

PRINCIPIOS

DE

DERECHO CIVIL MEXICANO

Comentados segun los más célebres jurisconsultos,
las leyes antiguas ROMANAS y ESPAÑOLAS y las ejecutorias
de los diversos Tribunales de la República

POR EL

LIC. AGUSTIN VERDUGO

PROFESOR ADJUNTO

de la Cátedra de Elocuencia en la Escuela Nacional de Jurisprudencia,
y socio correspondiente de la
Real Academia de Jurisprudencia y Legislacion de Madrid

Une jurisprudence forte et savante n'est pas seulement une distraction d'érudit, mais un élément nécessaire à la vie d'un peuple.—LERMINIER.

Bono sui sæculi quisque, citrà obtrectationem alterius, utatur.—TACITUS.

TOMO V

MEXICO

IMPRENTA DE « EL DERECHO »

2º DE S. LORENZO N° 8

1890

Esta obra es propiedad del autor. Cualquier ejemplar que no lleve su firma manuscrita en este lugar, se considerará como falsificado. Se reservan los derechos de traducción en general.

Quedan hechos los depósitos de ley (arts. 1154, 1201, 1208, 1234, 1235 y 1248 del Código Civil).

TITULO OCTAVO DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPÍTULO I.

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

Art. 363. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes.

Art. 364. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de las ascendientes á quienes corresponde aquella, segun la ley.

Art. 365. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legítimados ó reconocidos.

Art. 366. La patria potestad se ejerce:

I. Por el padre.

II. Por la madre.

III. Por el abuelo paterno.

IV. Por el abuelo materno.

V. Por la abuela paterna.

VI. Por la abuela materna.

Art. 367. Sólo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme á lo dispuesto en el art. 397.

Art. 368. Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente.

Art. 369. Al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarle convenientemente.

Art. 370. El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente.

Art. 371. Las autoridades auxiliarán á los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Art. 372. En defecto del padre, el ascendiente á quien corresponda la patria potestad ejercerá la facultad á que se refiere el art. 370.

Art. 373. El que está sujeto á patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.

SECCION 1ª.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1. En varios lugares de esta obra hemos hecho algunas reminiscencias respecto al carácter y condiciones del poder del padre sobre los hijos y sus bienes, segun el Derecho romano. Todo lo que sabemos sobre este poder, que despues del Cristianismo significa el deber de proteccion en favor de los hijos, más que el derecho de autoridad sobre ellos, no sirve sino para justificar aquella terrible frase de Gayo: *ferè enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos ha-*

bent potestatem, qualem nos habemus (1). En la época primitiva, ese poder era tan extenso y cruel, que constituía al padre absoluto soberano respecto de la persona y de los bienes de sus hijos (2); podía exponerlos (3), venderlos (4) y ellos nada adquirirían ni poseían sino para él (5). Varios siglos hubieron de transcurrir para que la jurisprudencia romana pudiera exclamar con Marciano: *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (6). Entre tanto, son dignas de recordarse las leyes que prepararon el advenimiento definitivo de la institución del poder doméstico cristiano, á cuya sombra dejó el hijo de ser como una propiedad material del padre, quien podía disponer de ella á su antojo y sobre la cual ejerció más de una vez el derecho terrible de la muerte (7), para convertirse en sagrado depósito de inmensa responsabilidad y de cuya conservacion y buen manejo tendría aquél que dar severa cuenta ante Dios y ante la sociedad. Ulpiano nos enseña que no es permitido al padre ejercer crueldad contra los hijos sino por vía de correccion, y debiendo, en caso de reincidencia, recurrir al magistrado para que pronuncie la sentencia que crea justa (8). Una Constitucion de Constantino pronunció la pena del parricidio contra el padre, culpable de la muerte de su hijo (9). Otras dos constituciones imperiales prohibieron exponer á los hijos (10), y su venta no fué ya permitida sino en el caso en que el padre viniese á extrema miseria y obrara de tan triste modo en el momento de nacer

(1) Gaius, 1, § 55.

(2) *Cod.*, lib. 8, tit. 43, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 8, tit. 51, l. 2.

(4) *XII Tabulæ*, 4ª.

(5) Gaius, 2, § 87.—*Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 9, § 1.

(6) *Dig.*, lib. 48, tit. 9, l. 5.

(7) Valer. Max., lib. 5, cap. 8, núm. 2.—Gravina, sobre las XII Tablas.

(8) *Dig.*, lib. 48, tit. 8, l. 2.—*Cód.*, lib. 8, tit. 27, l. 3.—Giphanius, *Cod.*, ad leg. ult. de patria potest.

(9) *Cod.*, lib. 9, tit. 17.

(10) *Cod.*, lib. 8, tit. 52, ll. 2 y 3.

el hijo (1). Si el abandono de éste fué lícito aún mucho tiempo después, se necesitaba que lo motivase la necesidad de reparar un daño, y jamás podía tener por objeto á las hijas (2). Justiniano conservó esta legislacion, suprimiendo sólo el derecho del abandono noxal (3).

Se ve, pues, cómo había venido dulcificándose esa tremenda autoridad, que había hecho á Casio condenar á muerte á su hijo ante su tribunal doméstico por haber abrazado el partido de las leyes agrarias, y armado el brazo del Senador Fulvio, quien descargó la misma pena sobre uno de sus hijos, jóven amable é inteligente, cuyo delito no era otro que haberse afiliado al bando de Catilina y de la causa popular (4).

Desde la caída de la República, aquellas crueles tradiciones habían venido cediendo al noble impulso de ideas nuevas y humanitarias que, fundadas en los puros y dulces afectos de la naturaleza, eran además favorecidas por la misma innovacion en el sistema de gobierno, que tendía á centralizar todos los poderes en la mano del emperador. Así es como, desde Augusto, podemos señalar una importante revolucion que á la larga contribuiría poderosamente á cambiar la situacion de los hijos respecto del *paterfamilias* y hacerlos respetables á sus ojos é independientes en la sociedad. Nos referimos á la extension de los *peculios* (5), que fué causa de que infelices antes, condenados á no ser dueños de ningun bien material sobre la tierra (6), adquiriesen en propiedad el fruto de su personal trabajo y dejasen de ser meras máquinas, sólo destinadas á labrar la felicidad de los déspotas domésticos. Aquel emperador dió á los hijos el derecho de disponer hasta por testamento de las cosas ad-

(1) *Sent.* de Paulus, 1. § 1. — *Cod.*, lib. 4, tit. 48. l. 2.

(2) Gaius, 4, §§ 75 y sigs. — *Sent.* de Paulus, 2, 3r, § 9.

(3) *Inst. de Just.*, de *noxalib. act.*, § 7.

(4) Salust., *Catilin.*, núm. 39.

(5) Varron, y después de él Festus encuentran la etimologia de esta palabra en la de *pecus*, ganado, principal riqueza del pueblo romano en los primeros tiempos.

(6) Hegel, *Naturrecht*, § 175.

quiridas en el servicio militar, con tal de que, cuando la muerte, aún durase esa circunstancia (1). Pero si el hijo moría *ab intestato*, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica (2). Adriano concedió la propiedad de los bienes castrenses aún á los soldados veteranos, ó retirados del servicio militar (3). Constantino incorporó en el peculio castrense los bienes adquiridos por el hijo en la corte, ya fuesen fruto de sus economías ó de las mismas donaciones imperiales (4), y sucesivamente vinieron despues otros medios de riqueza á aumentar el patrimonio del hijo bajo el nombre de peculio *quasi castrense*, en el cual se comprendían sus honorarios ó sueldos como asesor (5), abogado (6), oficial adjunto al prefecto del pretorio (7), como obispo, diácono ó eclesiástico (8), y en fin, como empleado público (9). Aquel mismo emperador instituyó para el hijo de familia otra especie de peculio, que la doctrina ha señalado con el nombre de *adventicio* y que comprendía, segun la definicion de Vinnio, todos los bienes ganados por el hijo, fuera de cualquier procedencia paterna, ya por su trabajo, con tal de que no fuese en el servicio militar, ya por la fortuna, ora por sucesion de su madre ó de sus parientes maternos, ó por donacion á causa de matrimonio, ó finalmente, por legados que le hubieran dejado sus amigos (10). Hé ahí, pues, al hijo dueño de tres patrimonios fijos y seguros, no expuestos á la eventualidad y caprichos de la voluntad paterna, como sucedía con el peculio *profecticio*, así llamado, por su proce-

(1) Paul., *Sent.* III, 4, § 3.—Juvenal, *Sal.* XVI, v. 51.—*Inst. de Just.*, quibus non est *permissum*.

(2) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 19, § 3.—*Id.*, *id.*, ll. 2 y 18, §§ 1 y 2.—*Cod.*, lib. 12, tit. 37, l. 5.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tit. XII.

(4) *Cod.*, lib. 12, tit. 31.

(5) *Cod.*, lib. 1, tit. 51, l. 7.

(6) *Cod.*, lib. 2, tit. 7, l. 4.

(7) *Cod.*, lib. XII, tit. 37, l. 6.

(8) *Cod.*, lib. 1, tit. 3, l. 34.

(9) *Cod.*, lib. 3, tit. 28, l. 37.

(10) Vinnius, *Inst.*, lib. 2, tit. XII.—*Cod.*, lib. 6, tit. 60, ll. 1 y 2.

dencia de la liberalidad del padre, *quia à patre profectus est*, y el cual era revocable en cualquier tiempo, aun para ser concedido á un extraño: *pater dedit, pater abstulit*. De este origen, bien precario por cierto para el hijo, y su única riqueza posible en el primitivo derecho (1), nacieron los tres peculios que acabamos de enumerar, con los cuales el hijo de familia tuvo una verdadera personalidad jurídica y consiguió la real y positiva capacidad de adquirir para sí mismo.

2. ¿Cuáles eran las condiciones de estos varios peculios y qué participio concedieron las leyes al padre en ellos? En cuanto al peculio profecticio, fácil es comprender que su propiedad pertenecía exclusivamente al padre, siendo el hijo un mero administrador ó representante (2). Respecto del peculio adventicio, la propiedad era del hijo, correspondiendo sólo el usufructo al padre, durante su vida; pero pudiendo administrarlo y gozar de él libremente, sin obligación de caucionar su manejo, ni siquiera de hacer inventario, pudiese consideraba, como suficiente garantía de una buena administracion, el natural amor del padre hacia los hijos: *paterna reverentia suum excusante* (3). Con todo, siendo como era posible que el padre dañase al hijo considerablemente en sus bienes, fué establecido, aunque tarde, un remedio eficaz para indemnizar al dueño del peculio adventicio de las mermas que éste hubiese sufrido á causa de la mala administracion paterna. Justiniano, despues de establecer que en principio los hijos no tienen ninguna seguridad contra los padres en el manejo de sus bienes, añade: «Salvo que se aprovechen de la hipoteca que hemos precedentemente acordado, para la conservacion de los bienes provenientes de la sucesion materna, ó que formen parte de las donaciones que la madre hubiera podido hacerles (4)».

(1) Gaius, 4, §§ 69 y 73.—*Dig.*, lib. 15, tit. 1, l. 5, § 3.—Tito Livio, lib. 2, núm. 41.

(2) *Cod.*, lib. 4, tit. 26, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 6, tit. 41, l. 8, § 4.

(4) *Cod.*, lib. 6, tit. 61, l. 5.

Una hipoteca tácita fué, pues, otorgada por el emperador á los hijos propietarios del peculio adventicio, y de ella se trata con motivo de las segundas nupcias, estableciéndose que si el padre las contrae, desde el instante existe una hipoteca legal en favor de los hijos del primer lecho. El remedio, en consecuencia, contra los abusos de la administracion paterna, estaba sometido á especiales circunstancias, y sólo lo era respecto de los bienes que procedían de la madre (1). Durante la vida del padre, el hijo no podía vender ni hipotecar los bienes adventicios; pero una Constitucion imperial reconoció el derecho de suceder en ellos, ó sea, en la nuda propiedad, pues el usufructo debía siempre ser reservado al padre (2), y otra dió el mismo derecho á los hermanos y hermanas, caso de que el hijo muriese sin herederos directos.

Son los peculios castrense y cuasi-castrense el verdadero tipo de la propiedad del hijo, sobre todo en la última época del derecho Romano. Sobre ellos tiene el hijo un completo dominio que lo asimila al *paterfamilias*; es propietario y administrador, no necesita para nada del consentimiento paterno (3), y, como *sui juris*, con capacidad plena y entera para contratar, no puede ser coartado en sus actos ni por las prohibiciones del Senado consulto Macedoniano (4), de cuya aplicacion no estaban exentas ni las funciones públicas, ni aún la misma dignidad consular. Por la misma razon, el hijo puede celebrar contratos con su padre sobre los bienes que pertenecen á estos peculios, ser su acreedor y aún entablar contra él un proceso, si bien recabando previamente la autorizacion del magistrado (5). Una sola excepcion se oponía antes de Justiniano y ya vigente el derecho imperial, á la libre y absoluta independencia del pecu-

[1] *Cod.*, lib. 5, tít. 9, l. 6.

[2] *Cod.*, lib. 6, tít. 61. 11. 3 y 4.

[3] *Dig.*, lib. 49, tít. 16, l. 4, § 1.

[4] *Dig.*, lib. 14, tít. 6, 11. 1 y 2, § 3.—*Cod.*, lib. 4, tít. 28, l. 7, § 1.

[5] *Dig.*, lib. 18, tít. 1, l. 2.—*Dig.*, lib. 5, tít. 1, l. 4.—*Dig.*, lib. 2, tít. 4, l. 8.

lio castrense y cuasi castrense, los cuales, en caso de intestado del hijo, caían irremisiblemente en poder del padre, *jure peculio et non hereditatis* (1). Pero este emperador suprimió el último vestigio del antiguo poder quirritario sobre los hijos, estableciendo que á falta de testamento, el peculio castrense sería atribuido: 1º á los hijos; 2º á los hermanos y hermanas; y 3º al padre, quien de esta manera quedaba convertido en mero heredero posible del hijo (2).

3. Nos resta investigar cómo se adquiría la patria potestad y por quiénes podía ser ejercida. Tres orígenes se señalan á la autoridad doméstica, segun el Derecho romano: las justas nupcias (3), la legitimacion (4) y la adopcion (5). El concubinato, pues, no hacía nacer la patria potestad. Algunos autores muestran un cuarto origen de este poder: la ingratitud del hijo emancipado, que recaía bajo la autoridad paterna, de la cual se consideraba que había salido inmerecidamente; *leges emancipatione rescissa damno libertatis inmerita multari voluerunt* (6). El poder doméstico estaba vinculado en el jefe de la familia, quien lo ejercía hasta su muerte sobre los hijos y sobre los descendientes de estos, sin que el matrimonio de los primeros produjera la emancipacion (7); pero los hijos de las hijas estaban sometidos, ó al padre si era *sui juris*, ó al abuelo paterno, pues el materno era sólo *cognado* de aquellos (8).

Cargo eminentemente unido al poder quirritario, la magistratura doméstica jamás podía ser desempeñada por la madre, áun cuando fuese *sui juris*, limitándose su papel en el hogar á influir con su cariño y ternura en la educacion de los

(1) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 2.

(2) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 17.—Vinnius, *Inst.*, *quibus non est permisum*, núm. 4.—Van-Wetter, *Droit Rom.*, tom. 2, §§ 591 y 592.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9.—Ortolan, tom. 1, *ad id.*—Van-Wetter, tom. 2, § 584, sect. 1.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 10, § 13.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11.

(6) *Cod.*, lib. 8, tit. 50.

(7) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9, § 3.

(8) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 9, § 3, *in fine*.

hijos (1). Sometida al poder de la *manus* durante la vida de su marido, era provista, despues de la muerte de éste, de un tutor testamentario ó legítimo. El hijo no debía ni aún impetrar el consentimiento de la madre para contraer matrimonio, y no fué sino obra muy lenta del tiempo, consumada al fin y perfeccionada por el progreso de las ideas cristianas, la participacion clara y directa del afecto maternal en la direccion de los hijos y en el gobierno de los intereses domésticos (2). ¿Qué importa que la historia nos revele la grande significacion de los oficios y actos más comunes de la matrona romana, su influencia hasta en el cambio y giro de los negocios públicos desde los primeros tiempos de la ciudad, y la casi religiosa veneracion de que era objeto aún por parte de los guerreros más esforzados (3), si tan considerable papel, reducido meramente á las costumbres, era contrastado por la perpetuidad de la tutela á que vivía sometida, y por la unidad rigurosa y severísima de la patria potestad en favor del padre (4)? Veámos, con todo, por qué serie de reformas, aunque tímidas y no muy definidas al principio, vino preparándose la gran revolucion legal que hizo intervenir á la madre en la guarda de los hijos y le devolvió sobre ellos la autoridad que incontestablemente le pertenece por la naturaleza. Un día Antonino Pío tuvo que fallar sobre un interdicto *de liberis exhibendis*, á causa de que un padre reclamaba de su mujer al hijo que ella retenía, y decidió en favor de la madre, por equidad y excepcion, segun dice Ulpiano que nos ha conservado este rescripto, tambien repetido por Marco Aurelio y Alejandro Severo (5). Otra constitucion de los mismos emperadores daba á la madre el derecho de intervenir en concurrencia con los agnados en la eleccion de un marido para la hija (6). Ciceron en-

[1] *Dig.*, lib. 50, tit. 16, l. 195, § 5.

[2] Tito-Livio, lib. 39, núms. 10 y 11.

[3] Tito-Livio, lib. 1, núms. 50 y 60.—Ortolan, *Hist. de la leg. romain.*, núms. 17 y 25.

[4] Caius I, 190.—Tito-Livio, lib. 39, núm. 9.

[5] *Dig.*, lib. 43, tit. 30, l. 3.

[6] *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 1.

contraba lo más natural y debido que la madre velara durante la infancia de los hijos contra la improbidad de los magistrados (1), y el Pretor, si bien hablando del matrimonio del derecho de gentes, el cual era accesible á todos los hombres, imponía á los hijos el respeto hácia ambos padres y les rehusaba el derecho de querellarse contra ellos por injuria, á no ser que ésta fuese atroz (2). Cuando, más tarde haya cesado por una ley de Caracalla la diferencia entre ciudadanos romanos y los demás súbditos del imperio, esa declaración pretoriana será considerada como el origen del derecho concedido á los padres de castigar y corregir á los hijos. Una constitucion de Alejandro Severo ordenaba al magistrado nombrar á la madre guardiana de sus hijos menores, á no ser que hubiera contraído segundas nupcias ó se resistieran á tal nombramiento los parientes inmediatos ó el tutor del hijo (3). Segun el senado-consulto Tertuliano, cuando el padre moría, la madre debía hacer nombrar tutor á los hijos, so pena de perder los derechos sucesorales que le estaban acordados á falta de otros herederos (4). Antiguamente, la madre no podía nombrar tutor testamentario al hijo: una ingeniosa reforma hizo que tal cosa fuese posible, mediante la institucion de heredero y la aprobacion del magistrado, si bien la tutela sólo se refería á la guarda de los bienes de procedencia materna (5).

4 Hasta este mediano grado habían alcanzado apenas los esfuerzos del Derecho pagano en favor del tierno sér, cuyo cariño é inagotables sacrificios en bien de los hijos no fueron bastante prueba en la antigüedad clásica, de sus merecimientos para ser asociada al hombre en sus derechos como jefe de la familia. Tal aislamiento é inutilidad de la mujer romana en el seno del hogar y su carencia casi abso-

(1) Cic, *in Ver.*, I, 37.

(2) *Dig.*, lib. 1, tít. 16, l. 9, § 3.

(3) *Cod.*, lib. 5, tít. 49, l. 1.

(4) *Cod.*, lib. 6, tít. 46, ll. 2 y 3.

(5) *Cod.*, lib. 5, tít. 23, l. 4.

luta de derechos sobre los hijos, que á la muerte del padre, caían, si eran menores, bajo el poder quizá de un extraño, no dejaron de ser causas que deben explicarnos en mucha parte el afán con que ella, como si tratara de vengarse del desconocimiento de los fueros naturales en su persona, se lanzó á buscar el alimento para su actividad y el goce negado á sus sentimientos de madre, en el lujo y en los vanos placeres, en conjuraciones impúdicas, en indecentes divorcios y en escandalosos adulterios (1).

Se necesitaba, pues, urgentemente que una nueva legislación viniera á levantar la dignidad de la madre ultrajada, concediéndole en cambio de su acendrado amor por los hijos el grado de autoridad necesario para suplir en el hogar con su fe y desinterés la parte de dedicación de que privaban al padre las atenciones de la vida pública. Para tan magno resultado, había no sólo que desarrollar los débiles gérmenes depositados aquí y allá por la civilización antigua, sino crear nuevos y desarraigar todos los elementos secularmente opuestos á la natural igualdad de los dos sexos en el matrimonio, sin perjuicio de trazar con toda claridad los verdaderos límites de la subordinación doméstica. Tal fué la obra grandiosa del Cristianismo, de sus sublimes doctrinas y de sus maravillosos ejemplos, que, haciéndose sentir desde Constantino hasta Justiniano, dieron al mundo las *Pulcherias* y las *Eudoxias*, las *Placidias* y las *Vigilancias*, poseedoras unas hasta de los talentos del gobierno, adornadas todas con las virtudes de la mujer cristiana (2), y asociaron en un mismo amor y respeto, en iguales derechos y obligaciones, á los dos seres de quienes procede la familia, cuyos sacrificios pesan aún más sobre la débil madre, autora siempre de la primera educación del hijo y víctima

(1) Plinio, *Hist. nat.*, 14, núm. 14.—Valer. Max., lib. 6, cap. 3, núm. 8.—Tito-Livio, lib. 1 núm. 57.—Heinec., *ad leg. Pappian.*, lib. 1, cap. 11, núm. 12.—Tacit., *Anal.*, lib. 3, núm. 34.

(2) Gibbon, tom. 6, págs. 186, 192, 212, 295.

obligada de la naturaleza (1). En el sistema de la Religión Cristiana, la mujer debe esforzarse á la par que el hombre en el servicio del Señor (2); es tan digna como el hombre (3), á quien, aunque inferior en fuerza, sobrepuja en fé y en amor (4), y la Iglesia le ofrece dignidades y aún participio muy principal en el apostolado, para que derrame la instrucción entre las multitudes (5).

