V. Instituciones de Derecho Romano. - - Trad. de Carames Ferro. (Pág. 558). Ediciones de Palma. Bs. As. 1973.
- 10.- Lemus García, H. Derecho Romano. (Pág. 109). Editorial Limusa. México. 1964.
- 11.- Lemus García. Op. Cit. (Pág. 111).
- 12.- Bravo Valdés. Op. Cit. (Pág. 185).
- 13.- Girard. Op. Cit. (Pág. 211).
- 14.- García Garrido, Manuel J. Derecho Privado Romano. I - Instituciones. (Pág. 492). Madrid. 1979.
- 15.- Lemus García. Op. cit. (Pág. 115).
- 16.- Fuenteseca, Pablo. Derecho Privado Romano. (Pág. 413) Fuentelabrada. Madrid. 1978.
- 17.- Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano. - Trad. de J. Ferrández González. (Pág. 59). Editora Nacional. México. 1958.
- 18.- Sánchez, Balo. Curso de Historia del Derecho. (Pág. - 46). Editorial Miñón. Valladolid. 1980.

- 19.- Enciclopedia Salvat. Diccionario. Salvat Editores, S. A. Barcelona. 1971.
- 20.- Bravo Valdés. Op. cit. (Pág. 248).
- 21.- Ortiz Urquidí, Raúl. Oaxaca. Cuna de la Codificación Iberoamericana. Pág. 9 y ss. 1a. Edición. Editorial Porrúa, S. A. México. 1974.
- 22.- Bravo Valdés. Op. cit. (Pág. 183).
- 23.- Lozano, Antonio de J. Colección de Códigos. (Pág. --- 106). Librería de la Viuda de Ch. Bouret. México. - - 1902.
- 24.- Lozano, Antonio de J. Op. cit. (Pág. 107).
- 25.- Lozano, Antonio de J. Op. cit. (Pág. 107).
- 26.- Lozano, Antonio de J. Op. cit. (Pág. 128).
- 27.- Lozano, Antonio de J. Op. cit. (Pág. 140).
- 28.- Galindo Garfias, Ignacio. Derecho Civil. Primer Curso 2a. Edición. (Pág. 682). Editorial Porrúa, S.A. México. 1976.
- 29.- Ibarrola, Antonio de. Derecho de Familia. 2a. Edición. (Pág. 449)
- 30.- Ibarrola, Antonio de. Op. cit. (Pág. 502).
- 31.- Flores Barroeta, Benjamín. Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil. Segundo Tomo. (Pág. 527). México. - 1964.
- 32.- Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. (Pág. 678).
- 33.- Ibarrola, Antonio de. Op. cit. (Pág. 443).
- 34.- Pina, Rafael de. Elementos de Derecho Civil Mexicano. Volumen Primero. Quinta Edición. (Pág. 387). Editorial Porrúa, S. A. México. 1968.
- 35.- Pina, Rafael de. Op. cit. (Pág. 388).
- 36.- Galindo Garfias, Ignacio. Op. cit. (Pág. 681).
- 37.- Ibarrola, Antonio de. Op. cit. (Pág. 447).
- 38.- Petit, Eugene. Op. cit. (Pág. 139).