Principios tan fecundos no produjeron, como lo nota un autor, inmediatamente todos sus frutos. El Cristianismo encontró en Bizancio soberanos de un celo ardentísimo por la causa de la fé y en contra de los paganos y de los herejes; pero muy rehacios para romper por completo con las antiguas tradiciones del derecho privado y hacer pasar á las leyes las nuevas ideas con todas sus consecuencias. Empeño las constituciones imperiales que en seguida vamos á recordar, si no destruyeron por completo aquella especie de exclusiva magestad del marido (6), ni borrarón la nota de imbecilidad y debilidad de espíritu con que el primitivo derecho marcaba á la mujer (7), continuaron, á no dudarlo, el progreso iniciado y prepararon para las nuevas razas que habrían de invadir el Imperio romano, la absoluta desaparición de los viejos principios (8). Theodocio *el Grande* consagró los derechos de la madre, declarando que si el padre no había designado tutor testamentario, ni había tutor legítimo, y la madre juraba no contraer segundas nupcias, la tutela del hijo le sería confiada, en razón á que nadie podría defenderle y amarle mejor que ella (9), con lo cual caía

(1) S. Pablo., *Epist. ad Corinth.*, I, 7 y 36; *ad Eph.*, VI, 21, 22 y 31; *ad Gal.*, III, 18, 19, 20 y 21.

(2) S. Pablo. *ad Rom.*, XVI, 6 y 12.—*Id. ad Galat.*, III, 28.

(3) S. Pablo. *ad Corinth.*, VII, 4 y 14.—S. Mateo, XIX, 5 y 6.—S. Gerónimo, *carta* 84.

(4) S. Mateo, IX, 22; XV, 28; XXVI, 7 á 12.

(5) 4^o Concil., *Cartag sobre la instruccion de las mujeres.*—*Novelas*, 2. cap. 1; 6, cap. 6; 123, cap. 3.—*Cod. Theod. de episcop. coment.* por Godofredo.

(6) Valer. Max., lib. 2, cap. 1, núm. 6.—Tito-Livio, lib. 34, núm. 2.

(7) Gaius., I, 144.—Ulp., xI, 1.

(8) Digard, *de la puissane paternelle*.

(9) *Cod. Theod.* I, 4, *de tut. et curat. creandis*.

para siempre el antiguo principio de que la tutela era sólo un oficio viril, *virile munus*. Los emperadores Honorio y Theodosio establecieron que sería necesario el consentimiento de la madre para el matrimonio de la hija menor de veinticinco años, siempre que fuera tal acto rehusado por el padre (1). Justiniano se preocupó de la suerte de los hijos en caso de divorcio, ordenando que ellos quedasen en poder del cónyuge inocente, aún cuando fuese la madre, con tal de que ésta no contrajese segundo matrimonio (2).

Hé ahí las principales reformas implantadas por los emperadores cristianos en orden á la patria potestad y en favor de la mujer. Si comparadas con el moderno derecho parecen tímidas y poco decididas, no hay que culpar de esto á la Iglesia, porque ni la legislación del Bajo-Imperio es en su totalidad una legislación francamente cristiana, ni era posible, sin grandes trastornos en el orden social, derribar por entero la secular jurisprudencia romana, en la cual persistían vinculados grandes intereses y no poco respetables tradiciones. Pero en esas reformas que esencialmente contienen ya el principio cardinal de la igualdad de la madre y del padre en los derechos y obligaciones del matrimonio, el observador atento é imparcial no podrá menos de ver la fecunda premisa cuyas consecuencias tendrán que ser el triunfo del derecho natural, tan desconocido á través de los siglos precedentes, la solicitud de los débiles, la protección de los humildes y el seguro cumplimiento de los deberes hácia los hijos, por la garantía del verdadero é inagotable amor de la madre hácia ellos.

5. *Legislación española*.—El más antiguo de los Códigos de nuestra madre Patria, el Fuero Juzgo, contiene muy escasas disposiciones acerca de la patria potestad, la cual, en opinion comun de los intérpretes, pertenecía, muerto el padre, á la madre, hasta que los hijos hubieran cumplido

(1) *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 20.

(2) *Nov.* 89, 4.

quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. Si tal hermano no existía, ó no tenía el requisito expresado, la tutela era encomendada al tío ó á su hijo, debiendo el juez otorgarla, si estos parientes no pudieran ejercerla, á cualquier otro que él designase. Ni el padre, ni la madre, ni los otros parientes en su caso, podían vender ni gastar los bienes del menor, de los cuales les pertenecía solamente la décima parte de los frutos, á cuyo efecto debía formarse previo inventario ante testigos, y estaban obligados á restitucion, en caso de pérdida por negligencia (1). La legislacion, pues, de la raza conquistadora de España y verdadera fundadora de su nacionalidad, reformó radicalmente el derecho romano en un punto tan importante como era la intervencion de la madre en el ejercicio de la patria potestad, lo cual no es de extrañar si se atiende á que en todos los pueblos de raza germánica eran muy estimadas las mujeres, practicándose la monogamia, de donde tuvo origen, al decir de un renombrado jurisconsulto español, el culto de la mujer europea, desarrollado por el Cristianismo y extremado entre nuestros padres, los españoles, por las costumbres de los árabes (2).

Las leyes de Partida operaron una verdadera reaccion en esta materia, copiando las leyes romanas, si no en el estado que guardaban bajo la República y los primeros tiempos del Imperio, si con las reformas hechas por los emperadores cristianos hasta Justiniano (3), por lo cual, aunque el poder doméstico ha dejado de ser la austera representacion de los crueles derechos concedidos al *paterfamilias*, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bie-

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tít. 2 y 3, l. 13.—Marina, *Ensayo*, num. 201, nota 3.—F. Elías *Der. civ. esp.*, lec. XVI.—J. Francisco Pacheco, *Introduc. de la ley Wisigoda*.—Gutiérrez Fernández, *Cod. esp.*, lib. 1, cap. 4.

(2) Pedro José Pidal. *Lecciones sobre la hist. del gobierno y leg. de España*, 13.^a

(3) Part. 4.^a, tit. XVII, l. 8.

nes, para convertirse en *ligamiento de reverencia, e de subiección e de castigamiento* (1), vuelve otra vez á extenderse aun á los más remotos descendientes con tal de que sean legítimos, sin consideración alguna á la independencia que da el matrimonio (2), y á pertenecer exclusivamente al padre, con absoluto alejamiento hasta de los parientes por la madre (3). «El castigamiento, dice una ley del Código que examinamos, debe ser con mesura y con piedad (4)» y otra expresa que el padre tiene derecho de demandar en juicio y tornar á su poder al hijo que anduviese por su voluntad *vagando por la tierra, non queriendo obedecerle* (5). La patria potestad se adquiere por matrimonio legítimo ó legitimación y por adopción (6), perdiéndose por muerte natural, por destierro perpetuo, por dignidad del hijo, por emancipación, por castigos crueles impuestos al hijo por el padre, por prostitución de las hijas, por posesión de lo que le fué entregado bajo condición de emancipar al hijo, y finalmente por mala versación de los caudales pertenecientes á éste (7). Una de las leyes de Toro declaraba que acabaría también la patria potestad para el hijo ó hija que fuese casado y velado (8).

En cuanto á los bienes, el antiguo derecho español siguió fielmente al Romano tanto en la clasificación y definición de los peculios como en los derechos y obligaciones respectivos del padre y del hijo, con excepción del usufructo del peculio adventicio, que el padre conservaba solamente hasta que el hijo se casaba y *velaba*, y cuya mitad continuaba perteneciéndole aun despues de ser eman-

(1) *Part.* 4.^a, tit. XVII, l. 3.

(2) *Part.* 4.^a, tit. XVII, l. 1.

(3) *Part.* 4.^a, tit. XVII, l. 2.—P. Gómez de la Serna, *Introd. hist.* 4.^a *Part.*

(4) *Part.* 4.^a, tit. XVII, l. 18 y 7.^a, tit. VIII, l. 9.

(5) *Part.* 4.^a, tit. XVII, l. 10.

(6) *Part.* 4.^a, tit. XVII, ll. 2 y 4.—Id. tit. 15, l. 4.—Id. tit. 18, l. 19.—Id. tit. 16, l. 1.

(7) *Part.* 4.^a, tit. 18, l. 1.^a á 4.^a.—Id. Id. l. 17 á 25.

(8) *Recop.* lib. 5, tit. 1, l. 8.—L. 47 de Toro.

cipado, salvo por supuesto el caso de remision, cuando tal cambio habia sido efecto de la libre voluntad del padre, pues se entendía «por galardón, porque lo sacó de su poder (1).»

6. Necesitase, pues, voiver á los remotos orígenes de las razas apellidadas bárbaras por la civilización romana, para encontrar los lineamientos de nuestro moderno derecho, que es absolutamente diverso del que acabamos de exponer. Hemos visto como entre la legislación antigua española se destaca el Fuero Juzgo, concediendo á la madre el derecho de patria potestad en defecto del padre. En el mismo sentido se manifiestan el Fuero Real (2), el Fuero Viejo y los de Cuenca y Plasencia (3). Entre los Galos y no obstante que mucha semejanza hubiera entre el poder doméstico romano y el de este pueblo, según observaciones de Cesar y Gaio (4), si bien es cierto que la autoridad del hogar con su cortejo de crueles derechos estaba concentrada en la mano del padre, los hijos vivían hasta la pubertad bajo la dirección de la madre, y los cuidados y vigilancia de su solícito amor formaban uno de los elementos más preciosos de la vida de familia, no estando en esta raza la mujer degradada hasta el vil rango de esclava (5). El poder doméstico no pertenecía, como en Roma, al *abuelo* sino al *padre*, porque el matrimonio operaba la emancipación *ipso facto* (6), y se basaba sobre el espíritu de protección á los débiles, lo cual, al decir de un autor, constituye el carácter de todos los Códigos germánicos (7). En este sentido y por notables diferencias con la ley romana, bien pudo escribir Loysel que en el derecho no escrito, ó consuetudinario de la antigua Francia «no existía la patria potestad (8)» y Po-

(1) *Part.* 4^a, tít. XVII, l. 1, l. 5, 6 y 7 y tít. XVIII, l. 15.—L. 48 de las de Toro.

(2) Fuero Real, lib. 3, tít. VII, ll. 2 y 3.

(3) Fuero Viejo, lib. 3, tít. 4, l. 1.—Fuero de Cuenca, l. 4, cap. 10.

(4) Cesar, *Comm.* VI, 19.—Gaio, I, § 55.

(5) Lacarrière, *Hist. du droit franc.* tom. 2, pag. 74.

(6) D' Argentré, *sur la Coutume de Bretagne*, art. 493.—Pardeus, *Loi Salique* dissert. 3.

(7) Laboulaye, *sur condit. civ. et politique des femmes*, lib. 2, pags. 197 et suiv.

(8) Loysel, *Inst. coutumieres*, lib. 1, tít. 1, núm. 37.

thier enseña que el poder paterno no consistía según el derecho originario de los Galos, sino en la autoridad de los *padres* de gobernar la persona y los bienes de sus hijos hasta la edad en que ellos pudieran obrar por sí mismos y en el deber de estos de cumplir hacia aquellos ciertas obligaciones de sumisión y reconocimiento (1). He ahí, con toda claridad, los verdaderos germenés del Derecho moderno en la materia que estudiamos, pues en vez de aquel austero poder establecido sólo en beneficio del *pater familias*, poder exclusivo de él y duradero por toda la vida del hijo, solo vemos el deber de protección compartido con la madre y cuyo objeto no es otro, que el respeto de los derechos del ser á quien hemos engendrado, de su individualidad, antes absorbida en la pesada y ambiciosa personalidad del padre. Expresión de ese cambio en la familia, en sus condiciones y tendencias son los decretos de la Revolución francesa de 28 de Agosto de 1792 y de 20 de Septiembre del mismo año, que abolieron el poder paterno sobre los mayores de edad y fijaron para estos la época de los veintiún años.

DERECHO MODERNO.

¿A QUIÉNES PERTENECE LA PATRIA POTESTAD? ¿SOBRE QUIÉNES SE EJERCE Y CUÁLES SON SUS EFECTOS PERSONALES?

7. El consejero de Estado, Real, en la exposición de motivos del título IX lib. 1º del Código de Napoleon, definía la patria potestad: «Un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley que da al *padre* y á la *madre* durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos.» Son los arts. 371 á 373 de dicho Código los que autorizan á establecer que conforme á él la patria po-

(1) Potiehr, *Œuvres*, tom. 9, de la *puissance paternelle*, núm. 130.

testad pertenece exclusivamente al padre y en su defecto á la madre. Así, pues, los otros ascendientes no son acreedores ni al honor y respeto de los hijos, como lo son á los alimentos, al derecho de consentir ó no en su matrimonio, etc., etc.

Esto resulta, en estricta interpretacion, de los preceptos indicados, de los cuales ninguno menciona para nada á los abuelos ni siquiera al referirse en términos generales á ese honor y respeto, sin duda debidos tambien á los ancianos, que á nuestra vista son respetados y honrados por aquellos mismos de quienes hemos recibido el ser. Tamaña aberracion que acusa un lamentable olvido en los legisladores, no ha sido consentida por la jurisprudencia ni por la doctrina, que se han visto precisadas á dividir la patria potestad en dos especies, de las cuales la una es comun á los padres con los demás ascendientes, correspondiendo la otra sólo á los primeros. Aquella es la patria potestad tomada en su más lato sentido y comprende todo ese conjunto de derechos y obligaciones entre *ascendientes y descendientes*, que en muchos casos solo termina por la muerte. La segunda que es llamada tambien por los expositores patria potestad; pero reducida á sus límites positivos y expresos, sólo consiste en los derechos y deberes que terminantemente prefiija el Código civil en el título que estamos examinando (1). Conforme á esta clasificación no pocos tribunales franceses han decidido que el abuelo tiene derecho de visitar á sus nietos, á pesar del disenso del padre, y de vigilar la conducta de éste hácia aquellos en orden á educacion y buenos ejemplos, según las circunstancias, y que, en caso de ausencia del padre, los hijos deben vivir al lado de los ascendientes y no en otra parte (2).

(1) Demolombe, tom. 6 núm. 270. — Demante, tom. 2, núm. 113 bis. — Mourlon, tom. 1, núm. 1024. — Acollas, tom. 1, pág. 37. — *Contra*: Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 961. — Marcadé, tom. 2, núm. 131. — Duranton, tom. 2, núm. 351. — Massé et Vergé *sur Zachariae* tom. 1, § 185. — Arntz, tom. 1, núm. 652. — Laurent, tom. 4, núm. 267.

(2) Arrêts: Cass. 8 juill. 1857; Bordeaux, 16 juill. 1857 (Sirey, 1867, I, 721); Nancy, 28 mai 1853 (Id. 1853, II, 302); Cass. 26 juill. 1870 (Id. 1871, I, 28). — *Contra*: Trib. Seine, 7 mars. 1877 (Id. 1877, II, 218); Paris, 21 avr. 1853 (Id. 1853, II, 297); Bordeaux, 13 juin. 1860 (Id. 1861, II, 75); Bordeaux, 16 juill. 1867 (*loc. cit.*).

Nuestra legislación nacional se ha inspirado en más amplias ideas en orden al personal de la familia del hijo sujeto á patria potestad. Los Códigos de Veracruz y Estado de México, si bien es cierto que en sus arts. 341 y 292 respectivamente, parecen por sus términos limitarse á los *padres* en cuanto al deber por parte del hijo de honra y respeto, expresan que la patria potestad corresponde, á falta del padre y de la madre, al abuelo paterno y en defecto de éste al materno (arts. 343 del primero y 294 del segundo), con lo cual queda como aislado el primer precepto, ó cuando menos sujeto á graves equivocaciones, acerca de si el deber que impone se extiende también á dichos ascendientes. No han procedido así nuestros legisladores del Distrito Federal y del Estado de Tlaxcala, cuyos códigos proclaman francamente y sin la menor reticencia que los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar á sus padres y *demás ascendientes*, declarando después que la patria potestad se ejerce, á falta de padres, en el siguiente orden sucesivo: 1.º por el abuelo paterno; 2.º por el materno; 3.º por la abuela paterna y 4.º por la materna (arts. 389 y 392 del Código del Distrito Federal de 1870; 363 y 366 del actual y 273 y 276 del de Tlaxcala). La Comisión, autora del primero de esos Códigos, después de encomiar la necesaria reforma de haber introducido á la mujer en el ejercicio de la patria potestad, explica el participio concedido en ella también á los abuelos, diciendo que, aunque pueda objetárseles la edad, se les concede facultad de renunciar, lo cual basta para que, si no se consideran capaces de ejercer aquel derecho, lo renuncien en bien de sus descendientes, y que respecto de las abuelas, militan en su favor las mismas razones que en el de la madre, pues el pensamiento dominante de la comisión en esta materia lo mismo que en la de sucesiones ha sido no introducir en los negocios domésticos á personas extrañas, sino cuando absolutamente no

pueda evitarse, y que, como en ambas debe intervenir el Ministerio público, cree que tienen los menores las suficientes garantías.

8. Esto supuesto debemos examinar en qué casos entra á ejercer la patria potestad cada una de las personas designadas. Hay sobre este punto en el Código francés vacíos que han sido perfectamente llenados en nuestra legislación. Los arts. 372 y 373 de ese Código establecen que el hijo permanece bajo la autoridad de *ambos padres* hasta que llega á la mayor edad ó es emancipado; pero que *durante* el matrimonio, aquella solo es ejercida por el padre. De tan severo laconismo han nacido las siguientes cuestiones: ¿es la madre absolutamente extraña á la patria potestad en vida del marido? ¿ejerce ella tal autoridad en lugar del padre, aun durante el matrimonio, cuando se halla ausente ó se vuelve incapacitado? En cuanto á la primera, pudiera decirse que, no siendo el Código civil un tratado de moral, los legisladores han considerado innecesario y aun impropio preceptuar en términos positivos lo que respecto de los derechos y de los deberes de la madre en el matrimonio enseñan con sobrada claridad la naturaleza física y sus necesidades, no menos que los sentimientos que embellecen la vida en el hogar doméstico. Por esto los intérpretes del Código francés afirman generalmente que, al decirse que solo el padre tiene la autoridad doméstica durante el matrimonio, esto no significa que la madre sea extraña á la educacion y demás cuidados del hijo, pues la ley humana de seguro es incapaz de alejarla de un deber impuesto por Dios mismo, si bien tal intervención es meramente moral (1). Pero entendido así el precepto legal ¿qué decidir en orden á ciertas estipulaciones por las cuales convienen los esposos en que la educación religiosa, por ejemplo, de los hijos será encomendada al padre, mientras que la de las hijas lo será á la madre, que no profesa la

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 294.—Laurent, tom. 4, núm. 261.

misma religión que aquel? Rodiere y Pont sostienen la validez de tales pactos (1) en contra del comun sentir de los intérpretes y de la jurisprudencia que, fundándose en el carácter de orden público de la autoridad paterna, deciden que ella no puede ser modificada por las convenciones particulares de los cónyuges, y que aun sería imposible en la práctica tal dualidad de educaciones, porque la necesidad de las cosas exige la mayor unidad en la dirección de la infancia (2).

Nuestra legislación nacional ha prevenido con sin igual previsión todas estas dudas, y algunas otras, estableciendo que solo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad la persona que le siga en el orden establecido por la ley, lo cual se observará también en el caso de renuncia de que hablaremos más adelante. En este sentido son uniformes los Códigos de Tlaxcala (art. 277), del Distrito Federal de 1870 (art. 393), y del que comentamos (art. 367), siendo de lamentar alguna falta de claridad en los de Estado de México (art. 294) y de Veracruz, (art. 343), por la vaguedad de los términos que emplean y que mucho se prestan á equívocas interpretaciones. Ninguna duda, pues, en nuestro derecho, como en el Francés, sobre si á semejanza de lo que sucedía en la legislación anterior al Código de Napoleón, podía la madre, aún durante el matrimonio ejercer la patria potestad cuando el marido no lo pudiese por causa de demencia ó de ausencia (3). Puede en consecuencia afirmarse que según nuestro derecho ninguna de las personas designadas para el ejercicio de las importantes funciones de jefe de la familia, concurre con otra, porque claramente se vé que el espíritu de nuestros legisladores ha sido que domine en la responsabilidad de los derechos y obligacio-

(1) Rodiere et Pont, *Traité du contrat du mariage*, tom. 1, núms. 55 á 57.

(2) Marcadé *sur l'art.* 1385.—Aubry et Rau *sur Zachariae*, tom. 4, págs. 223 y 604.—Massé et Vergé *sur Zachariae*, tom. 1, pág. 364.—Troplong, *Du contrat de mariage*, tom. 1, núm. 61.—Duranton, tom. 2, núm. 351.—Demolombe, tom. 6, núm. 295.—Laurent, tom. 4, núm. 261.

(3) Pothier, *Traité des personnes* núm. 134.—Laurent, tom. 4, núm. 262.

nes del poder paterno la más absoluta y perfecta unidad. Es lo mismo que en otra parte de esta obra hemos hecho notar aún respecto del consentimiento ó disenso de los ascendientes para el matrimonio de los hijos menores de edad (1), en lo cual no poco se diferencia nuestra legislación de la Francesa que exige para este caso el consentimiento de ambos padres.

9. Pero si por causa de muerte de una de las personas facultadas por la ley para el desempeño de la patria potestad, ninguna duda puede surgir, no sucede lo mismo tratándose de la interdicción ó ausencia, porque la primera tiene carátres que el legislador ha cuidado de precisar y la segunda recorre grados desde la simple presuncion hasta su declaracion definitiva. De aquí resultan graves dudas que debemos desvanecer. Es la primera: ¿cómo habrá de entenderse la interdiccion á que se refieren nuestros Códigos; será la interdiccion declarada judicialmente ó tambien aquella cuya causa sea patente y notoria, aunque falta de tal requisito? No puede negarse que si son nulos cualesquiera actos de administracion ejecutados y todos los contratos celebrados por los incapaces aun antes del nombramiento de tutor, cuando la incapacidad es manifiesta é indudable, igual principio debe regir tratándose de la patria potestad, la cual comprende no solo los actos relativos á la administracion de los bienes del hijo de familia, sino tambien su educacion moral é intelectual que es la base de su porvenir en la vida. ¿Por qué en efecto establecer mayores precauciones y garantías en orden á los actos y contratos del incapaz con extraños, que respecto al hijo desamparado en su inesperienza y no ménos digno ante la justicia de la ley, de la inviolabilidad de sus derechos? Ha sido necesario, con todo, sacrificar algun tanto el rigor de los principios por lo que hace á la patria potestad y al caso de incapacidad del que la ejerce, á causa de pertenecer á lo íntimo del hogar, por lo

(1) Véase tomo 2º de esta obra núms 48 y 56.

cual los deberes en que ella consiste en favor de los hijos están suficientemente garantidos por el natural amor de los padres hacia ellos, siendo por otra parte muy peligroso suspender siquiera el ejercicio de obligaciones y derechos tan graves como los que corresponden al jefe de la familia en virtud solo de presunciones de incapacidad, por muy vehementes y claras que se las suponga. Así es que no vacilamos en afirmar que la interdicción á que se refiere el art. 367 del Código que comentamos, ha de ser declarada judicialmente, y que la misma interpretacion rige tanto respecto de la ausencia que igualmente debe ser declarada en forma, como en el caso de sentencia condenatoria que imponga, como pena, la privación de la patria potestad al que la ejerce, pues ésta tambien tiene que ser definitiva, para que surta el efecto de llamar á otro ascendiente al desempeño de aquella (art. 391). En este sentido se manifiestan tambien conformes el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 418), el de Tlaxcala (art. 297), el de Estado de México (art. 316) y el de Veracruz (art. 365).

10. Con motivo del mismo caso de interdicción del que ejerce la patria potestad, ocurre tambien la siguiente é importante controversia: ¿la declaracion de incapacidad puede ser parcial de tal manera que prohibiendo algunos actos de administracion, deje subsistentes otros y entre ellos el más grave de los que comprende la patria potestad, es á saber, la educacion de los hijos? Esta cuestion se enlaza con la que los médicos alienistas debaten sobre la realidad ó falsedad de la locura parcial, ó lo que es lo mismo, sobre la unidad ó diversidad de las facultades de nuestro espíritu. En otra parte de esta obra y con motivo del impedimento de locura para contraer matrimonio hemos expuesto los fundamentos de una y otra opinion, habiéndonos decidido por la que proclama que el pensamiento del hombre lo mismo que sus facultades morales ó afectivas proceden de una unidad perfecta y forman una síntesis absoluta, imposible de

descomponer en partes, como si se quisiera hacer con el espíritu del sér humano lo que se verifica con su cuerpo sobre la plancha del anfiteatro (1). Lo que allí hemos dicho nos sirve para resolver negativamente la cuestion jurídica propuesta, á lo menos en conformidad con el actual Código del Distrito Federal. Es ésta una de las principales reformas que fueron hechas en 1884 á la legislacion civil vigente hasta esa fecha, cabiendo al Sr. Lic. D. José Linares, cuya muerte llora aún el Foro Mexicano, la indisputable honra de haber propuesto en el seno de la Comision, que siempre se considerase la interdiccion por causa de enagenacion mental como total, pues en concepto de los Médico-legistas más eminentes son solidarias todas las funciones psiquicas, por lo que no pueden admitirse las alteraciones aisladas de la voluntad, como monomanías, delirios &, &. (2). Mas todo lo contrario hay que decir, si atendemos no solo al Código del Distrito Federal de 1870 (arts. 466 y 467), sino tambien al de Tlaxcala (art. 333), al del Estado de México (arts. 488 y 489) y al de Veracruz (arts. 539 y 540), todos los cuales reconocen al Juez la facultad de declarar segun las circunstancias, si la incapacidad intelectual es absoluta ó parcial, prohibiendo al paciente en este segundo caso solo ciertos actos, como litigar, tomar prestado etc., etc. Conforme á estos principios fué decidido en 29 de Mayo de 1877 por la 1ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, un célebre litigio en el cual una distinguida Señora solicitaba la interdiccion de su esposo; en la sentencia es digno de mencionarse, como expresion de los preceptos, hoy derogados, segun antes dijimos, por el Código civil vigente, el considerando que sigue: «que todos los autores distinguen la locura ó demencia de la monomanía ó delirio parcial, porque aunque la razon del hombre es un todo armónico, segun al-

(1) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 209 y siguientes.

(2) Miguel S. Macedo. *Datos para el estudio del nuevo Código civil*, arts. 466 y 467 anteriores.

gunos escritores explican, y la armonía no se perturba en parte solamente, sino que deja de existir desde que es perturbada, es un hecho físico y patente que las funciones del cerebro pueden pervertirse unas, permaneciendo sanas las otras, á lo menos temporalmente y acaso por muy largo tiempo." No obstante que los anteriores conceptos serían la mejor demostración de la justa reforma implantada en nuestro Código, aquel Tribunal falló que el incapacitado quedaba expedito para dirigir la educación de sus hijos y cuidar de su moralidad, pues solo se le declaraba inhabil para ejercer por sí solo todos aquellos actos que directa ó indirectamente importaran enagenación ó gravámen de bienes (1).

11. La misma cuestión sobre sucesión en la patria potestad cuando ha fallecido el padre ó cualquiera de los ascendientes á quienes la ley llama para su ejercicio; pero quedando vivo alguno de los mismos en el orden por ella establecido, da lugar á la siguiente, que consideramos de la mayor importancia. Nuestros Códigos, á diferencia del Francés, además de conceder la patria potestad á la madre, muerto el padre, no la encargan de la tutela legítima del hijo menor de edad ó incapacitado, en el caso de que aquel no haya designado tutor en el testamento. Así se deduce de los arts. 390 del Código de Napoleón, 552 del del Distrito Federal de 1870, 452 del actual, 349 del de Tlaxcala, 501 del de Estado de México y 551 del de Veracruz, de los cuales nos ocuparemos extensamente al comentar el título sobre *tutela*, bastándonos por hoy indicarlos, para solo poder afirmar que según ellos no pueden coexistir en una misma persona, ya sea la madre viuda, ya el abuelo, las dos autoridades protectoras del hijo menor ó incapacitado, la patria potestad y la tutela, siendo esto imposible, aun en el caso en que por no ejercer aquella los ascendientes designados por la ley, ó á virtud de nombramiento de tutor testamentario, se llama á otras personas para desempeñarla; sin que los hijos queden, sujetos por un lado á la patria potestad y

(1) "El Foro" Tom. 1, 2ª época, núm. 108.

por el otro á tutores que, aunque extraños, han sido de la confianza del padre ó madres testadores. Aunque estas disposiciones legales no pertenecen á nuestro actual comentario, hemos querido mencionarlas por la íntima conexión que con la patria potestad tienen; y á reserva de explicarlas é interpretarlas en su oportunidad, no podemos menos que considerarlas desde luego, como una grave reforma en los Códigos mencionados, pues, á no dudarlo, tanto la patria potestad como la tutela, tienen por objeto proteger al hijo en su persona y en sus bienes, y la segunda solo debe tener lugar cuando falta la primera. El texto francés en que parece respetarse la tradición, porque en el antiguo derecho ciertamente existía también la tutela legítima á cargo de los ascendientes, la verdad es que la desconoce, porque entonces la patria potestad solo pertenecía al padre, y desconoce también, desconfiando de él, el corazón humano. Ahora bien, tal desconfianza es indigna del legislador, porque injuria á los padres y agravia por sistema, los sentimientos más fundamentales de la naturaleza.

12. ¿Sobre qué hijos se ejerce la patria potestad? Hemos visto antes (núm. 5) que antiguamente la patria potestad solo existía para los hijos de legítimo matrimonio, puesto que entre los modos de adquirirla no figuraba, fuera de ese origen, sino la adopción ó legitimación, que en último análisis son la primera una imagen del matrimonio y la segunda, el matrimonio mismo. Quedaban, pues, privados de la protección de sus padres los infelices seres, hijos de la debilidad de aquellos, postergados siempre á los legítimos y por lo mismo más necesitados que éstos de la solicitud y dirección paternas. Como lo hemos hecho notar en otra parte de esta obra, al hablar de la condición de los hijos naturales, tal omisión de las leyes importaba el castigo en víctimas inocentes de los únicos y verdaderos culpables de su desgracia. El derecho moderno debía apresurarse, como lo verificó realmente, á remediar tan grave mal y hacer más llevadera su trabajosa vida á seres marcados desde su naci

miento por las desfavorables prevenciones de la ley y aun por el estigma social. No es, con todo, el Código de Napoleon, á pesar de que lo contrario era de esperarse, dadas las ideas de amplia igualdad y de filantrópico celo hacia los hijos naturales que dominaron en no pocos de los autores de ese cuerpo de leyes, el monumento que más dignamente puede presentarse como favorable á ellos, y ni aun siquiera como previsor de sus derechos. En efecto en todo el título IX del libro 1º de este Código solo se encuentra en orden á los hijos naturales el art. 383 que se ocupa apenas, no por cierto en las ventajas que la patria potestad está encargada de proporcionar á los hijos de familia, sino en los castigos y prisiones que les deben ser impuestos, cuando el padre tuviere contra ellos motivo de descontento. Ninguna prevision, pues, en favor de los infelices seres de que tratamos por lo que hace á la habitacion bajo cuyo techo hayan de vivir, ni en cuanto á lo que vale más aún, es á saber, el deber de educarlos y dirigirlos en medio de los peligros y escollos de la sociedad. Tan funesto olvido no ha podido menos que asustar á los intérpretes, obligando á unos á decidirse en favor de los derechos de la madre (1), que en concepto de otros debe ser pospuesta al padre, como si se tratara de hijos legítimos (2), y no faltando quienes ante el absoluto silencio de la ley proclaman que en caso de conflicto, la ultima palabra debe ser pronunciada por el poder discrecional de los Tribunales (3). Nuestros legisladores han sabido evitar todas estas dudas, igualando por completo á los hijos naturales con los legítimos en cuanto á la patria potestad. Así aparece de los arts. 391 del Código del Distrito Federal de 1870, 365 del actual, 294 del de Estado de México, 343 del de Veracruz y 275 del de Tlaxcala, segun todos los cuales

(1) Laurent, tom. 4º, núm. 349.—Demante, tom. 2, pág. 189, núm. 123, bis II.

(2) Valette, *sur Proudhon*, tom. 2, pág. 218, Nota A.—Demolombe, tom. 6, pág. 510.—Marcadé, tom. 2, *sur l'art.* 383, núm. 2.

(3) Dalloz «Puissance paternelle» núm. 190.—Toallier, tom. 10, núm. 1076.—Delvincourt, tom. 1, pág. 407.—Dnranton, tom. 3, núm. 360.

la patria potestad, sin distincion alguna, se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales reconocidos. Ante declaracion tan absoluta, inútil perder el tiempo en la investigacion sobre quién de los padres¹ tiene la preferencia en el ejercicio de la patria potestad, ya sea en el caso de que uno solo de ellos haya reconocido al hijo, ya cuando ambos hayan cumplido tan grave deber, pues establecida la gradacion en que los ascendientes son llamados por la ley al desempeño de aquella, sólo debe recordarse lo que en otra parte hemos dicho, es á saber, que el reconocimiento solo produce efectos legales respecto del que lo hace. En consecuencia la patria potestad en favor de los hijos naturales reconocidos nunca puede extenderse á los abuelos (1).

13. ¿La patria potestad no existirá en favor de los hijos espúrios? Si atendemos al texto literal de los preceptos legales que acabamos de citar, la respuesta negativa no consiente la menor duda, pues todos ellos terminantemente previenen que aquella proteccion, aunque tomada por la ley positiva de la natural, solo se ejerza en favor de los hijos naturales reconocidos. Ahora bien, como lo hemos expuesto en otra parte (2), el reconocimiento es una prueba de la paternidad ó maternidad, permitida sólo en favor de aquellos hijos cuyo padre ó madre era libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias, precedentes al nacimiento. Pero fuera de que allí mismo hicimos notar que, segun algunos de nuestros Códigos, no se negaba á la madre el derecho de reconocer *toda clase* de hijos no legítimos, lo cual á no dudarlo obligaría á ser muy cautos en la resolucion negativa de la cuestion propuesta á lo menos respecto á la madre, nos parece que, tratándose de hijos espúrios con quienes aún legislacion tan favorable en esta materia como la actual del Distrito Fede-

(1) Véase tomo 4º de esta obra núm. 206.

(2) Véase el tomo 4º de esta obra, núm. 183.

ral, sin dejar de mostrarse desdeñosa hacia ellos, siquiera sea por la especial terminología que emplea para no confundirlos con los hijos naturales, en realidad equipara á unos y á otros en más de un concepto jurídico, fuerza es prescindir de las palabras para entrar franca y lealmente en el fondo de las cosas, no asustados por las consecuencias, si están invívitos en los principios ni subyugados por la tradición, que ya ha cedido su lugar en no pocos puntos al moderno derecho. Llámese *reconocimiento* ó *designación* el medio de prueba autorizado por la ley para la filiación espúria, la verdad es que los hijos á que nos referimos, pueden lograr, observadas ciertas precauciones, la demostración más perfecta de la paternidad ó maternidad naturales. Y como con no revelarse en el acta del nacimiento ni en el testamento, que son los dos únicos medios permitidos por el Código actual del Distrito Federal para la designación de los hijos espúrios, el nombre del padre casado en el caso de adulterio, y sí sólo el de uno de ellos en el de incesto, se consigue que el sér de cuya filiación se trate, aparezca ni más ni menos que como hijo natural, se sigue por necesaria consecuencia que el reconocimiento de la filiación espúria solo deja de ser una verdad en cuanto al nombre, pero que lo es completa, si se le dá el de *designación* con que se la conoce en el mencionado Código. Esto supuesto, debemos declarar que la patria potestad existe también para los hijos espúrios, *designados* ó reconocidos, lo cual se corrobora por la terminante prescripción del art. 361 del Código que comentamos, toda vez que, según este precepto, es aplicable á dichos hijos el art. 356 del mismo cuerpo de leyes, que impone á los autores del reconocimiento la obligación alimenticia en favor de los hijos naturales, no cabiendo duda que bajo la palabra *alimentos* y cuando se trata de menores se comprenden no sólo la comida, el vestido y la habitación, sino también

TOM. V.—P. 3

los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista (1).

14. Varios son los efectos personales de la patria potestad ejercida por los ascendientes y sobre las diversas clases de hijos de familia á que nos hemos referido en los números anteriores. De esos efectos, solo el de honor y respeto parece establecido en favor de los que desempeñan tan importante cargo, pues todos los otros á primera vista tienen por objeto el bien y derechos de los hijos. Ese honor y respeto de que hablamos y á que el hijo de familia está obligado hácia los autores de sus días, se encuentran preceptuados en todos los Códigos modernos con la misma magestad y sencillez que en las leyes del Sinaí: *Honora patrem tuum ed matrem*, según es de verse en los arts. 371 del Francés, 389 del del Distrito Federal de 1870, 363 del actual, 292 del de Estado de México, 341 del de Veracruz y 273 del de Tlaxcala. Sobre el sentido de este precepto no han estado de acuerdo los comentadores, entendiéndose por unos que él expresa una máxima de moral erigida en ley, y por otros, que no significa sino una premisa general, á semejanza de la que prescribe la mútua fidelidad y socorro de los cónyuges en el matrimonio, y de cuyo precepto no son los otros que siguen en el título sobre *patria potestad*, sino su desarrollo y consecuencias, deducidas por el legislador mismo. Según los primeros, los magistrados tienen un poder soberano para impedir que el hijo ejerza cualquiera acción ó derecho que fuese incompatible con el respeto y piedad filiales, por lo cual jamás podría dirigir contra su padre una acusación des-

(1) Véanse los tomos 2º, núm. 422 y 4º de esta obra, núm. 232 y sigts.

honrosa (1), ni aún ejercer el derecho de embargo sobre bienes pertenecientes á él (2), ó ser admitido á la prueba de malos tratamientos imputados al mismo (3), pues cualquiera de estas cosas equivaldría á la infracción de ese honor y respeto debidos á los padres. Y como quiera que ningún principio general puede establecerse en derecho sin que produzca todos los resultados á que es aplicable en sus términos y salvo sólo las excepciones expresas de la ley, de tal interpretación se seguiría que el hijo no puede ser acreedor de su padre, como lo proclamaba una ley romana (4), ni quejarse contra él, aunque fuera víctima de los más duros y atroces tratamientos, salta á la vista que no ha de ser ese el sentido jurídico de la disposición legal que nos ocupa, porque de lo contrario estaría en flagrante contradicción con otros textos del derecho, que á no dudar lo reconocen aún en el mismo título sobre patria potestad, que la propiedad de ciertos bienes pertenece exclusivamente al hijo y que el padre debe entregárselos rindiéndole cuenta de su administración, y con todos los que, según las leyes penales, consideran al hijo como víctima posible de los delitos cometidos contra ellos por sus ascendientes. ¿Habría de ser esto compatible con el espíritu de protección que anima la institución de la patria potestad en las leyes modernas que, á diferencia de las antiguas, más atienden al bien é interés del hijo que á los derechos autoritarios del padre (núm. 1)? No lo creemos y aunque tampoco aceptamos la otra interpretación según

(1) *Dig.* lib. 37, tit. 15, l. 1, § 2. — Proudhon. tom. 1, pág. 238. — Duranton, tom. 2 núm. 230. — Demante, tom. 2, núm. 113 bis. — Massé et Vergé *sur Zachariæ* tom. 1, § 191. — Marcadé *sur l'art.* 371. — Laurent tom. 4, núm. 270. — Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 960.

(2) Arrêts: Bastia, 31 août 1826 (Dallos 1827, II, 170).

(3) Dalloz, *Repert* "Puissance paternelle," núm. 19.

(4) *Dig.* lib. 2, tit. 4, l. 6.

la cual el enunciado principio es tan sólo la premisa de que se desprenden los otros textos relativos á los deberes y deberes de los hijos con los padres, pues seguramente la patria potestad termina con la menor edad, y aquel honor y respeto se hacen extensivos por toda la vida hácia los ascendientes, si juzgamos que el texto legal que nos ocupa ha sido puesto por el legislador á la cabeza del título que comentamos, para que sirva á los jueces de punto de apoyo en muchas ocasiones y muy principalmente en los casos de conflicto entre las pretensiones de los padres y las de los hijos, á fin de que, no por ser establecida la patria potestad más en favor de éstos que de aquellos, se llegue hasta el total sacrificio de la veneración y obediencia á que sin duda son acreedores los primeros, conforme á los preceptos del Creador y á las exigencias de la misma naturaleza humana (1).

15. Es también efecto de la patria potestad que el hijo sujeto á ella viva al lado del que la ejerce, no pudiendo separarse de él sino con su permiso ó por orden de la autoridad, pues de otra manera sería imposible el cumplimiento de los deberes en que aquella consiste, porque resultaría ineficáz toda vigilancia por parte del padre. Sobre esta consecuencia de la patria potestad se manifiestan conformes todas las legislaciones desde las más antiguas, notándose solo alguna diversidad en orden á las excepciones, ya fundadas en el interés público, ya por lo que respecta á los decretos de la autoridad judicial (2). Así es que mientras el Código francés (art. 374) expresa que el hijo no podrá dejar sin permiso del padre la casa de éste, á no ser por

(1) Albisson, *Discours au Corps Legislative*.—Valette sur *Proudhon* tom. 2, pág. 233, note 1.—Bernard, *Hist. de l'autorité paternelle en France*, págs. 132 y 133.

(2) Pothier, *Traité des personnes* núm. 131.— Véase tom. 1º de esta obra, núm. 133 —*Die* lib. 43, tit. 22, l. 1. 1 y 3.

alistamiento voluntario en el ejército, si tiene ya diez y ocho años cumplidos, todos nuestros Códigos, á una, proclaman, como las solas excepciones del principio que nos ocupa, el permiso del padre ó la orden de autoridad pública competente (arts. 345 del de Veracruz, 296 del de Estado de México, 278 del de Tlaxcala, 394 del del Distrito Federal de 1870 y 368 del actual).

Sin embargo creemos, fundados en otros textos de esos mismos Códigos, que puede tambien el hijo libremente dedicarse á una industria ó trabajo cualquiera honesto, aún contra la expresa voluntad del padre, cuya autoridad establecida muy principalmente en beneficio del hijo no puede convertirse en instrumento de opresión y de injusticia en su contra (1). Esos textos legales son en nuestro derecho todos los que suponen que el hijo puede adquirir algunos bienes por su trabajo personal ó dedicarse á alguna profesión ó arte, aún durante la patria potestad. En cuanto á la otra excepción consistente en la orden de la autoridad, no consideramos necesario expresar todas las disposiciones legales por virtud de las cuales sucede muchas veces que el hijo es separado de la casa paterna con esa circunstancia, por ejemplo, en el caso de divorcio, en el de malos tratamientos de sus padres, etc., etc.

16. Acabamos de indicar que el hijo sujeto á patria potestad puede dedicarse aún sin consentimiento del padre á cualquiera profesión ó arte honestos. Surge, pues, la siguiente no poco grave dificultad: ¿puede el hijo comparecer en juicio ó celebrar contratos, sin el requisito del permiso del que ejerce la patria potestad? Todos nuestros Códigos responden negativamente, y esto parece ser una consecuencia necesaria é inevitable de la incapacidad presunta en los

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 325.—Mateos Alarcon, tom. 1, pág. 277.

séres sujetos por la ley á la educación de sus padres (arts. 353 del Código de Veracruz, 304 del de Estado de México; 282 del de Tlaxcala, 399 del del Distrito Federal de 1870 y 373 del actual). Con todo y á lo ménos en los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, podrían señalarse dos excepciones, que existían en la antigua jurisprudencia (1), al anterior principio, consistentes la primera en que el hijo sea perito en alguna profesión ó arte que se relacione con las obligaciones contraídas, y la segunda, en que él mismo haya procedido con dolo, ya presentando certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayor de edad, ya manifestando por medio de engañadores artificios, que lo era. Verdad es que estas excepciones no han sido tomadas en cuenta por los legisladores modernos sino al tratar de los hijos sujetos á tutela, según lo expondremos más adelante; pero aquí sin ninguna duda cabría aplicar el principio de vulgar jurisprudencia: *ubi eadem est ratio, ibi eadem esse debet decissio*, pues la analogía entre ambos casos, el de tutela y el de patria potestad, es evidente por lo que respecta á la incapacidad legal del hijo, (arts. 518 y 519 del Código del Distrito Federal de 1870, 427 del actual y 331 y 332 del de Tlaxcala). Sin embargo, por una anomalía inexplicable, esa interpretación autorizada por unos textos, es rechazada por otros que previenen que en todos los casos en que al hijo corresponda la administración de bienes, se considere en cuanto á ella como emancipado, pero con las restricciones de los menores de edad, entre las cuales se cuenta la necesidad de la autorización judi-

(1) Gregorio López, Glosa á las l. 1. 6^a, tit. 17, Part. 4^a y 13. tit. 16. Part. 6^a.—L. 3, tit. 11, lib. 5, Recop.—Vinnio, *Quæst. Select.* lib. 1, cap. 13.—Manzón, *Biblioth. trat. de rest. in integrum*, núm. 26.—*Febrero Mexicano* por Galvan, tom. 3 tit. 2, cap. 2, núm. 4.—Sentencia del Juzgado 6^o de lo civil de México de 30 de Enero de 1861. (Gaceta de Tribunales, tom. 2, pág. 77).

cial para la enajenación y gravámen de bienes raíces, y de un tutor para los negocios judiciales (arts. 407 del Código del Distrito Federal de 1870, 380 del actual y 288 del de Tlaxcala). ¿Se dirá acaso que estas precauciones del legislador sólo miran á la administración de los bienes del hijo mismo, pero no á la de los ajenos? ¿Y por qué sería esto, cuando la presunción de incapacidad es la misma en un caso que en otro? Los Códigos de Veracruz y Estado de México hánse mostrado más consecuentes, porque ninguno de ellos, una vez establecido el principio de la incapacidad del hijo para contratar y litigar por sí sólo, declara que sus actos sean válidos, ni en el caso de pericia ni en el de dolo, ya se trate de los propios bienes, ya de los ajenos.

17. Otro de los efectos y sin duda el de mayor importancia á que dá lugar la patria potestad, es el derecho de corrección y educación que tienen los padres respecto de sus hijos. Se comprende fácilmente que semejante facultad haya sido otorgada por todas las legislaciones á los que tienen que ejercer la dirección moral de sus hijos y responder de su conducta ante la sociedad. De otra manera, abandonados los menores de edad á sus falaces inclinaciones y á los peligros del mundo, en vez de miembros útiles del cuerpo social, serían ciudadanos perniciosos, las más veces sólo dignos de aumentar las filas de la ociosidad y del crimen. En este punto la naturaleza está en perfecto acuerdo con la ley, pues colocado el hijo por su debilidad al nacer bajo el dominio necesario de sus padres, tiene que recibir de ellos no sólo los cuidados en favor de su conservación y desarrollo físicos, sino también la dirección de sus facultades intelectuales y morales cuyo feliz desenvolvimiento constituye la felicidad de los hombres sobre la tierra. «Nacémos débiles, decía Real en el Consejo de Estado en Francia, asediados por los enfermedades y las necesidades;

la naturaleza quiere que en esta primera edad, la de la infancia, el padre y la madre tengan sobre sus hijos un poder completo, que es todo de defensa y de protección. En la segunda edad, hácia la época de la pubertad, el hijo es ya un observador, que empieza á ejercer la importante facultad de la reflexión. En ese momento en que el espíritu comienza á desplegar sus fuerzas, sin que ninguna experiencia haya formado el juicio; al dar los primeros pasos en la vida, teniendo que luchar contra todas las pasiones que se apoderan de los corazones jóvenes, llenos siempre de deseos y de exajeradas esperanzas, pero ciegos ante toda suerte de obstáculos, hay sobre todo necesidad de que una mano firme nos protega contra tales enemigos, nos dirija á través de tantos escollos y domine ó modere esas inclinaciones que son el tormento ó la felicidad de la vida, según que una mano hábil ó inexperta les diere una buena ó mala dirección.» Nada más cierto bajo el punto de vista de la moral; pero nada más difícil al querer reducir á principios expresos y positivos tan importante facultad derivada de la pátria potestad. Muy largo haríamos este comentario, si á lo ménos reseñáramos los mil y á cuál más absurdo, abusos cometidos por los padres en ejercicio del derecho de corrección respecto de sus hijos. Para formarnos idea acerca del particular, no necesitamos quizá sino evocar el recuerdo de una época no muy lejana en que los medios de corrección y educación puestos en práctica respecto de los menores de edad, pueden ser expresados por el común adagio «La letra con sangre entra.» Quien quiera encontrar toda clase de interesantes datos en orden á la ilimitada facultad de los padres para corregir, castigar y educar á sus hijos, los hallará extensamente referidos en Merlin que refiere no pocos casos de inconcebible crueldad consumados á la sombra del poder paterno (1).

(1) Merlin, *Repert*, "Puissance paternelle", sect. 3, § 1.

Laurent dice que una ley del país de Liège declaraba que «los padres pueden corregir y *golpear* á sus hijos, sin que estén obligados por ello ni siquiera á una multa, salvo sólo el caso de heridas» (1). En honor de la verdad nada semejante puede señalarse en la antigua legislación de nuestra madre pátria que, en lo relativo al derecho de corrección ejecutado por los padres, aparece inspirada por los principios del más puro derecho cristiano. «Castigar debe el padre á su hijo mesuradamente» dice una ley de Partida (núm. 5), y miéntras en el Código de Napoleón hay varios artículos (375 á 382) que se ocupan en la reglamentación del derecho perteneciente al padre de familias de corregir y castigar á los hijos á él sometidos, como si fuera un verdadero funcionario público, pues se le concede la facultad de mandar aprehender á sus hijos, y de abreviar su prisión cuando le pareciese conveniente, sólo dos de nuestros Códigos modernos no se muestran en este punto más mesurados y suaves, refiriéndose en todo á los nobles sentimientos de la naturaleza y al oficio de las autoridades contra quienes á lo ménos existe la garantía de la responsabilidad de sus actos. Esos dos Códigos son el de Estado de México (art. 298) y el de Veracruz (art. 347) que, si bien proclaman el principio de que las correcciones y castigos impuestos por el padre al hijo deben ser mesurados, conceden al primero, en el caso de ineficacia de aquellos, la facultad más absoluta para hacer arrestar al hijo culpable hasta por seis meses, sin que el Juez, mero ejecutor de tal orden, tenga ni aún el derecho de investigar sus motivos. ¡Cuán primitiva y defectuosa nos parece esta reglamentación de la pátria potestad, ni siquiera confiada á una constancia escrita que la preservara de mil abusos posibles (arts. 299 del primero de los Códigos mencionados y 348

(1) Laurent, tom. 4, núm. 275.

del segundo), y que vá hasta el inconcebible extremo de privar á las autoridades públicas de una de sus más preciosas prerogativas, la del castigo de los delincuentes, para entregarla toda entera, sin garantías ni responsabilidad de especie alguna, á un padre tal vez arbitrario ó cegado por la pasión de mezquinos intereses en contra del hijo inerme y desamparado, cuya personalidad para nada se toma en cuenta! No se vé por cierto, ni en el Código Francés ni en los nuestros que lo siguen, un gran progreso en este punto respecto al *jus vitæ necisque* de la jurisprudencia Romana en sus primeros tiempos, que hacía del *pater familias* el adusto y fiero magistrado ante quien no eran sino cosas, lo mismo la madre que los esclavos y los hijos (núm. 1). De estos reproches no son dignos los Códigos del Distrito Federal (arts. 396 y 397 del de 1870 y 370 y 371 del actual) ni el de Tlaxcala (arts. 280 y 281), los cuales sólo conceden á los padres el derecho de apelar á las autoridades para que estas los protejan en el ejercicio de la facultad de corrección y castigo del hijo, debiendo ser siempre suaves y mesurados. Si á estas nobles y humanas precauciones se añade que el hijo maltratado por su padre tiene derecho de solicitar su depósito del Juez, á quien la ley otorga toda soberanía para calificar si los malos tratamientos son ó nó bastantes para ameritar aquel, pudiendo aún, sin solicitud del interesado, decretar tal providencia, cuando le conste la imposibilidad del hijo para cumplir con tal requisito, no podrá ménos que roconocerse cuán diverso espíritu ha dictado estas disposiciones, á través de las cuales se revela el rasgo característico de toda la legislación moderna, es á saber, el mayor respeto de la personalidad humana.

18. Réstanos hablar del más importante y trascendental de los efectos personales de la patria potestad, el deber que los que la ejercen, tienen de educar á los hijos conveniente-

mente. El Código de Napoleón no contiene una disposición expresa sobre este punto; pero todos los autores y la jurisprudencia convienen en que el derecho de educación se deriva de la patria potestad (1). Nuestros Códigos al contrario expresan que al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente (arts. 395 del Código del Distrito Federal de 1870, 369 del actual y 279 del de Tlaxcala). En el mismo sentido se expresa el Código de Veracruz (art. 346); pero añadiendo que el derecho de educación del que ejerce la patria potestad, se extiende hasta el de obligar al hijo á que adopte la carrera que á aquel plazca, no teniendo el hijo libertad en este punto sino desde que hubiere llegado á la mayor edad. El Código del Estado de México (art. 297) sigue absolutamente otro sistema, declarando que la educación del hijo es dirigida por el padre hasta la edad de catorce años, de la cual en adelante el hijo ya no estará obligado á plegarse á las indicaciones que el padre juzgue convenientes respecto de la carrera que en su concepto deba abrazar aquel. A nuestro modo de ver y tomada en cuenta la variedad de formas que puede revestir la actividad humana en el mundo moderno, la cuestión de la educación de los hijos jamás puede ser resuelta hoy en un sentido exclusivo, que ó bien conceda al padre todo el derecho de iniciativa con perjuicio del hijo, ó entregue por completo á éste su propia dirección con agravio de las prerogativas de aquel. ¿Porqué habíanse de sacrificar las naturales tendencias, las geniales aptitudes, el porvenir, en fin, del niño en aras de la ignorancia, del capricho tal vez, quizá de la ofuscación de las pasiones del padre, tan

(1) Arrêts: Trib de la Seine, 7 mars 1877. (Sirey 1877, II, 218); Id., 13 sept. 1872. (Id 1872 II, 312). Demolombe, tom. 6, núm. 301.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 963.—Mourlon, tom. 1, núm. 1024.

sólo porque éste era el autor de la existencia de aquel? ¿No prueba más bien esta circunstancia el grande y trascendental deber que sobre los padres pesa, de no desviar al hijo de sus sinceras inclinaciones, cuando estas nada tengan de funesto para él mismo ni de contrario al orden social? Júzguese de la triste y perniciosa uniformidad que alcanzaría el nivel intelectual de una sociedad, si el desenvolvimiento de la juventud, bajo el punto de vista de la instrucción, debiera sujetarse en absoluto á las exigencias de los autores de nuestros días, llenos de amor sin duda hácia nosotros, pero por casi inevitable gravitación las más veces sólo entusiastas por el pasado y por sus costumbres. Si cada generación, salvo muy pequeña parte de los humanos conocimientos, se vé precisada á rectificar las ideas de la que le precedió, y por tal rectificación se manifiesta el progreso, ¿cómo podría éste realizarse cuando cada uno de aquellas no fuese sino la cópia fiel de la anterior? Las grandes manifestaciones de la inteligencia humana no han sido siempre el fruto de la obediencia pasiva, sino más bien del libre vuelo de nuestras facultades en pro de un ideal, al principio apenas entrevisto, más tarde ya disculpable por la generosidad que lo inspiraba, y al fin convertido en viviente realidad, á cuyo calor han cambiado los derroteros de la civilización. En cambio, fuerza es confesar los mil peligros á que la juventud sería expuesta, si guiándose sólo por el criterio de su inexperiencia y fogosos deseos, no estuviera obligada á respetar los consejos de los que la han precedido en la difícil carrera de la vida y adquirido á costa de crueles desengaños la segura é imponente sabiduría de la edad. ¿No nos enseñará la naturaleza misma que la verdad y el bien están en la absoluta sujeción del hijo al padre durante la menor edad, por el hecho de que nuestro nacimiento nos hace aparecer tan débiles que no iríamos al primer contacto de la vida sin el amparo de

nuestros padres, y puesto que las vacilaciones y veleidades de nuestra inteligencia y voluntad en la edad posterior no son sino una continuacion de las que acompañan á nuestro cuerpo en la infancia?

Véase, pues, como por ámbos lados pueden levantarse serias consideraciones, y eso que aun no hemos presentado los imponentes títulos del interés público del cual es órgano el Estado y que á no dudarlo deben ser tambien atendidos en lo que se refiere á la educacion de los miembros del cuerpo social. Si el padre tiene derechos que deducir cuando se trata de la educacion del sér á quien ha puesto en la escena de la vida, y tales derechos visiblemente están fundados en la naturaleza misma que deposita tesoros de amor y de ternura en el corazon de los autores de nuestros dias, y derechos no menos indiscutibles deben reconocerse al hijo, como una personalidad distinta y respetable, para seguir los impulsos de su propio espíritu cuando ellos no pugnen con los principios que son la base del orden social ¿cómo negar iguales títulos al Estado á quien inconcusamente interesa en el más alto grado que la educacion de todos los ciudadanos sea cuando menos conforme á la Constitucion del país, á su porvenir, á su génio, á su gloria y á sus destinos? En verdad que sí seria inhumano negar los sagrados derechos de la paternidad sobre los hijos, seria impío y anti-social negar los de la Patria, que es tambien madre, interesadísima en el bienestar de sus hijos. Hémos, en consecuencia, frente á frente de tres interesés á cuál mas respetable y á cuyos reclamos debe responder el legislador en los textos del Código que tratan de la patria potestad en orden á la educacion de los menores de edad. ¿Dónde encontrar la verdadera y justa solucion del conflicto que suscitan los tres derechos que hemos mencionado? Largo sería en este comentario y no menos impropio de su carácter, detenernos

á exponer con toda la extension que la cuestion merece las razones invocadas en pró ó en contra de los tres indicados sistemas; pero la más simple reflexion basta á enseñarnos que la verdad y la justicia tienen que estar en aquella fórmula legislativa que concilie las tres pretensiones, sin conceder á una sola de ellas un dominio absoluto sobre la personalidad del hijo. Así es que por lo que mira al padre á quien la ley no ha podido menos que dar con la patria potestad, é inspirándose en la natural solicitud por la felicidad del hijo, el más completo derecho para vigilar cuando menos sus primeros pasos en el desenvolvimiento de su inteligencia y facultades afectivas, insostenible sería cualquier sistema que pretendiera sustituirlo con la autoridad del Estado ó con la libre voluntad del hijo en la direccion de la educacion de éste, si se atiende sobre todo á que en la primera edad de la vida esa deduccion tiene que ser más bien moral que intelectual. Por manera que el problema se reduce á fijar con la posible precision y atenta la graduacion del desenvolvimiento humano, esa época de la vida del hijo en que, acabando, á lo menos como obligatoria y necesaria, la soberanía del padre, empieza la autonomia del hijo, que en ejercicio de la libertad cuyos impulsos siente despertarse en su sér, no debe de ir á donde quiera que su experiencia pudiera arrastrarlo, sino á los planteles de educacion superior que el Estado está obligado á presentar en condiciones tales que puedan ser satisfechos tanto los deseos y proyectos de los padres como las legítimas aspiraciones de los hijos. Esta nos parece ser la fórmula que satisface todas las exigencias bajo el amparo de instituciones políticas en que no se sacrifiquen ni los justos derechos de la familia ni los indisputables y necesarios del Estado, y claramente se vé que de los preceptos que antes hemos indicado y que son los de nuestro Derecho Civil, el único que aprobamos es el contenido en el Código del Estado de México.

CAPÍTULO II

DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS BIENES DEL HIJO.

Art. 374, El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que le pertenecen, conforme á las disposiciones de este Código.

Art. 375. Los bienes del hijo mientras está bajo la patria potestad se dividen en seis clases

I. Bienes que proceden de donación ó legado del padre:

II. Bienes que proceden de herencia del padre:

III. Bienes que proceden de donación, herencia ó legado de la madre ó de los abuelos, aún cuando aquella ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad:

IV. Bienes que proceden de donación herencia ó legados de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aún cuando éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre:

V. Bienes debidos á donde la fortuna.

VI. Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

Art. 376.—En la primera clase la propiedad, pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá conceder á aquel la administración y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace ésta designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

Art. 377.—En la segunda, tercera, cuarta y quinta cla-

se, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del que ejerce la patria potestad. Este podrá sin embargo ceder al hijo; la administración ó la mitad del usufructo que le corresponda ó una y otra

Art. 378.—Los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Art. 379.—Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que el padre entre en posesión de los bienes cuya propiedad conforme á los artículos anteriores, pertenece al hijo, forman parte del capital de éste y no son frutos que debe gozar el padre:

Art. 389.—Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por la ley ó por la voluntad del padre, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que establece el art. 593.

Art. 381.—El usufructo de los bienes concedido al padre, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo IV del título V. de este Libro, y además las impuestas á los usufructuarios, con excepción de la de afianzar.

Art. 382.—El padre no puede enagenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que, conforme á los arts. 376. y 377, le corresponden el usufructo y la administración, ó esta sola sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente.

Art. 383.—El derecho de usufructo concedido al padre se extingue:

- I. Por la emancipación ó mayor edad de los hijos;*
- II. Por la pérdida de la patria potestad;*
- III. Por renuncia*

Art. 384 La renuncia del usufructo hecha á favor del hijo, será considerada como donación

Art. 385 Los padres no tienen obligación de dar cu

enta de su gerencia más que respecto de los bienes de que fueren meros administradores.

Art. 386 Los padres deben entregar á sus hijos, luego que estos se emancipen ó llegen á la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

Art. 387 En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso.

SECCION 2.ª

DE LA PATRIA POTESTAD EN ÓRDEN Á LOS BIENES MATERIALES DE LOS SUJETOS Á ELLA.

19. Incompleta y deficiente sería la autoridad de los padres sobre los hijos, si limitándose á la mera dirección de sus actos morales é intelectuales, no se extendiese también á los bienes materiales que pueden pertenecerles durante la menor edad, y resultaría hasta contradictoria consigo misma, porque desde el momento en que una persona es incapaz para celebrar contratos, no se concibe que tenga aptitud perfecta para gobernarse por sí mismo en la administración de los intereses físicos, que requiere á no dudarlo condiciones de capacidad legal, que son incompatibles con la sujeción de los seres sobre quienes la ley ordena que se ejerza la autoridad doméstica. Esto es evidente, y quererlo demostrar, sólo serviría para ofuscarlo y confundirlo. Todas las legislaciones están conformes en que por virtud de la patria potestad el que la desempeñan es el representante legítimo de los sometidos á ella, y el administrador legal de sus bienes, pudiendo notarse este carácter de la autoridad paterna lo mismo en aquellas

TOM. V.—P. 4

primitivas leyes Romanas, según las cuales el hijo carecía de toda personalidad jurídica y no adquiría sino para el padre (núm. 1), que en las posteriores cuya gradual tendencia desde el primer Emperador Cristiano hasta nuestros días ha sido delinear y robustecer la personalidad del hijo, concediéndole derechos y declarándolo hábil para la adquisición de bienes. En este sentido se manifiestan claramente nuestros Códigos nacionales, según es de verse en los arts. 354 del Código de Veracruz, 305 del de Estado de México, 283 del de Tlaxcala, 400 del Distrito Federal de 1870 y 374 del actual, que á una declaran que el que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo de ella, y administrador legal de los bienes que les pertenecen. También el Código Francés lo reconoce así (art. 389); pero sólo con motivo de la tutela, lo cual puede inducir á creer que el padre no tiene la administración legal de los bienes del hijo por razón de la patria potestad, siquiera este título sea más digno que el de la tutela, que también puede corresponder á personas extrañas al hijo.

Hay á no dudarlo en este Código un lamentable vacío que la jurisprudencia y la doctrina han tenido que llenar por lo que hace á la administración de los bienes del hijo por los encargados de la patria potestad. En efecto el título sobre *patria potestad* sólo contiene en ese cuerpo de leyes cuatro artículos en orden á los bienes del hijo y á los derechos correspondientes al que ejerce la patria potestad: los 384 á 387 que se refieren al usufructo del padre, á las obligaciones que por tal motivo le incumben, y en fin, á los casos en que ese usufructo no tiene lugar, ya por razón de divorcio, ya á causa de que los bienes han sido adquiridos por el hijo mediante su personal trabajo ó le han sido donados ó legados bajo la expresa condición de que

el padre no gozará de ellos. Como se vé, falta por completo en el Código Francés la clasificación Romana de los bienes del hijo, y nada se dice tampoco respecto á su administración por el padre. ¿Querrá esto decir que semejante deber, anexo según todas las legislaciones á la patria potestad, sólo tiene lugar, cuando ésta desaparece y es sustituida por la tutela en el sentido del art. 389? En caso contraria, ¿cuáles son las garantías de tal administración?

Repetimos que la jurisprudencia y la doctrina han llenado estos notables vacíos, estableciendo que en el usufructo concedido al padre sobre los bienes del hijo, se comprende necesariamente su administración, cómo que aquél es á manera de remuneración fijada por la ley respecto de los trabajos que ésta importa, y que en cuanto á las garantías de toda administración sólo deben aplicarse á la del padre aquellas que no sean incompatibles con la patria potestad (1).

Entre nosotros la legislación civil, fiel á las tradiciones Romanas y Españolas, ha seguido diverso sistema, porque la muerte de uno de los cónyuges tiene por único resultado hacer pasar al superstite el poder paterno y con él la administración legal de los bienes del hijo, sin abrirse por esto la tutela, la cual no tiene lugar por desempeño de los padres sino en el caso de hijos dementes, idiotas ó sordo mudos, según lo expondremos más adelante, siéndo también de notarse en nuestro derecho nacional la minuciosa clasificación de los bienes del hijo, sobre la cual se basa la diversidad de derechos concedidos al que ejerce la patria potestad. No es que se conserve

(1) Demolombe, tom. 6, núms. 410 y sigts.—Baudry-Lacantinerie, to m. 1, núms 975 y sigts.—Laurent, tom. 4, núms. 296 y sigts.—Arrêts: Juin 19 janv. 1870 (Sirey et Palais chronologique); Caen, 22 mars 1860.—(Sirey, 1860, II, 610).

aquel cuádruple tecnicismo de la legislación antigua, según la cual eran denominados los bienes pertenecientes al hijo, ya *preculio profecticio*, ya *adventicio*, ora *castrense*, ora *cuasi-castrense* (núms. 1 y 3); pero siempre subsiste la clasificación de tales bienes por razón de su procedencia.

Con todo y á pesar de que ese mismo espíritu ha guiado á nuestros legisladores, fuerza es reconocer que la mayor diversidad se manifiesta en cuanto á la forma de la expresada clasificación, habiendo en unos Códigos hasta lujo de pormenores, y en otros, graves reticencias, como en algunos, un marcadolaconismo, que constituye una verdadera especialidad en esta materia. En efecto los Códigos de Veracruz (art. 355) y de Estado de México (art. 306) declaran que los bienes del hijo se dividen en tres clases:—I Aquellos que adquiere con el caudal del que lo tiene bajo su potestad.—II Los que adquiere de cualquier persona por título lucrativo, aunque sea por donación hecha en consideración al que ejerce la patria potestad, ó por los parientes de éste; y los que adquiere con su trabajo ó industria, pero en compañía del que lo tiene en la patria potestad.—III Los que adquiere por cualquiera de estos últimos medios, sin la circunstancia de ser en sociedad con el que ejerce la patria potestad; los que le han sido donados ó legados para que siga una carrera ó ejerza alguna profesión ó arte liberal, ó con la condición de que él sólo será el propietario de ellos, su administrador y usufructuario; y los que haya adquirido con ocasión del servicio militar ó como ministro de cualquier culto ó en el ejercicio de cargos ó empleos civiles ó de profesiones científicas ó liberales.

El Código de Tlaxcala (art. 284), solo reconoce dos clases de bienes pertenecientes al hijo mientras está bajo la patria potestad: I Los que adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere y II Los que adquiere por herencia, do-

nación, ó de cualquiera otra manera no comprendida en la clase anterior.

El Código Civil del Distrito Federal de 1870 clasifica dichos bienes en cinco grupos que son: I Bienes que proceden de donación del padre. II Bienes que proceden de donación de la madre ó de los abuelos, aún cuando aquella ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad. III Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aunque éstos y los del segundo grupo se hayan donado en consideración al padre. IV Los debidos á don de la fortuna y V Los que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

La misma sería la clasificación del Código actual del Distrito Federal, si no constara en él un grupo más, que comprende los bienes del hijo, procedentes de herencia ó legado del padre.

20. En cuanto á los derechos y obligaciones de los padres é hijos en orden á los relacionados bienes, los primeros Códigos siguen la misma tendencia Romana y Española que se advierte desde luego en la expresada clasificación. Corresponden, pues, al que ejerce la patria potestad en propiedad, administración y usufructo, los bienes adquiridos por el hijo con el caudal de aquel. Es el peculio profecticio.—La propiedad es del hijo y la administración y usufructo del que ejerce la patria potestad, si se trata de bienes adquiridos por el hijo á título lucrativo y de cualquiera persona, aunque sea por los parientes del padre ó por el trabajo ó industria del hijo, si es en compañía con el que lo tiene bajo la patria potestad. Es un recuerdo del peculio adventicio.—Finalmente forman el castrense y cuasi castrense y en consecuencia pertenecen, en propiedad, usufructo y administración al hijo, los bienes que ha adquirido con su exclusivo trabajo ó industria, los

que le han sido donados para que siga una carrera, ó con la expresa condición de que ningún derecho tenga en ellos el padre, pues en caso de faltar aquella, le correspondería la administración, y los que el hijo ha adquirido en el servicio militar, ó como ministro de un culto religioso, ó por razón de empleo ó profesión.

La misma sencillez que hemos notado en el Código de Tlaxcala al hablar de la clasificación de los bienes del hijo sujeto á patria potestad, se advierte al referirse á los derechos y obligaciones respectivos de los padres é hijos en orden á tales bienes. Si éstos son adquiridos por el hijo mediante su personal trabajo, le pertenecen exclusivamente en propiedad, administración y usufructo (art. 385). Pero éstos dos últimos son del padre y solo aquella del hijo, cuando sus bienes proceden de herencia ó donación ó cualquiera otro origen que no sea el trabajo personal de éste, pudiendo el primero conceder al segundo la administración y parte del usufructo aun de estos bienes (art. 286).

El Código del Distrito Federal de 1870 señala la propiedad para el hijo y la administración para el padre en orden á los bienes que proceden de donación de éste, quien, con todo, puede conceder á aquel la administración y la porción que expresasamente quiera en los frutos. Faltando esta designación, tendrá el hijo la mitad de aquellos (art. 402). Son los bienes comprendidos en el primero de los cinco grupos que antes hemos mencionado. En cuanto á los que pertenecen al segundo, tercero y cuarto de esos grupos, el mismo Código declara (art. 403) que la propiedad y la mitad del usufructo son siempre del hijo y la administración y la otra mitad, del padre quien podrá conceder á aquel la administración ó la mitad del usufructo que le corresponde ó uno y otra.—Los bienes del quinto grupo pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo (art. 404).

Esa misma distribucion de la propiedad, administracion y usufructo de los bienes del hijo es preceptuada por el Código actual del Distrito Federal, que prevee algunos orígenes más de tales bienes que los mencionados en el Código anterior. La prevision es justa porque la donacion, única procedencia de que hablaba este Código, ha sido adicionada por la herencia y los legados que pueden ser igualmente para el hijo medios muy legítimos de adquisicion. Esta reforma se halla suficientemente motivada por la sola consideracion de que sin ella no habría ley que aplicar al caso de bienes del hijo, procedentes de herencia del padre, de la madre, de los abuelos, de los parientes ó de personas estrañas. La especie se ha presentado ante nuestros Tribunales, que la han resuelto de manera muy contradictoria. Embargada la mitad de las rentas de unas casas, se presenta en tercería excluyente de dominio una niña, diciendo que aquellas le pertenecen aun en la totalidad de sus frutos, por haberlas adquirido en virtud de herencia de su madre; el ejecutante cree que la mitad de las expresadas rentas pertenece al ejecutado, padre de dicha niña, en razon á que el art. 403 le da la administracion y la mitad del usufructo de los bienes procedentes de donacion de la madre, bajo cuyo título deben comprenderse tambien los bienes adquiridos por herencia. El Juez 4º de lo Civil, fundándose en que la omision de la palabra «herencia» en el Código no podía menos que significar la exclusion intencional de todos los bienes del hijo que no procediesen de donacion, del gravámen que expresamente señala para los demás, falló que el embargo debía ser levantado, porque los bienes en cuestion eran exclusivamente aun en sus frutos de la tercera opositora. (1) Apelada esta sentencia,

(1) Sentencia del Juzgado 4º de lo Civil del Distrito Federal, de 16 de Septiembre de 1890 (El Foro, tom. 16, núm. 2).

la 4ª Sala del Tribunal Superior la revocó por consideraciones deducidas, primero de la analogía con el antiguo Derecho (ley 5ª, tít. 17, Part. 4ª) y con lo dispuesto por los Códigos modernos de otros países (arts. 384 del Francés, 298 del Napolitano, 239 de la Luisiana, 204 de Vaud, 168 del Prusiano, 366 del Holandés y 244 del Sardo,) y segundo, de un dictámen suscrito por dos de los más distinguidos miembros de la Comision, autora del Código Civil de 1870. Los Sres. Lics. Mariano Yañez é Isidro Montiel y Duarte manifestaron á pedimento del apelante que los bienes del hijo, procedentes de herencia de la madre, reportan la mitad del usufructo en favor del que ejerce la patria potestad, «porque dividiendo el art. 401 los bienes del hijo mientras está bajo la patria potestad en cinco clases, solo á la segunda, por razon de *analogía*, deben referirse los bienes de la madre que pasan al hijo por sucesión.» (1) Interpuesto el recurso de casacion por la tercera opositora, la Sala casó el fallo anterior, declarando que, siendo una excepcion el gravámen de usufructo que la ley hace pesar sobre los bienes del hijo sujeto á la patria potestad, cuya excepcion por su naturaleza misma debe ser interpretada restrictivamente, era ilegal la aplicacion extensiva hecha por el Tribunal sentenciador, sin que tampoco pudiera considerarse vigente la ley 5ª, tit. 11, Partida 4ª, pues toda la antigua legislacion en materia civil había sido derogada por la ley de 8 de Diciembre de 1870 en las materias expresamente comprendidas en los cuatro libros del Código. (2) Se vé, pues, cuánta era la variacion de nuestra Jurisprudencia con

(1) Sentencia de la 4ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 12 de Abril de 1881, (El Foro, tom. 17, núm. 12). Id. del Juzgado 2º de lo Civil de Guadalajara (Estado de Jalisco) de..... de Noviembre de 1884, (El Litigante, tom. 3, núm. 47).

(2) Sentencia de la 1ª Sala del Tribunal superior del Distrito, de 19 de Septiembre de 1881, (El Foro, tom. 17, núm. 61).

respecto á la interpretacion de los arts. 401 y 403 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, y con esto, aparte la razon de claridad que en todas las leyes debe existir, creemos suficientemente motivada la reforma que antes hemos indicado.

21. Acabamos de ver que nuestros varios Códigos expresan con toda franqueza la posibilidad legal de que el hijo, á pesar de su menor edad y de la sujecion á la patria potestad, tenga bienes propios y los administre, como cosa en que consiste su patrimonio personal y exclusivo. A primera vista surge cierta sorpresa ante esta especie de consecuencia por parte de la ley, que á la vez que somete al hijo de familia al poder y direccion del padre hasta el extremo de no permitir que aquel pueda habitar sino en la casa de éste, ni celebrar contratos ni comparecer en juicio sin su expreso consentimiento, reconoce el derecho de ese mismo hijo para administrar bienes, á los que no se niega el calificativo de propios de él (núm. 16), pues lo uno contradice á no dudar lo otro y la lógica de los principios exige que, supuesta la incapacidad de los sujetos á patria potestad, no se le concedan sino aquellos derechos que sean estrictamente compatibles con aquella. Así es en efecto y por esto todos nuestros mencionados Códigos declaran que cuando el hijo tenga la administracion de sus bienes por la ley ó por la voluntad del padre, se le considere respecto de la misma como emancipado; pero sujeto durante la menor edad á restricciones segun que se trate de la enagenacion, gravámen ó hipoteca de bienes raíces, ó de negocios judiciales. Si es esto último, el hijo administrador necesita de un tutor. Si se trata de lo primero, el hijo necesita de la autorizacion del que ejerce la patria potestad. El Código Civil del Distrito Federal de 1870 declara (art. 407) que esta autorizacion puede ser suplida por la

del Juez. Esta es la única que reconoce en el caso el Código actual (art. 308), y como un homenaje tributado á la patria potestad, solo mencionan la primera para ambos supuestos los Códigos de Veracruz (art. 356) y de Estado de México (art. 307). El Código de Tlaxcala (art. 288) somete tambien al hijo de familia administrador á la necesidad de la licencia del padre para vender ó gravar bienes raíces y á la de un tutor para los negocios judiciales.

22. ¿Cuáles son las condiciones de la administracion y usufructo que á los que ejercen la patria potestad pueden corresponderles en los bienes del hijo? Varias son las cuestiones que pueden ocurrir con motivo de ambos derechos, y desde luego vamos á ocuparnos de las que conciernen al primero. Hemos dicho antes que precisamente por la incapacidad de los sujetos á patria potestad, todas las legislaciones estaban conformes en declarar á los que ejercen ésta, legítimos representantes de aquellos y administradores de sus bienes (núm. 19). Ahora bien ese derecho de administracion legal ¿es de tal manera inherente á la patria potestad que en ningun caso pueda pertenecer á otro que al que la desempeña? En otros términos ¿la administracion legal es de orden público, y no puede ser modificada por convenios particulares (1)? La cuestion es muy controvertida en derecho Francés. Unos autores enseñan que siendo esencialmente contraria al orden público cualquiera condicion que hiera ó siquiera menoscabe los derechos del poder doméstico, debe ser considerada como nula y tenerse cual si no hubiera sido escrita (2); que en consecuencia, si un testador ha legado á un hijo ciertos bienes bajo la condicion de que el padre ó la madre no debe-

(1) Véase tomo 1º de esta obra. núms. 76 y sigts.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 297.—Marcadé *sur l'art 389*, núm. 6. — Taulier, tom. pág. 499.—Arrêt: Besançon, 15 nov. 1807 (Sirey, 1807, II 97).

rá tener su administracion, ésta con todo pertenecerá al que ejerce la patria potestad, de la cual la administracion de los bienes del hijo es un atributo esencial. Otros autores y con ellos la mayoría de la jurisprudencia profesan la doctrina contraria, fundándose en que ante todo hay que atender en esta materia al interés del hijo para el cual puede ser muy sabia, muy útil y muy previsora la privacion de la administración de sus bienes en orden al que le tiene bajo la patria potestad (1), y llegan hasta considerar como válida la cláusula de un testamento que quitara al padre de un menor legatario, para confiarla á un extraño, la administracion de los bienes legados á dicho menor (2). En el antiguo Derecho esta doctrina era sin duda muy legal, supuestos los bien claros términos de la Novela 117: *Hoc itaque non solum parentibus, sed etiam omni personæ licere præcipimus*, y lo mismo quizá podría decirse conforme á nuestros Códigos nacionales. En efecto hemos hecho notar antes que el padre puede ceder al hijo la administracion de sus bienes segun los Códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala y que los de Veracruz y Estado de México suponen que el hijo puede tener bienes que le hayan sido donados ó legados con lo condicion de que él solo tenga la propiedad, administracion y usufructo (núm. 19). Claro es, pues, que la administracion que nos ocupa no es un atributo de tal modo esencial á la patria potestad que ésta no pueda concebirse sin aquella. Esto supuesto ¿qué inconveniente habria en que á un extraño pudiera encomendarse la administracion de los bienes del hijo de familia donatario, legatario ó heredero, si tal condicion habia sido pues-

(1) Demolombe, tom. 6, núm 458.—Duranton, tom. 2, núm, 375. Aubry et Rau *sur Zachariæ* tom. 4, § 450.—Massé et Verge *sur Zachariæ* tom. 1, pág. 408 Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 833.

(2) Arrêts. Cass. 26 mai 1856 (Sirey 1856, II, 692); Cass. 11 nov. 1828 (Dallóz 1829, I. 5). Fuzier Herman, *Côte civile annoté*, art. 389 núms. 13, 14 y 15.

ta por el donante ó testador? La lógica parece bastar para resolver así este punto, desde el momento en que los textos no rechazan expresamente semejante conclusion. Con todo no creemos que proceda esta interpretacion, atento que el principio primordial establecido por todos nuestros Códigos es que al que ejerce la patria potestad pertenece no solo la legítima representacion de los que están bajo de ella, sino también la administracion legal de sus bienes. Hé allí el texto que domina toda esta materia. ¿Cómo entonces aceptar en orden á él otras excepciones que las expresamente consignadas en la ley? Enhorabuena que la administracion pueda algunas veces no pertenecer al padre, ya por declaracion de la ley, ya por voluntad de él mismo; pero ¿estas excepciones autorizarán á establecer otras? Indudablemente no, porque las leyes que establecen excepciones á las reglas genêrales, no son aplicables á caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes (1).

23. ¿Puede el padre vender ó gravar los bienes del hijo? Esta cuestion debe ser examinada bajo el doble punto de vista de los bienes muebles é inmuebles. En cuanto á los primeros no cabe dudar que pueden ser enagenados por el padre, en ejercicio del derecho de administracion que le corresponde, y siempre que en su concepto tal enagenacion sea necesaria ó por lo ménos útil para el bien del hijo. La misma legislacion antigua no nos parece haber sido opuesta á esta afirmacion, visto que los textos que en contrario pudieran invocarse, son más bien relativos que á los muebles, á los bienes inmuebles que podían darse en hipoteca y ser perseguidos por el hijo por accion reivindicatoria en cualquier poder que se encontrasen. Más, ¿qué decir en cuanto á los segundos? La legislacion Romana

(1) Véase el tomo 1º de esta obra núms. 88 y sigts.

era terminante al prohibir al padre la enagenacion ó hipoteca de los bienes adventicios del hijo. *Non autem licentia parentibus danda*, decía una ley del código, *res quarum dominium apud eorum potestatem est alienare, vel pignori vel hypothecæ titulo donare; sed si hoc fecerint, scituris, quod necesse est eos in legum laqueos incidere quibus hujusmodi venditiones vel hypothecae sunt interdictae* (1).

Pero se admitían excepciones, entre las cuales eran las principales que el padre tuviése que pagar deudas, ó que los bienes fuesen estériles ó dañosos: *Si autem aes alienum ex defuncti persona descendit . . . habeat pater licentiam ex rebus hereditaris (primum quidem movilibus, sin autem non sufficiunt, ex immobilibus) sufficientem partem nomine filii remundare, ut illico reddatur aes alienum, et non usurarum onere prægavetur* (2). Nuestro derecho patrio contenía también varias disposiciones sobre este punto, siendo de notarse la ley de Partida que reconocía al padre la facultad de enagenar los bienes inmuebles del hijo, bajo la garantía de la misma hipoteca tácita de los bienes del primero, establecida por Justiniano (núm. 2), y en caso de no bastar éstos, pudiendo el hijo perseguir sus propios bienes de cualquiera que los tuviera, á no ser que aquel fuera heredero del padre, pues entonces estaba obligado á respetar sus pactos legítimos (3). Esta ley ha dado origen entre los intérpretes á la grave cuestión de si por fin el padre puede ó no vender los bienes inmuebles del hijo, sosteniendo unos, que la prohibición es absoluta, y otros, que en realidad no existe, toda vez que la ley supone la hipoteca tácita de los bienes del padre. Gregorio López enseña á este propósito, que la garantía establecida por

(1) *Cod.*, lib. VI, tit. LXI, l. 8 § 5.

(2) *Cod.*, lib. VI, tit. LXI, l. 8, § 4.—Godofredo, *Comment. ad legem*.

(3) *Part.* 5^ª, tit. 13, l. 24.

dicha ley en favor del hijo, nace desde el principio, siendo solo retardado su ejercicio hasta después de la muerte del padre, porque antes el hijo estaba impedido para obrar y que el padre no necesita para tales enagenaciones ni aún decreto del Juez, si ellas son motivadas *propter solutionem aeris alieni, vel pro solutione legatorum, vel quando res sunt damnosae, et onerosae haereditati* (1).

El Derecho moderno se ha mostrado más severo que el antiguo en este particular, porque si bien es cierto que en cuanto á los bienes muebles ninguna traba es impuesta al padre administrador, que al decir de Demolombe, es el único juez sobre si conviene ó no venderlos ó conservarlos, para lo cual el legislador se fía tranquilamente al natural amor del padre hácia los hijos; no sucede otro tanto respecto de los inmuebles para cuya enagenación ó gravamen es de común opinión, que aquel necesita la intervención de un consejo de familia especialmente convocado y la aprobación judicial, ni más ni menos que el tutor (2).

Nuestros Códigos nacionales se han inspirado en las mismas ideas, estableciendo con perfecta uniformidad, que el padre no puede enajenar los bienes inmuebles del hijo, en que le corresponden el usufructo y la administración ó ésta sola, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad y previa la autorización del juez competente (arts. 360 del Código de Veracruz, 311 del de Estado de México, 290 del de Tlaxcala, 409 del del Distrito Federal de 1870 y 382 del actual). El Código de procedimientos del Distrito Federal de 15 de Agosto de 1872 decía en el art. 2261 que el padre ó ascendiente en ejercicio de la

(1) Glosa 5 y 7.

(2) Demolombe, tom. 6, núm. 446.—Marcadé *sur l'art.* 389.—Massé et Vergé *sur Zachariæ*, tom. I, pags. 406 y 407.—Arrêt: Bruxelles, 16 juin 1874 (Pasicrisie, 1874, II, 307).

patria potestad, que *pretendiera* la enagenación ó grávanen de los bienes de sus hijos ó descendientes; en los que conforme á las prescripciones del Código Civil le correspondieran el usufructo y la administración ó solo ésta, debía observar lo prevenido en el art. 615 del mismo Código, ó sea el trámite de la subasta pública y judicial, prescrito para los tutores. Esto significaba una nimiedad de precauciones, semejante á la que hemos señalado en la legislación Francesa, en favor de los bienes de hijos de familia; pero al mismo tiempo, una insostenible asimilación de la patria potestad con la tutela, asimilación infundada en nuestro derecho que tan claramente distingue una de otra función jurídica (núm. 19). Con tal motivo eran vivísimas las dudas sobre si dicho artículo 615 del Código Civil de 1870, era también aplicable á la patria potestad, y para no citar sino dos ejemplos, debemos hacer constar que ellos demuestran que la aludida asimilación nunca ha sido respetada en nuestra jurisprudencia, aún antes de la reforma del mencionado art. 2261 en los Códigos de procedimientos civiles de 15 de Septiembre de 1880 y de 15 de Mayo de 1884. Uno de esos ejemplos es el de una viuda que pretendió vender una casa perteneciente por herencia paterna á sus hijos menores, y por la cual se le ofrecía mayor precio que en el que había sido valuada.

El Juez ante quien se hizo tal petición se limitó á nombrar dos letrados para que informaran sobre la necesidad y utilidad de la citada venta, y como el informe fuera en ambos sentidos favorable á la peticionaria, aquel funcionario la autorizó para llevar á cabo el contrato sin otro trámite ni requisito alguno (1). El otro ejemplo nos ofrece la resolución de una mayor dificultad: un padre pretendía

(1) Sentencia del Juzgado 6.º de lo Civil del Distrito Fderal, de 20 de Mayo de 1871 (*El Foro* tom. 1, núm. 17).

la aprobación judicial de la enagenación, ya llevada á cabo, de una casa perteneciente á sus hijos menores por herencia materna. Asaltándole al Juez algunos escrúpulos con motivo de la disposición del art. 2261 del Código de procedimientos, llamó muy especialmente la atención acerca de su contenido al tutor interino, nombrado *ad hoc* á los menores. Dignísimo de reproducción en esta obra nos parece el dictamen del Sr. Lic. Don José Linares, que dió al Juez los verdaderos fundamentos de su fallo. «Nuestro antiguo Derecho, decía el Señor Linares, prohibía á los padres enagenar los bienes de sus hijos: á este respecto era bien clara la l. 13, tit. 2, lib. 4 del Fuero Juzgo:» «Más non puede nada vender ende, nin enagenar, mas todo el fructo debe aver e depender comunalmientre, con sus fñios;» y aún es más explícita la 24, tit. 13, Part. 5.^a: «E como quier que tales bienes como estos deben ser en poder del padre, é puede esquilmar los frutos dellos, con todo esso, non los debe enagenar de ninguna manera.» Sin embargo, la jurisprudencia con razones de incontestable solidez, modificó estas disposiciones de una manera notable. Gregorio López, en la glosa 5.^a de la última ley citada, se expresa así: *Limita, nisi alienet propter solutionem aeris alieni, vel pro solutione legatorum, vel quando res sunt damnosae et onerosae haereditati. Et in casibus sic permissis, poterit pater vendere res filii sine decreto judicis, sed alias alienare; licet in tutore, requiratur decretum judicis. neque enim absurdum est, si patria potestas, quae naturalis est, et primitiva plus possit quam tutoris potestas.* Este antagonismo que se produjo entre el derecho escrito y la jurisprudencia filosófica se reflejó naturalmente en la patria, que desde luego fué demasiado variada, y que por fin én fuerza de la costumbre vino á fijarse en favor de la razón, quedando establecido y sancionado por el uso,

que el padre no necesitaba de licencia judicial para enagenar los bienes que constituyen el peculio adventicio del hijo; y de tal modo se generalizó esta doctrina, que el Señor García Goyena asegura, que nunca fué observada la ley de Partida (*Concordancias del Código Civil*). Parece que algo semejante á lo que pasaba en la legislación patria, tenía lugar respecto de las legislaciones extranjeras, pues al codificarse, conforme al sistema moderno, la mayor parte de ellas ha tócado este punto con precisión y claridad; y aquellas que lo han descuidado, como el Código de Napoleón, han dejado tras de sí la simiente de difíciles y complicadas cuestiones. El art. 409 de nuestro Código Civil está textualmente tomado del 158 del Proyecto de Código Español, cuya mente, según su propio autor, no es imponer al padre las mismas obligaciones que se imponen al tutor para la enagenación de los bienes raíces. «No se requiere, dice el Señor García Goyena, como para el tutor, la intervención del consejo de familia, porque no lo hay en vida del padre ó de la madre y porque la tal intervención sería injuriosa á los padres: ¿qué pariente puede tener la ternura ó interés que ellos por la persona y bienes de sus hijos? Por esto sin duda los Códigos Napolitano y Sardo, á pesar de admitir la tutela del padre y de la madre, se contentan simplemente con el decreto ó aprobación judicial.» A estos Códigos que no exigen más solemnidad que el decreto judicial, pueden añadirse, por que adoptan absolutamente la misma doctrina, el Código Chileno en su art. 255 y el muy recomendable de la República Argentina en su art. 34, tít. 3, sec. 2.^a, lib. I. El Código Francés pasó en silencio este punto, y semejante omisión ha dado lugar á difíciles y complicadas cuestiones. Con lo expuesto basta para descubrir la verdadera inteligencia que debe darse al art. 409 de nuestro

TOM. V.—P. 5

Código Civil, pues de todo ello se deducen los puntos siguientes: 1.º Que la antigua legislación pretendió nivelar en materia de administración á los padres con los tutores, y que la Jurisprudencia reivindicó los naturales fueros de la patria potestad, haciendo caer en desuso las leyes que la oprimían. 2.º Que la generalidad de las legislaciones modernas reconoce en los ascendientes que ejercen la patria potestad, el derecho de enagenar los bienes raíces de sus descendientes, sin más requisito que la autorización judicial. Siendo esto así, y no pudiendo ponerse en duda que nuestro Código está basado en el mismo sistema que los Extrajeros, puesto que aún sus mismas palabras adopta, tampoco puede ser dudoso que debe entenderse del mismo modo que aquellos y aplicarse en idénticos términos. Es por lo mismo evidente que nuestro Código Civil no exige á los padres para enagenar los bienes de sus hijos, mas que el deber de acreditar ante la autoridad judicial que la venta es de absoluta necesidad ó que produce una utilidad cierta, á fin de que el juez intervenga en la enagenación, autorizándola con su respetable aprobación.»

«Pero bien pudiera suceder, que demostrada la necesidad de hacer la venta, no se tuviera en el momento un comprador, y para este caso tendría plena aplicación el art. 615 del Código Civil á que se refiere el 2261 de Procedimientos; esto es, que la finca que se tratara de enagenar, debiera rematarse en pública subasta, y no autorizar al padre para que pudiera hacer la venta de otra manera. En términos mas precisos: si el padre ha celebrado ya el convenio, siendo éste de los que pueden aprobarse, basta la autorización judicial para que el contrato se perfeccione; pero si no se ha celebrado convenio alguno y solamente se ocurre al Juez pidiéndole autorización para enagenar, el Juez no podrá concederla sino bajo el concepto que la venta se haga en su presencia y en almoneda. Esta interpretación s^a desprende

de la letra misma del art. 409 del Código Civil. «El padre no puede enagenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles en que conforme á los arts. 402 y 403 le corresponde el usufructo y la administración ó ésta sola, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad y previa la autorización del Juez competente.» Se comprende sin esfuerzo que pueda justificarse la necesidad de una venta aun antes de que ésta se verifique; pero no se alcanza cómo pueda demostrarse que una venta que aún no se hace, ha de traer utilidad cuando se celebre. Estas palabras: *ó evidente utilidad* tienen que referirse forzosamente á un convenio ajustado, y serian de todo punto inútiles si la mente del legislador fuese que, desechando el contrato celebrado por el padre, tuviese que sacarse en almoneda la propiedad que se pretende enagenar.»

«Concretando estas ideas al caso en cuestión, no puede haber duda en que trae una evidente utilidad á los menores B. que el señor su padre venda en 32000 pesos una propiedad que está estimada en 24000; pero ¿acáso podría garantizarse que, poniendo la casa en almoneda, habría quien diese siquiera su precio íntegro? Asegurarlo sería desconocer los negocios y comprometer á sabiendas los intereses de los menores; lo probable, lo seguro sería que si esta finca se pusiese en subasta, el Señor E. no ofrecería por ella más que las dos terceras partes de su avalúo, y si, como es muy posible, no hubiese otro postor, la finca se vendería en 16,000 pesos, con lo cual no alcanzaría ni aún para pagar á los acreedores, perdiéndose todo por parte de los menores. ¿Cuál sería, pues, la utilidad en este caso? Los usufructuarios perderán sus rentas, los acreedores quedarán insolutos y los menores despojados. No puede haber sido esta la mente del legislador. Para estimar la utilidad resultante en este linaje de operaciones, se necesitan dos puntos de comparación, á saber, el costo ó ava-

lúo y el precio que se ofrezca; si este excede á aquel, la utilidad es evidente; pero si se ignora uno ú otro de los dos puntos, la utilidad no puede apreciarse ni aún en el terreno de las probabilidades. De aquí se deduce que si alguna vez puede autorizarse la venta de un inmueble por la utilidad que resulte, es preciso que haya de antemano un precio estipulado invariable; y por lo mismo cuando la ley concedió que estas ventas se pudieran autorizar por causa de utilidad, implícitamente permitió al padre estipular antes el precio que debía recibir, y le excusó de tener que someter su convenio á los azares de una almoneda.»

«El art. 2261 del Código de Procedimientos se presta también á esta interpretación favorable, porque dice que cuando el padre ó ascendiente *pretenda* enagenar ó gravar los bienes adventicios del hijo, se observe lo prevenido en el art. 615 del Código Civil, nombrándose al efecto un tutor interino; mas no habla del caso en que ya esté celebrado el contrato de enagenación y que solamente se ocurra al Juez para que la autorice. Por otra parte, carecería de objeto el nombramiento de tutor interino, si en todo caso había de tener lugar la almoneda; pues no habría instancia ninguna que sustanciar, una vez que, conforme al art. 2246 del mismo Código, para justificar la necesidad ó utilidad de la venta, basta oír la opinión de dos letrados en ejercicio de la profesión; luego las atribuciones del tutor en estos casos, se refieren á la averiguación que tiene que hacerse sobre la conveniencia ó inconveniencia de que la almoneda se celebre.»

«Bien claro está que si el contrato celebrado por el padre no es útil y productivo para los intereses del hijo, y sin embargo es necesario para salvar estos mismos intereses, el Juez no lo aprobará y deberá determinar que la finca cuya enagenación se pretenda, se venda en almoneda.»

Estas consideraciones fueron reforzadas por el Señor Linares, diciendo que la interpretación que daba á los arts. 409 del Código Civil y 2261 del Código de Procedimientos, era la que en el caso debía seguirse, porque de otra suerte esos artículos se hallarían en terminante contradicción, en cuyo caso el Juzgado tendría que decidirse por el primero, en razón de que éste fué expedido directamente por el Poder Legislativo, y la autorización que se dió al Ejecutivo para que expidiera el segundo, no pudo haber sido tan extensa, que comprendiese aún la modificación de aquél, puesto que un Código de procedimientos no puede ni debe tener más objeto que hacer aplicables en la práctica los principios que forman el Civil.

Por estas razones el Sr. Lic. Linares estableció la siguiente conclusión: «La subasta pública es necesaria en las enagenaciones que pretendan hacer los padres de los bienes adventicios de sus hijos, solamente cuando no hay ajustado un contrato previo, ó cuando á juicio del Juez el que se haya celebrado, sea dañoso para los intereses del menor.»

Por lo mismo concluyó manifestando que el convenio propalado entre D. G. B. y D. A. E. era necesario y útil para los hijos menores del primero, no había razón para poner en pública almoneda la casa que formaba el objeto de dicho contrato, y que pedía al Juzgado se sirviera autorizar á D. G. B. para que enagenara la casa núm 17 de la Rivera de San Cosme en los términos que lo había solicitado. En este sentido fué pronunciada sentencia por el Juez de los autos, 4.º de lo Civil (1).

24. El que ejerce la patria potestad, puede hallarse en conflicto de intereses con el hijo, ya porque aquellos sean

(1) Sentencia del Juzgado 4.º de lo Civil del Distrito Federal, de 13 de Mayo de 1873. (*El Foro*, tom. 1, núm. 2).

comunes á ambos, ora por causa de algún contrato en que el padre administrador pretendiera adquirir algunas ventajas que podrían no serlo para el hijo. En cualquiera de estos casos y no obstante la gran confianza depositada por la ley en el natural amor de aquel á quien se ha encomendado la dirección moral y la administración de bienes del hijo, la simple posibilidad del abuso ha hecho que se tomen precauciones en favor de éste, á fin de evitar en cuánto sea posible el perjuicio ó daño de sus intereses. El Código Francés no ha previsto este caso expresamente en orden á la patria potestad; pero los intérpretes y la jurisprudencia están unánimes en reconocer que, si bien no es necesario, como si se tratara de tutor, el nombramiento de lo que en el tecnicismo de aquel cuerpo de leyes se llama un tutor subrogado, hay lugar al de un tutor *ad hoc*, que según unos debe ser designado por el consejo de familia, y según otros, por el Tribunal (1). Nuestra legislación nacional ha respondido en términos muy claros á la necesidad de ese auxilio para el hijo en el caso en que sus intereses estén en oposición con los del padre (Arts. 361 del Código de Veracruz, 312 del de Estado de México, 294 del de Tlaxcala, 414 del del Distrito Federal de 1870 y 387 del actual). Los dos primeros de esos Códigos hablan de procurador nombrado judicialmente para que represente al hijo; pero sólo en el supuesto de un litigio. El tercero se expresa en términos generales, y los dos últimos, inspirados en este punto por la mayor previsión, exigen que el nombramiento de tutor especial tenga lugar en favor del hijo, ya sea que e conflicto de intereses con los del padre surja en juicio, ya fuera de él, al grado de que según la jurisprudencia del

(1) Arrêts: Turin, 9 janv. 1811 (Sirey et *Palais Chronologique*); Bordeaux, 19 mars 1875 (Sirey 1876, II, 97).—Laurent, tom. 4, núm. 310.—Demante, tom. 1, núm. 137 bis 2.—Demolombe, tom. 6, núm. 422 bis.

Distrito Federal se considera como nulo y de ningún valor ni efecto aun el contrato hecho por el que ejerce la patria potestad y en representación de sus hijos menores sobre bienes pertenecientes á éstos y de que aquél era también copropietario (1).

Esto supuesto, ocurre desde luego preguntar: ¿en todo caso de oposición de intereses entre el padre y el hijo menor, el tutor especial debe ser nombrado por el Juez? La respuesta afirmativa que se funda á no dudarlo en los textos legales que acabamos de indicar, tiene contra si la disposición de que más adelante hablaremos en orden á la tutela dativa. El tutor dativo en efecto debe ser nombrado por el Juez, si el menor no ha cumplido catorce años; pero si es mayor de esta edad, él mismo debe nombrar á aquél, y el Juez no tiene sino que confirmar el nombramiento, si no hay justa causa en contrario. ¿Acaso el tutor especial á que nos hemos referido en el caso de pugna de intereses entre el padre y el hijo, puede ser nombrado por este mismo? La filosofía de la ley protesta terminantemente contra tal interpretación, porque si el fin del nombramiento del tutor *ad hoc* es escudar al hijo contra las influencias perjudiciales del que le tiene bajo la patria potestad, claro es que nada se conseguiría en tal sentido, desde el momento en que ellas eran muy fáciles aún en orden al nombramiento mismo del tutor de que tratamos.

La antinomia, pues, no es sino aparente, y así lo ha considerado la 4.^a Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en una sentencia llena de vigorosos razonamientos. El "considerando" relativo demuestra que la designación del tutor *ad hoc* para mayores de catorce años, pero menores de veintiuno, sujetos á patria

(1) Sentencia del Juzgado 2º de lo Civil del Distrito Federal de 11 de Octubre de 1881 (*El Foro*, tom. 17, núm. 76).

potestad, debe ser siempre hecha por el Juez, primero, porque es terminante la disposición del art. 414 del Código Civil de 1870 que así lo ordena; segundo, porque al hablar el art. 551 de dicho Código de la tutela dativa, dice expresamente que se permite al menor hacer el nombramiento de tutor, añadiendo que el Juez se limitara á ratificarlo, mientras que en el precepto 414 antes citado, ordena que el nombramiento mismo lo debe hacer el Juez, y no solo la ratificación; tercero, porque esto se confirma con el espíritu del precepto citado, pues en efecto tratando la ley de evitar los perjuicios que pudiera resentir el menor, si teniendo intereses opuestos con su ascendiente, éste lo tuviera bajo su patria potestad y ejercitara los derechos que por ella le corresponden, se hacía ilusoria la disposición mencionada, dejándose al mismo menor la facultad de hacer esa elección, en la que podría notoriamente influir el ascendiente bajo cuya potestad se encontrara; y cuarto, porque para interpretar dicho art. 414, debe tenerse presente el 365 del Código Holandés de donde fué tomado aquel, y que previene también expresamente que el nombramiento se haga por el Juez, como lo establece el proyecto del Código Español, y enseña Goyena en la página 170 de su obra diciendo textualmente: "Se nombrará *por el juez* del domicilio, no por el padre interesado, ni por *el mismo menor* (1).

25. Largo sería exponer todos los casos en que el conflicto de que hablamos puede presentarse. Creemos con la generalidad de los tratadistas que es la sabiduría del magistrado la única capaz de resolver en casos dudosos cuando tal conflicto existe. Pero el requisito del nombramiento de un tutor *ad hoc*, una vez llenado, dá lugar á varias im-

(1) Sentencia de la 4ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 25 de Enero de 1881. (*El Foro*, tom. 16, núm. 52).

portantes cuestiones. Ocurre desde luego la siguiente: ¿puede el padre administrador comprar los bienes de su hijo? Un respetable jurisconsulto francés, Aubry, enseña que el padre administrador puede comprar los bienes de su hijo, con tal de que no figure en el contrato, como representante de este último, en cuyo nombre intervendrá un tutor especialmente nombrado (1); pero esta opinion, aunque también seguida por Laurent en Bélgica, ha quedado aislada, estableciendo la doctrina más general que el art. 450 francés, que prohíbe al tutor comprar los bienes del menor, debe ser aplicado por analogía al padre tutor (2). En nuestro derecho actual la presente cuestion es muy controvertible, en razón á que falta en los Códigos nacionales un texto que expresamente la resuelva, á lo cual se añade que en la anterior Legislación, ó sea en la Española, la prohibición del contrato de compra y venta entre padres é hijos era punto resuelto con toda claridad, salvos solamente los bienes castrenses ó cuasi castrenses. La razón en que tal prohibición se apoyaba y que era la de que solamente podían comprar y vender los que eran capaces de contratar y obligarse recíprocamente (*ad invicem*), lo cual no podía suceder entre padre é hijo por reputarse una sola persona, nos parece muy distante de merecer el calificativo de verdadera resolución, pues dejaba en pié la misma dificultad que se trata de aclarar. Con todo puede señalarse, como opinion comun entre los Doctores la que acabamos de expresar (3). En cuanto á nuestra moderna legislación dos interpretaciones surgen con iguales títulos al parecer de exactitud. Según la primera ¿por qué el padre no podría comprar los bienes del hijo en la

(1) *Revue Française* 1844, pág. 681—Aubry et Rau *sur Zacharie* tom. 4 pág. 455

(2) Demolombe, tom. 6, núms. 440 y 441.—Valette, pág. 222,—Dalloz, *Repert* "Puis-sance paternelle" núm. 83

(3) *Partida* 5, tit. V, l. 2.—*Nov. Recop.* lib. 10, tit I. l. 17.—Hermosilla *Ad leg. Partitatum*.—*Sala Novissimo Mexicano* tom. 1, lib. 2, tit 10, núm. 35

misma forma y con los propios requisitos con que puede hacerlo un extraño, es decir, existiendo la razón de absoluta necesidad ó evidente utilidad para el hijo, previa la autorización judicial y sin perjuicio del consentimiento de un tutor interino? Es en el capítulo que trata de los efectos de la patria potestad sobre los bienes del hijo donde solamente debería señalarse la respuesta negativa á esta pregunta; pero desde que nada se encuentra allí en tal sentido ¿sobre qué fundar la prohibición que nos ocupa? No es el padre un mandatario ó administrador á quien deban aplicarse los preceptos que, fundados en una prudente desconfianza, pueden solo haber sido dictados respecto á personas extrañas.

La segunda interpretación pretenderá apoyarse en el texto de algunos de nuestros Códigos (arts 2971 del Código del Distrito Federal de 1870, 2842 del actual y 1325 del de Tlaxcala), según el cual expresamente ha declarado el legislador bajo el rubro: *De los que pueden comprar y vender*, que los hijos de familia pueden celebrar con sus padres éste contrato sobre cualesquiera bienes que pertenezcan á los primeros, como fruto de su personal trabajo y sobre los cuales ya sabemos que tienen toda la propiedad, todo el usufructo y toda la administración. ¿Con qué fin, se preguntará, puede el legislador haber hecho tan terminante afirmación sólo en orden á determinados bienes del hijo, si no es el de excluir todos los otros de la posibilidad de ser comprados por el padre? ¿No será este el caso de aplicar la regla de interpretación: *affirmatio unius est exclusio alterius*? A esto podría objetarse que, cualquiera que sea la exactitud de tal regla, no subsiste menos la dificultad, porque se trata de una prohibición que el legislador no ha formulado en términos expresos y contra la cual no deja de ser también po-

deroso argumento, el silencio absoluto de los Códigos del Estado de México y de Veracruz. ¿Por qué aplicar al que ejerce la patria potestad los preceptos que prohíben al tutor hasta arrendar los bienes del hijo y ser cesionario de créditos contra él? Al hablar del desempeño de la tutela, la ley no da lugar á dudas, porque la prohibición es terminante y explicita. El silencio en orden á la patria potestad ¿no será claro indicio de que el legislador quiso permitir al padre lo que expresamente vedó al tutor? En derecho francés son también muy controvertibles respecto al padre las dos facultades que acabamos de indicar. (1)

26. La administración de los bienes del hijo por el padre no ha sido dejada sin recompensa por la ley, pues se concede á éste el derecho de usufructo bajo condiciones muy favorables, como inspiradas además en el respecto y gratitud, que merece de parte de aquellos á quienes ha dado el ser y por cuya conservación y educación trabaja y se afana sobre todo en los primeros años. Desde antiguo se había establecido que el usufructo legal ó sea el proveniente de la patria potestad, estaba libre de la obligación de fianza: *paterna reverentia eum excusante, et a ratiociniis, a cautionibus et aliis omnibus, quae usufructuarius extraneis à legibus exiguntur* (2), y estas palabras dan bastante á entender que el usufructo paterno ha sido establecido no sólo como premio de las fatigas y cuidados que importa el ejercicio del deber paterno, sino también como homenaje á la autoridad bajo cuya ejida recibimos el ser y se abre y continúa para nosotros la difícil senda de la vida.

Este usufructo goza por su origen mismo de preeminencias que lo hacen diferenciar no poco del establecido por contrato, pues la base de él es la reverencia filial, la cual

(1) Por la afirmativa: Laurent, tom. 4. núm. 316—Arret: Bordeaux 3 janv. 1849 (Sirey, 1852, II, 304)—Por la negativa; Demolombe, tom. 6, número 441 bis, y 442.

(2) *Cod. lib. 6, tit. LXXI, l. 8 § 4.*

excluye cualquiera condición que significara desconfianza ó desacuerdo entre padres é hijos (1), y por esto no está contreñido por la obligación de afianzar, y si solo por la alimenticia de que hemos hablado en otra parte (2), *lex enim*, decía el derecho romano, *quae de patre erga filios máximam confidentiam habet et praesumit illum magis diligere filios quam seipsum et semper capere bonum consilium pro filiis* (3) Sin embargo ya vimos ántes (núms. 2 y 23) que el hijo tenía hipoteca tácita sobre los bienes del padre administrador y no está bien definido ni aun si éste reportaba la obligación de hacer inventario. Sobre este último punto, comentador tan autorizado como Voet decía en pró de la necesidad del inventario: *maxime officio judicis, si judici videbitur utile esse et redundare in favorem et utilitatem filii . . . aut si judici constet aliquem subisse timorem alienationis aut dissipationis* (4); pero Castillo, adoptando una interpretación media, sostenía que el padre estaba sólo obligado á hacer una descripción *in foro conscientiae*, menos solemne que el inventario, como que podía tener lugar en presencia del padre y del hijo y de dos amigos (5).

Nuestro moderno derecho se ha esforzado en ser más preciso que el antiguo en este particular, y así vemos que los Códigos de Veracruz (art. 358), de E. de México (art. 309), de Tlaxcala (art. 289), del Distrito Federal de 1870 (art. 408) y el actual (art. 381) expresan que el usufructo de los bienes concedido al padre lleva consigo todas las obligaciones impuestas al usufructuario, *con excepción de la de*

(1) Castillo, *Opera omnia*, lib. 1, cap. 3, núm. 10.

(2) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 420 y sigts.

(3) *Cod.* lib. 6, tit. 61, l. 6, § 2 y l. 8, § 4.—Castillo, *Opera* lib. 1, núms. 85 y 86.

(4) Voet, *ad Pandect.* lib. 7, tit. 9, núm. 7.—Pinellus, part. 2, l. 1, *Cod. de bonis mat.* núm. 23.—Borginus Cavalcanuo, *De usufruct.* núm. 155.—Merlin, *Repert.* "usufr. patern." § 3, núm. 1.

(5) Castillo, *Opera*, lib. 1, cap. 3, núms. 87 y sigts.

afianzar. Estos mismos Códigos agregan que sobre el usufructo paterno pesa también la obligación alimenticia en favor de los hijos, la cual, según ya lo tenemos explicado (1), tiene lugar aunque el usufructo no exista, como que es deuda natural de los ascendientes, por sólo el hecho de la existencia dada por estos á aquellos. Los Códigos de E. de México y de Veracruz incluyen entre las obligaciones del usufructuario por razón de la patria potestad, la de cubrir los gastos de la última enfermedad y funerarios de la persona de quien los bienes proceden, á semejanza de lo prescrito también por el art. 285 del Código de Napoleon (2).

27. ¿El usufructo paterno tiene siempre lugar? Hemos visto antes levantarse está misma cuestión por lo que hace á la administración paterna (núm. 22), y en orden al usufructo repetimos que algunos de nuestros Códigos, como el francés (art. 387), no consienten esta condición, salva sólo la voluntad del padre.

28. ¿Sobre todos los bienes del hijo, sujeto á patria potestad, pertenece al padre el usufructo con sus exenciones? Hemos visto antes (núms. 19, 20 y 22), como, según algunos de nuestros Códigos, era muy posible que la administración de los bienes adventicios no perteneciese al padre, cuando hubieran sido donados ó legados al hijo con tal expresa condición. No tenemos ya necesidad de repetir lo que también expusimos en orden al usufructo, que en dichos Códigos podía igualmente no pertenecer al padre, supuesta la misma condición, ni más menos que como lo consentia el antiguo derecho, según es de verse en la ge-

(1) Véase tomo 2 de esta obra, núm. 450.

(2) Demolombe, tom. 6, núm. 547—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 818,

neralidad de los autores (1). En derecho francés ninguna duda puede haber acerca de tal posibilidad, dada la terminante declaración del art. 387 del Código de Napoleon (2), siendo sólo de notarse que mientras Merlin, fundado en una sentencia del Parlamento de Navarra, sostiene que la exclusión del usufructo paterno no procede, sino cuando ha sido formalmente pronunciada por el donante ó testador, la moderna jurisprudencia y la doctrina deciden que aquella basta inducirse de los términos mismos de la disposición, como cuando se ha dicho que el ejecutor testamentario no entregará el legado sino hasta el cumplimiento de la mayor edad por el hijo (3).

29. Igualmente no pertenece al padre el usufructo legal de aquellos bienes que pertenecen al hijo exclusivamente ó sea en propiedad, en sus frutos y administración, y de los cuales todas las legislaciones hacen referencia, ya bajo el nombre de peculio *castrense*, ya como producto individual y privado del trabajo é industria del hijo (núms. 2 y 20). Son estos bienes, cuya administración puede corresponder al padre como á cualquier extraño, de los que hablan los arts. 412 del Código del Distrito Federal de 1870 y 385 del actual, diciendo que los padres deben dar cuenta de su gerencia, como meros administradores de ellos: *Cavere et alia subire*, dice Castillo, *prout quilibet alius administrator* (4). No hay, pues, que confundirlos con los bienes de

(1) Sala, *Institut. romano-hispan.* lib. 2, tit. 9, § 1, núm. 6. — *Cód.* lib. 6. tit. 61, l. 6 auth: *excapitur*.—Gregorio López, *glosa* 5^a á la l. 5, tit. 17, Partida 4^a.—Antonio Gómez, *ad leg.* 48 de Toro, núm. 10, § 3.—Sentencia del Juzgado 3^o de lo civil, México, 12 de Abril de 1853 (*Gacet. de Trib.* tom. 1, pág. 723).

(2) *Rep. gener. du journal du Palais*, «Puissance paternelle», num. 24 et suiv. — Arrêts: Besançon, 4 juill. 1864 (*Sirey*, 1865, II, 69)—Orléans, 3 févr. 1870 (*Sirey*, 1870 II, 257).

(3) Merlin, *Rep.* «Usufruit patern.» § 2, num. 1.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1 num. 816.—Arrêt: París, 24 mars 1812 (*Sirey*, 1812, II, 329)—Demolombe, tom. 6, num. 50.

(4) Castillo, *Opera*, lib. 1, cap. 3, num. 107.—Gutiérrez *Hisp. Op. de jur.* part. 1, cap. 1, num. 22.

que tratan los arts. 402 y 403 del primero de esos Códigos y 376 y 377 del segundo, porque muy diferente cosa es que la administración y el usufructo pertenezcan al padre por determinación de la ley, siquiera pueda renunciar ambos en favor del hijo, de que no le correspondan esas investiduras sino por la espontanea y libre voluntad de éste. En efecto así se deduce del sistema mismo seguido por el legislador en ambos Códigos, pues respecto de los bienes de procedencia paterna, materna, de parientes, ó personas extrañas, es la ley misma quien da su administración y usufructo al que ejerce la patria potestad bajo la ejida para el hijo de que ellos no podrán ser enajenados ni gravados de ningún modo sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad y previa la autorización judicial (núm. 23). Esto se corrobora además con la prevención contenida en el art. 1999 inciso 5º del primero de los Códigos citados y 1875 inciso id. del segundo, según los cuales tienen derecho de exigir *hipoteca necesaria* para seguridad de sus créditos, *los descendientes de cuyos bienes fueren meros administradores los padres ó ascendientes, sobre los bienes de estos, para garantir la conservación y devolución de aquellos*. Ahora bien hemos expuesto antes (núm. 26) que el usufructo paterno está libre de la obligación de afianzar, pues él es otorgado por la ley como recompensa de la administración paterna en cierta clase de bienes y como exigido en los mismos á manera de signo de respeto y veneración á los autores de nuestros días. Igual interpretación nos parece deber sostenerse en los Códigos del Estado de México (art. 2060, inciso 5), de Veracruz (art. 2290, inciso id.) y de Tlaxcala (art. 2587, inciso 1). Este último contiene con mayor claridad el concepto que nos ocupa, porque no clasificando los bienes del hijo sino en dos grupos: bienes propios de éste en cuanto al dominio, administración y usufructo, y bienes per-

tenecientes al mismo en propiedad; pero administrados y usufructuados por el padre, que puede conceder á aquel ambos derechos (num. 19), dice en el art. 293 que á los padres *no pueda exigirseles cuenta de la administración de los bienes*. Luego la hipoteca necesaria ó legal en este Código claramente se refiere á sólo los bienes del primer grupo, como establecida en contra de los meros administradores.

30 Los Códigos de Tlaxcala (art. 293,) del Distrito Federal de 1870 (art. 43) y el actual (art. 386) establecen que «los padres deben entregar á sus hijos, luego que estos se emancipen ó lleguen á la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan,» sobre lo cual no vemos que el legislador haya querido establecer otra cosa que la natural y necesaria obligación de todo usufructuario ó administrador de bienes ajenos.

31 ¿Puede el padre renunciar el usufructo que la ley le otorga sobre los bienes del hijo? Esta cuestión no presentaba ninguna dificultad en el antiguo derecho por lo que hace á la renuncia del usufructo en favor del hijo; pero en favor de extraños, creemos que ni aun podía ser propuesta, atenta la naturaleza y condiciones de este derecho, cuya base es la patria potestad. *Quæro*, dice el maestro Antonio Gomez . . . *si pater sua voluntate remittat filio usufructum quem habet in bonis adventitiis, an talis remissio valeat et teneat? Et breviter et resolutivè dico quod sic, et ratione ejus talis usufructus pertinebit filio* (1). En el derecho francés la doctrina está muy dividida bajo ambos puntos de vista. Algunos autores, como Laurent, enseñan que siendo el usufructo legal una recompensa debida al ejercicio del poder paterno, se le debe

(1) A. Gomez, *Ad leg. 48 Tauri*, núm. 9.—Mexico, Sentencia del Juzgado 3.º de lo civil, 12 de Abril de 1853 (Gacet. de Trib. tom. 1. pág. 723).

considerar como un derecho pecuniario más bien que como un derecho moral, de lo cual se sigue que no es de orden público; que el Código Civil consagra una consecuencia de este principio declarando (art. 387) que pueden ser donados los bienes al hijo bajo la condición de que los padres no tendrán su usufructo; no puede en consecuencia prohibirse ninguna convención que tuviera por objeto privar al que ejerce la patria potestad de un derecho meramente material, bajo el pretexto de que el poder paterno es de orden público. Estos autores aceptan por lo mismo, como perfectamente lícitos, aún la hipoteca, venta, arrendamiento y cualquier otro contrato de enagenación del usufructo paterno, ya sea en favor del hijo, ya en el de extraños (1).

Pero otros tratadistas profesan la doctrina contraria, á lo ménos en orden á personas extrañas, fundándose precisamente en las condiciones de existencia y extinción del usufructo legal, que importan para el que ejerce la patria potestad obligaciones incompatibles con la enagenación de aquél á otro que al mismo hijo (2).

Nuestro derecho actual no se ocupa expresamente sino de la renuncia del usufructo en favor del hijo, y del caso en que le hayan sido donados ó legados los bienes adventicios bajo la condición de que el padre no goce de tal derecho. Este no es, pues, una consecuencia necesaria de la patria potestad, la cual puede existir sin él. Así se desprende de las disposiciones contenidas en los arts. 355 del Código de Veracruz, 306 del de Estado de México, en la parte en que suponen la posibilidad de que el padre no

(1) Laurent, tom. 4, núm. 324.—Proudhon. *Trait. des droits d'usufruit*, tom. 1, núms. 181 y 183.—Magnin, *Minor*, tom. 1, núm. 282.—Duvergier, *vente*, tom. 1, núm. 213.

(2) Duranton, tom. 3, núm. 403 bis y tom. 4, núms. 267 y 486.—Demante, tom. 2, núm. 129 bis.—Demolombe, tom. 6, núm. 527.

tenga el usufructo de los bienes adventicios por expresa voluntad de los donantes ó testadores, y en los 286 y 292 del de Tlaxcala, 402, 403 y 411 del del Distrito Federal de 1870 y 376, 377 y 384 del actual, según los cuales puede renunciar el todo ó parte del usufructo que la ley le concede, debiendo tal renuncia considerarse como donación á favor del hijo.

32. ¿Podrá inferirse de estas disposiciones que el padre puede enagenar ó gravar de cualquier modo en favor de extraños semejante derecho? Si se registran los textos de nuestros Códigos sobre compraventa, cesion de derechos, arrendamiento, etc., etc., ciertamente no encontramos ninguna prohibición á este respecto. Con todo creemos que la prohibición se deriva de las condiciones mismas del usufructo legal. Hemos visto ántes (núm. 26) que éste tiene las cargas de la alimentación, sostenimiento y educación de los hijos, las cuales son, á no dudarlo, incompatibles con cualquiera enagenación, voluntaria ú obligada del usufructo, aun cuando se suponga lo que materialmente no es imposible, que el padre no enagenase su derecho sino mediante la reserva de los gastos de familia y los alimenticios. Porque, ¿cómo determinar de antemano y de una manera fija, en forma de presupuesto, lo que es por su naturaleza tan variable, tan incierto, tan relativo como que depende de la importancia de las rentas, de la posición social, de la edad, de la salud, de la capacidad intelectual del hijo, de sus disposiciones, etc., etc? Y si es sólo el padre el designado por la naturaleza y por la ley, para seguir atento y vigilante la marcha de la educacion del hijo ¿cómo poner tan grave responsabilidad á merced de las economías y advertencias egoistas de un extraño, siempre interesado en disminuir los gastos y acrecentar los productos? Añadamos á esto que si el usufructo paterno está

exento de la obligación de afianzar (núm. 26), tal prerrogativa tiene su aplicación en la absoluta confianza inspirada por el natural amor de los padres hacia los hijos, cuyo porvenir tiene que ser y es las más veces, el objeto de todos sus afanes. Y, ¿vamos á hacer extensiva aquella prerrogativa á personas extrañas? Lo contrario nos parece evidente bajo el punto de vista de los principios que rigen el usufructo paterno. Sin embargo, fuerza es reconocer que por silencio de nuestras leyes, puede invocarse un vigoroso argumento en pró de la doctrina de Laurent y demás autores ántes citados. En efecto, si la intención de los legisladores hubiera sido prohibir la venta de este usufructo, ¿no es natural suponer que la prohibición constase tan expresamente, como al tratarse de la hipoteca (arts. 1951, inciso 4 del Código del Distrito Federal de 1870; 1834, inciso idem del actual y 2545, inciso idem del de Tlaxcala)? ¿Por qué si se ha pronunciado la prohibición de hipotecar el derecho del padre de percibir los frutos de los bienes adventicios del hijo, hemos de inferir aquella, ante el absoluto silencio de esos Códigos, en orden á la venta, á la cesión de derechos, al arrendamiento, etc., etc? Es seguramente éste un grave motivo de duda, á la cual no dan lugar los Códigos de Veracruz y Estado de México, que no contienen ninguna declaración sobre el particular.

33. Mas no hay que confundir el usufructo paterno, como derecho fundamental, con sus efectos ó resultados reales y positivos, los cuales, una vez obtenidos, constituyen sin duda alguna, la propiedad exclusiva y perfecta del padre, quien puede hacer de ellos lo que le plazca. En este sentido opinan todos los autores y la jurisprudencia es aquí en gran parte conforme á la doctrina, que los acreedores de los padres usufructuarios pueden embargar los frutos que les pertenezcan en cuanto sean de estos y no se perjudique

el deber de alimentación á que el usufructo paterno está sujeto por la ley (1). Sin embargo, como prueba de que aun puede haber alguna duda sobre esta materia, creemos conveniente mencionar que dos sentencias han declarado que los intereses de capitales debidos al menor, por no pertenecer al padre sino á cargo de sostener y educar á aquel, jamás pueden ser embargados por sus propias y personales deudas, pues el goce de los bienes del hijo no es acordado al que le tiene bajo patria potestad, sino para ponerle en condiciones de llenar mejor la obligación que tiene de educar al hijo. (2).

34. Supuesta la facultad que al padre asiste de renunciar el usufructo ¿pueden sus acredores reclamar contra su ejercicio en un caso dado, como fraudulento de sus derechos? A reserva de tratar extensamente este punto, al ocuparnos más adelante del *usufructo* en general y de los contratos hechos *en fraude de acredores*, ya que con ambos se relaciona intimamente, debemos declarar que su resolución es de las más difíciles en derecho civil, pues para darla, surgen en ardiente conflicto por un lado las facultades inherentes á la patria potestad y exigidas por el bien del hijo, y por el otro, los respetos jamás negados al derecho inviolable de propiedad, contra el cual no ha de permitirse que prevalezcan impunemente las artimañas y fraudes de los deudores. En derecho romano esta controversia era resuelta en favor de los acredores á quienes daba la acción *pauliana* el Edicto del Pretor, cuyos términos eran tan generales que comprendían no solo las enajenaciones propiamente dichas, sino toda especie de actos ó

(1) Duranton tom. 4, núm. 486.—Proudhon, *Trait. d'usufr.* núms. 219 y 220.—Rouland de Villargues. "usufr. legal." núm. 64.—Demolombe, tom. 6, núm. 528.—Marcadé, *sur l'art. 385* núm. 2.—Arrêts: Colmar; 27 janv. 1835 (Sirey, 1835, II, 246) Lyon, 23 juin 1849 (Sirey, 1849, II, 682).

(2) Arrêts: París, 19 mars 1823 (Sirey *et Palais chronologique*, 10,331); Bordeaux, 19 juin 1849 (Sirey 1849, II, 281).

contratos que el deudor pudiera celebrar en fraude de los acreedores: *Ait ergo praelor: quae fraudationis causa gesta erunt: haec verba generalia sunt et continent in se omnem omnino in fraudem factam vel alienationem, vel quemcumque contractum. Quodcumque igitur fraudis causa factum est, videtur his verbis revocari, quaecumque fuerit; nam late ista verba patent (1). Per hanc actionem et usufructus exigi potest (2).* La acción pauliana procedía, pues, no solo cuando el deudor disponía de una cosa por medio de contrato, sino también cuando se dejaba condenar de propósito y con designio de defraudar derechos ajenos, ó consentía en la deserción del recurso de alzada, ó en la prescripción de un crédito ó en la pérdida de un derecho de usufructo ó servidumbre: *Gesta fraudationis causa accipere debemus, non solum ea quae contrahens gesserit aliquis, verum etiam si forté data opera ad iudicium non adfuit, vel litem mori patiatur, vel a debitore non petit ut tempore liberaretur, aut usumfructum vel servitutem amittit (3).* Así es que aquel que ha hecho una cosa cualquiera, por la cual cesa de poseer lo que poseía, está comprendido en el edicto pretoriano: *et qui aliquid facit, ut desinat habere quod habet, ad hoc edictum pertinet (4).*

En el moderno derecho reina la más profunda división acerca de este punto, tanto entre los autores, como en la Jurisprudencia. El Código Francés (art. 622) expresa que los acreedores del usufructuario pueden hacer anular la renuncia que éste hiciese en perjuicio de ellos, en lo cual se manifiestan conformes nuestros Códigos nacionales, como es de verse en los arts. 750 inciso 6.º del de Vera-

(1) *Dig. lib. 42, tit. 8, l. 1, § 2.*

(2) *Dig. lib. 42, tit. 8, l. 10, § 15.*

(3) *Dig. lib. 42, tit. 8, l. 3, § 1*

(4) § 2 de la ley anterior.

erúz, 698 inciso idem del de Estado de México, 1026 inciso idem del del Distrito Federal de 1870 y 925 inciso idem del actual, refiriéndose al usufructo en general: ¿No habrán de aplicarse estos textos á la renuncia del usufructo paterno hecha en fraude de los acreedores? Si tal manera de extinguirse el derecho sobre los bienes del hijo, que la ley concede al que ejerce la patria potestad, fuese un mero acto de la voluntad de éste, sin relación alguna con el ejercicio de tan importante investidura en el seno de la familia, ninguna dificultad habría en resolver afirmativamente la presente cuestión, puesto que, al quedar ilesos los intereses morales de la patria potestad, se revocaba solamente la renuncia á un derecho material, que podía perjudicar á los acreedores, aplicándose en ello el principio de vulgar jurisprudencia, que nadie debe disminuir con sus actos é injustamente el patrimonio de otros. Más como el derecho de usufructo concedido al padre se acaba por la emancipación del hijo, y tal acto, según después veremos, es voluntario en aquel (arts. 291 del Código de Tlaxcala, 410 del del Distrito Federal de 1870 y 383 del actual), si se resuelve, como acabamos de indicar, el punto que estudiamos, tendrá que decirse que los acreedores pueden también nulificar acto tan soberano y respetable y de tan importantes consecuencias, como la concesión que el jefe de la familia hace á sus hijos de derechos de los cuales los considera dignos, y en orden á la cual sería funestísimo que personas extrañas interviniesen para embarazarla y aún impedirla, por solo el motivo de que fuese contraria á sus intereses materiales. No han faltado con todo autores de gran nota que, aún bajo el imperio de la nueva legislación, han autorizado tan grave ataque á la soberanía del padre de familia y á los derechos morales del hijo (1). Mas, como lo hace observar Demolombe, la

(1) Merlin, *Questions de Droit*, "Usufru. patern" § 1.—Catellan, lib. 6, chap, 14

doctrina contraria ha reunido el mayor número de sufragios tanto en el antiguo derecho como en el nuevo (2). Nos parece que la interpretación de este tratadista resuelve por completo toda dificultad. O se trata de renuncia directa del usufructo, ó la extinción de éste es consecuencia de la emancipación del hijo. Si lo primero, los acreedores pueden ejercer el derecho que en general les dá la ley contra actos fraudulentos de sus deudores y perjudiciales á aquellos; si lo segundo, como la acción pauliana supone un acto de interés pecuniario en perjuicio de los acreedores, y la emancipación es un derecho del poder paterno, es decir, un derecho de orden público, éstos no pueden oponerse á ella, por más que produzca *ipso facto* la pérdida del usufructo para el padre. La razón es evidente: los derechos de los particulares deben detenerse ante el interés social; es así que éste sería lesionado profundamente en la institución de la familia, si fuera permitido á individuos extraños poner trabas al ejercicio del poder paterno en uno de sus actos más importantes, el que otorga al hijo la libertad é independencia de su vida de que se ha hecho merecedor en concepto del padre, ya por razón de edad, ora á causa del desenvolvimiento de sus facultades intelectuales y morales; luego individuos extraños no pueden ser parte para oponerse á tal acto, consentido por el hijo, y aprobado además judicialmente.

35. ¿Desde cuándo deben tomarse los frutos que al padre pertenecen sobre los bienes del hijo? Aunque á primera vista parezca ociosa esta cuestión, no lo es en realidad si se atiende á que el usufructo paterno, como al principio lo expusimos, ha sido establecido por la ley, no solo como homenaje de respeto debido al que ejerce la patria potes-

(2) Demolombe, tomo 6, núm. 594.

tad, sino también en la generalidad de los casos, como recompensa de los trabajos y cuidados que tal ejercicio importa. Esto supuesto, no parece lógico y natural, que la recompensa tenga lugar aún antes de que el padre entre en posesión de los bienes del hijo, pues hasta entonces comienza en verdad la administración paterna con sus atenciones y responsabilidades. Esto nos parece de una abrumadora evidencia. Sin embargo, supóngase que tales bienes del hijo ó cantidades de dinero sobre los cuales pertenece al padre el derecho de usufructo, han estado produciendo rentas ó réditos antes de que el padre tomase posesión de unas y otras, ¿ingresarán al usufructo esas rentas ó réditos? Los arts. 357 del Código de Veracruz, 308 del de Estado de México, 287 del de Tlaxcala, 406 del del Distrito Federal de 1870 y 379 del actual, responden á una que los réditos y rentas que se *hayan vencido* antes de que el padre entre en posesión de los bienes cuya propiedad, conforme á lo expuesto antes, pertenece al hijo, forman parte del capital de éste y *no son frutos que debe gozar el padre*.

36. Muchas otras cuestiones se nos ocurren con respecto al usufructo paterno; pero teniendo que volver á tratar este punto al ocuparnos en el estudio del usufructo en general, nos reservamos para entonces el examen minucioso de ellas á fin de no incidir en repeticiones, y pasamos desde luego á explicar los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, que también influyen en el goce del usufructo, bajo las condiciones que en su oportunidad diremos.

CAPÍTULO III.

DE LOS MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

Art. 388.—La patria potestad se acaba:

I. Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga:

II. Por la emancipación:

III. Por la mayor edad del hijo.

Art. 389.—La patria potestad se pierde:

I. Cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que importe la pérdida de este derecho:

II. En los casos señalados por los arts. 245 y 248.

Art. 390.—Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio, si trata á los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, ó les impone preceptos inmorales, ó les dá ejemplos ó consejos corruptores.

Art. 391.—La patria potestad se suspende:

I. Por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2.º y 3.º del art. 404:

II. Por ausencia declarada en forma:

III. Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Art. 392.—Los padres conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

Art. 393.—El padre podrá nombrar en su testamento a la madre y a las abuelas en su caso, uno ó más consultores, cuyo dictamen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente.

Art. 394.—No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida ó suspensión de aquel derecho.

Art. 395.—Cuando la suspensión se funde en ausencia ó locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento anterior a la declaración de ausencia, ó a la enajenación mental.

Art. 396.—La madre ó abuela que dejare de oír el dictamen del consultor ó consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio Público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos ó nietos, a instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.

Art. 397.—La madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad ó el ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho.

Art. 398.—El ascendiente que renuncia la patria potestad, no puede recobrarla.

Art. 399.—La madre ó abuela viuda que vive en mancebía ó dá a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el art. 366.

Art. 400.—La madre ó abuela que pasa a dsegun sanup-

cias, pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá á la tutela conforme á la ley.

Art. 401.—La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

Art. 402.—La madre ó abuela que volviese á enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias.

SECCIÓN 3ª

TÉRMINO DE LA PATRIA POTESTAD Y DE LOS DERECHOS Y DEBERES QUE LE CORRESPONDEN.

37. Instituido el poder doméstico no sólo como una facultad del jefe de la familia, sino también y muy principalmente para servir á la educación y dirección del hijo, debe naturalmente resentir todas las modificaciones que se operen en orden á esos fines, ya en el padre mismo, ya en el hijo, y según que ellas sean radicales y definitivas ó meramente pasajeras y subsanables, así la patria potestad acabará para siempre, variará tan sólo de persona que la ejerza ó se suspenderá su ejercicio, reapareciendo después de que haya cesado la causa. No es lo mismo, en efecto, que fallezca el padre, si no hay ninguna otra persona en quien recaiga la autoridad sobre el hijo, que el que se ausente ó sea privado temporalmente del ejercicio de aquella. En el primer caso, la patria potestad habrá concluido por completo, y si el hijo es aún menor de edad, habrá que pensar tan sólo en la tutela; en el segundo, subsistiendo la misma condición civil de éste, sólo cambiará la persona

del *pater familias*. A estos cambios posibles, corresponde la triple gradación que los legisladores modernos, separándose del laconismo del Código francés en este punto, han establecido, y por esto dicen que la patria potestad se *acaba*, se *pierde* ó se *suspende*.

Recorramos, pues, estos varios casos que la legislación supone, no sin recordar que todas las legislaciones modernas están conformes en que la patria potestad, como institución protectora y autoritaria de la familia, es inacabable, porque como lo declaran todos nuestros Códigos, los hijos, *cualesquiera que sean su estado, edad y condición*, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes (arts. 371 francés, 341 del de Veracruz, 292 del de el Estado de Mexico, 278 del de Tlaxcala, 389 del de el Distrito Federal de 1870 y 363 del actual). El Código francés no responde á la cuestión sobre el término de la patria potestad sino con los arts. 372 y 373, de los cuales el primero expresa que el hijo permanece bajo la autoridad de ambos padres [*leur autorité*] hasta que llega á su mayor edad ó tiene lugar su emancipación, y el segundo, que el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio. De estos preceptos podemos deducir que la patria potestad en Francia *acaba* con la muerte de ambos padres, con la mayor edad del hijo ó con su emancipación. No hay que olvidar lo que en otra parte hemos notado (núm. 8), es á saber, que tan severo y riguroso laconismo de la ley francesa ha dado lugar á no pocas cuestiones en la doctrina y la jurisprudencia, que con toda claridad se hallan resueltas en nuestras leyes nacionales. Inspiradas éstas en el proyecto de un Código civil español del Sr. Goyena, establecen que la patria potestad unas veces se *acaba*, otras, se *pierde* y otras, se *suspende*. Sucede lo primero cuando fallece la persona que ejerce la patria potestad, si no ha

otra en quien recaiga ese derecho; cuando el hijo es emancipado ó llega á la mayor edad. (arts. 313 del Código del Estado de México, 295 del de Tlaxcala, 415 del del Distrito Federal de 1870 y 388 del actual). El Código de Veracruz (art. 362) difiere de los anteriores en que expresa que la muerte *de los padres ó del hijo* acaba con la patria potestad.

La sencillez de estos conceptos nos dispensaría de hacer otra cosa que enunciarlos, si no marcaran en más de un punto, una reforma notable respecto al antiguo derecho. Si en cuanto á la muerte del padre ninguna ^{en} divergencia podemos señalar, no sucede lo mismo ^{con} respecto á la muerte del hijo en cuyo caso se aplicaba el principio general, de que la muerte del propietario no extingue el usufructo (1). Acabamos de ver que uno de nuestros Códigos declara expresamente lo contrario, y aunque los demás se limitan á la muerte del padre, ^{creemos} que ninguna duda puede surgir á este respecto, una vez que el usufructo es consecuencia de la patria potestad cuyas obligaciones ya no tienen razón de ser después de la muerte del hijo. El antiguo principio naturalmente se derivaba de la omnipotencia del *pater familias* á quien pertenecían todas las adquisiciones del hijo, ora en propiedad, ora en usufructo, sin ninguna ó muy poca consideración á este último, mientras aquel viviese como jefe absoluto del hogar, y en el mismo sentido debe entenderse la legislación española que igualmente declara como el usufructo que nos ocupa debía ser del padre «en su vida, por razón del poderío que há sobre el hijo (2)». Vinculada toda propiedad en el señor de la casa, no había para qué atender á si el hijo muer-

(1) *Cod. lib. 6, tit. 56, l. 7, § 1.*—Merlin, *Rep. "Usufr. patern."* § 4.

(2) Partida 4, tit. 18, l. 5.—Gómez, *Coment.* ad l. 6, núm. 12.

to podía ó no ser sucedido por sus herederos legítimos ó testamentarios. El derecho moderno, pues, difiere radicalmente del antiguo en este punto (1). En cuanto á la mayor edad y la emancipación, la reforma de las leyes nuevas aparece con la misma claridad, porque ni aquella hacía salir al hijo de la patria potestad, ni ésta se verificaba bajo las condiciones que hoy se han establecido. A reserva de tratar de ambos puntos extensamente más adelante, bástenos por el momento consignar que en el Derecho romano la mitad del usufructo paterno continuaba aun después de la emancipación, lo cual fué un progreso llevado á cabo por Justiniano respecto al derecho anterior que prescribía adquiriese el padre, después de aquel acto, la tercera parte del dominio de los bienes pertenecientes al hijo (2). En este mismo espíritu se inspiraron, según antes lo hicimos notar (núm. 5), nuestras viejas leyes patrias (3), si bien en el particular son no pocas las cuestiones que de ellas se han originado entre los autores sobre si el padre retiene la mitad del usufructo ó todo íntegro, según que la emancipación tubiera lugar por voluntad de aquél ó por ministerio de la ley (4).

38. El término de la patria potestad no siempre es radical y definitivo en el sentido de que tenga lugar por causas pertenecientes á la naturaleza misma del que ejerce aquel derecho ó del hijo sobre quien es ejercido. Veces hay en que la patria potestad se pierde, ya porque el padre es condenado á alguna pena que trac, como necesaria

(1) Duranton, tom. 8. núm. 392.—Marcadé, *sur Part.* 386, núm. 7.—Demolombe tom. 6, núm. 555.—Laurent, tom. 4, núm. 305.

(2) Inst. lib. 2, tít. 9, § 2.

(3) *Fuero juzgo*, lib. 4, tít. 2, l. 13.—*Fuero Real*, lib. 3, tít. 4, l. 7.—*Partida 4*, tít. 18, l. 15.

(4) Véanse sobre estas controversias á Gregorio López, glosa 6 á la l. 15, tít. 18, Part. 4; á Palacios Ruvios *de donat, inter vir. et uxor.* § 42 *in fine*; A Gómez, *Coment.* á la l. 48, *Tauri*; Acevedo, *Coment.* ad l. 7, tít. 18, Part. 4; Llamas y Molina; l. 18 de Toro.

consecuencia, la desaparición de este derecho, ora porque por virtud de un cambio verificado en la familia, se hace inevitable que el hijo cambie hasta de lugar donde deben ser vigiladas su conducta y educación. Estos principios se encuentran reconocidos desde nuestra antigua legislación patria, ya en orden á los casos en que el padre hubiera cometido alguno de esos delitos que afectan la constitución de la familia (1), ya para el evento de haber sido pronunciado el divorcio entre los cónyuges (2).

El código francés responde también á estas ideas siempre por medio del art. 372 que la doctrina y la jurisprudencia han aplicado unas veces en combinación con el 535 del Código penal y otras, relacionándolo con el 267 de aquel cuerpo de leyes, y para no repetirnos en este punto, remitimos al lector á lo que en otra parte de esta obra hemos expuesto ampliamente (3).

Nuestra legislación nacional es más precisa sobre esta materia, como es de verse en los arts. 416 del Código del Distrito Federal de 1870; 389 del actual; 314 del de Estado de México; 363 del de Veracruz y 296 del de Tlaxcala, todos los cuales expresan que la patria potestad se pierde, cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que lleve consigo la pérdida de tal derecho, ó cuando por razón del divorcio haya de modificarse el ejercicio de la patria potestad. Dos cosas llaman solamente nuestra atención con respecto á nuestras leyes en este punto. Es la primera que los Códigos de Veracruz y Estado de México, solo suponen que la patria potestad se pierde en el caso de divorcio después de que éste ha sido declarado, no obstante que esos mismos códigos en los arts. 236 el primero

(1) *Part. 4^a*, tít. 18, l. 6.—*Fuero Juzgo* lib. 4, tít. 4.—*Fuero Real*, lib. 4, tít. 33.—*Nov Recop.*, lib. 7, tít. 37.—*Part. 4*, tít. 20.—l. 4.

(2) *Fuero Real*, lib. 3, tít. 8, l. 3.—*Part 4*, tít. 19, l. 3.

(3) Véase tomo 3^o de esta obra, núms. 175 y siguientes.

y 194 el segundo, bien claro dicen que la patria potestad puede ser arrebatada á aquel de los cónyuges que fuere inocente de las causas del divorcio, aun antes de que se pronuncie sentencia sobre él.

39 Puede sin embargo suceder que el que ejerce la patria potestad, ejecute actos que, aunque en sí mismos no constituyan alguno de los delitos á que antes nos hemos referido, importen un abuso grave de la autoridad paterna ó sean un verdadero peligro en el orden físico ó moral para el hijo. ¿La falta de delincuencia legal, que hará imposible la aplicación de los artículos relativos del Código penal que prefijan las penas de los delitos en contra del orden de la familia, impedirá también que la patria potestad se pierda? Esto sería contrario á los fines para cuyo logro se ha establecido la patria potestad, institución que asume no solo el carácter de autoridad sobre el hijo, sino también y muy principalmente el de protección en favor de él mismo. Los preceptos de nuestros códigos que acabamos de exponer, responden al caso en que se trate de un verdadero delito en contra de la familia; ¿no habrá otros que provean á la necesidad de hacer tan puro como sea posible, el ejercicio del poder protector que se encuentra á la cabeza de aquella? El antiguo derecho enumeraba, entre las causas forzosas de emancipación, el castigo cruel del hijo y su corrupción por el padre (1), quien incidía á no dudarlo, con tales actos en verdaderos y punibles delitos. Mas como hay también acciones que sin ser previstas por el legislador en el catálogo de las delictuosas, acusan con todo en el agente cuando menos predisposición para aquellas, el derecho moderno, atento á escudar la familia contra todo lo que pueda mancharla, ha fijado su atención en este punto y considerado que hay

(1) *Dirg.* l. 5, tít. 12, lib. 3.—*Cod.* l. 12, tít. 4, lib. 1.—*Partida* 4, tít. 18, l. 18.—*Donellus* *op.* lib. 2, cap. 26, núm. 20.

también actos que aunque no revistan todos los caracteres de verdaderos delitos contra la familia, son bastante serios para amenazar su buen orden y conservación, ya por los funestos frutos que de sí mismos pueden dar, ora por la perversidad que denuncian en sus autores, quienes resultan indignos del ejercicio de una facultad expuesta en sus manos á mil gravísimos peligros en daño de los hijos. Excepto el Código de Napoleón que guarda silencio sobre el particular, de lo que se ha originado gran diversidad en la jurisprudencia y en la doctrina (1), la mayor parte de los Códigos modernos otorga á los tribunales la facultad de privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio por actos de excesiva severidad, por falta de educación, por preceptos inmorales ó por ejemplos ó consejos corruptores. Entre estos Códigos son dignísimos de mencionarse los nuestros, que llegan hasta la enumeración tan minuciosa como era posible en el severo y conciso idioma del legislador, de los actos que sin ameritar la imposición de una pena, por no constituir delitos propiamente dichos, importan en contra de quien los ejecuta la indignidad del poder paterno (arts. 364 del Código de Veracruz; 315 del de Estado de México; 417 del del Distrito Federal de 1870 y 390 del actual). El Código de Tlaxcala, mudo como el francés, sobre el punto que nos ocupa, ó dará lugar á vivas controversias sobre su aplicación, ó habrá de interpretarse contra lo que hemos dicho, en el sentido de que solo los verdaderos delitos á la familia adversos, obliguen á la privación de la patria potestad. El Código de

(1) En favor de la privación de la patria potestad: Merlin, *Rep. "Education,"* § 1. —Demante, tom. 1, núm. 365, note 1.—Demolombe, tom. 6, núm. 367.—En contra: Baudry.—Lacapitèrie, tom. 1 núm. 800.—Laurent, tom. 4, núm. 265.

Veracruz, en el artículo que acabamos de citar, contiene un concepto que no puede menos que contribuir á graves confusiones en su aplicación. Dice este texto legal, que la «excesiva dureza del padre en el trato con sus hijos, puede autorizar á los tribunales para privarlo de la patria potestad ó modificar su ejercicio.» ¿Los preceptos, ejemplos ó consejos corruptores no autorizarán igual proceder? El precepto que nos ocupa contesta que sí, *siendo viudo* el padre. No comprendemos esta condición á que el legislador Veracruzano parece haber querido sujetar la segunda causal para la pérdida de la patria potestad, pues en ambos estados del padre de familia, es posible la indignidad que se señala.

40. Hemos dicho que los textos legales á que acabamos de referirnos, no tratan de delitos que además de la pena señalada en la ley respectiva, ameritan la pérdida de la patria potestad. Se trata, pues, de actos que el legislador ha considerado como motivos de indignidad para la patria potestad, en su afán de hacer de la familia una escuela para todas las virtudes y el asilo sagrado y protector en favor de los débiles hijos. Y como son genéricas las expresiones empleadas en la ley, toca á los tribunales en cada caso particular, interpretarlas y aplicarlas de acuerdo con los fines fundamentales de la familia. "Hay abuso de la autoridad paterna, dice Lnurent (1), si los padres, en lugar de educar á sus hijos, los maltratan rehusándoles los alimentos necesarios á la vida, golpeándolos, aun cuando los golpes no constituyan un delito criminal. Se encuentran á veces monstruos, que se complacen en atormentar á sus hijos; son de ordinario madrastas ó padrastos; En

(1) Laurent, *Avant projet*, art. 370.

cualquiera de estas hipótesis, el abuso de la autoridad debe ser castigado con la destitución."

41. Nos resta saber cuando la patria potestad solamente *se suspende*. Ni el antiguo derecho, ni el Código francés contienen en términos claros ninguna disposición según la cual deba en ciertos casos operarse simplemente tal modificación en el ejercicio de aquella autoridad. Pero conforme á la doctrina y jurisprudencia basadas sobre este cuerpo de leyes, la suspensión pertenece á la facultad concedida á los tribunales de moderar ó limitar el ejercicio del poder paterno cuando como lo hemos expuesto, hay abuso de parte del padre ó peligro para el hijo, siquiera éste provenga de la deficiencia con que el encargado de la patria potestad llena sus deberes (1). Más clara nuestra legislación nacional é inspirada en los Códigos de varias naciones que en no pocos puntos han mejorado las leyes civiles francesas (2), expresa que la patria potestad se suspende: I por incapacidad declarada judicialmente; II por ausencia declarada en forma; y III por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión (arts. 365 del Código de Veracruz; 316 del de Estado de México; 297 del de Tlaxcala; 418 del del Distrito Federal de 1870 y 391 del actual). Si en cuanto á las dos últimas causas para la suspensión de la patria potestad no presentan nuestros Códigos ninguna diferencia, se observa todo lo contrario respecto á la primera, ó sea, la que consiste en la incapacidad del padre, judicialmente declarada. Se sabe que desde el antiguo

(1) Pothier, *Trait. des pers.*, part. 1, tit. 6, sect. 2, núm. 134.—Marcadé, *sur l'art.* 373.—Masse y Vergé, *sur Zachriac*, tom. 1, § 186.—Demolombe, tom. 6, núm. 296.—Arret: Alger, 27 juin 1864 [Sirey: 1864, II, 288].

(2) Código civil argentino, art. 47.—Código civil chileno, art. 262.—Código civil portugués, art. 168.—Código civil austriaco, art. 176.

derecho (1) eran reconocidos como incapaces no solo los locos y sordo mudos, sino también los pródigos en orden á los cuales son notables las siguientes palabras del orador romano: *Prodigi sunt qui èpulis et viscerationibus, et gladiatorum muneribus, ludorum venationumque apparatus, pecunias profundunt in eas res, quarum memoriam aut brevem, aut nullone omnino sint relicturi* (2). La incapacidad por esta causa ¿subsiste aun en nuestro moderno derecho entre las que motivan la suspensión de la patria potestad? Así lo declaran los Códigos de Veracruz (art. 566), el de Estado de México (arts. cit. 517 y 518) y el del Distrito Federal (arts. cit. frac. 2, 432 y 472); pero reconociendo todos que la suspensión de la patria potestad por causa de prodigalidad solo se entiende con respecto á los bienes del hijo en cuya administración el padre pródigo permanece sujeto á su tutor ó curador. El Código del Distrito Federal, actualmente vigente y el de Tlaxcala, no aceptando la incapacidad del pródigo en ningún sentido, tampoco la enumeran al tratar de las causas que interrumpen el ejercicio de la autoridad paterna. "La prodigalidad, decía en su dictamen la primera comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, al motivar la reforma del Código Civil de 1870, es un defecto que no puede definirse con entera precisión, y que por lo mismo no es fácil calificar con exactitud. Lo que para unas personas podrá ser un exceso de lujo y despilfarro, para otras viene á ser una necesidad de que no pueden prescindir: esto depende de los hábitos, de la educación, del círculo en medio del cual se vive, y de otras mil circunstancias que no pueden ser

(1) *Partida* 6, tít. 16. l. 4.—*Partida* id, tít. 1, l. 9.—*Partida* id, tít. 1, lib 13.—*Partida* 3, tít. 6, l. 2.—*Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 1.—Gutiérrez Fernández, *Códigos fundamentales*, tom. 1, pág. 758.—Pothier, *Traité des obligat.* núm. 51.

(2) Cicerón, *De officiis*, lib. 2, núm. 16.

exactamente apreciadas en el terreno judicial. Esta dificultad ha dado por resultado entre nosotros, que rara vez se haya pronunciado un auto de interdicción por prodigalidad; mas en las crónicas de algunos tribunales extranjeros, vemos que se ha abusado de este medio en diversas ocasiones, y que se ha despojado de la administración de sus bienes á varias personas, bajo pretexto de que hacian gastos excesivos, que tal vez no lo serían si se examinaran con más imparcialidad. En tan difícil materia, para legislar con acierto, se necesitaría dejar un amplio campo al arbitrio judicial, y suele suceder que este arbitrio se convierte con frecuencia en abuso y en arbitrariedad."

"Nuestro Código vigente define la prodigalidad, empleando para ello cuatro artículos, de la manera siguiente: La prodigalidad consiste en la profusión y desperdicio de la hacienda propia, gastando de modo que se consuma más de lo que importen las rentas ó utilidades de los bienes en cosas vanas ó inútiles. "No se considera prodigalidad el empleo de los bienes en cualesquiera empresas industriales, mercantiles ó agrícolas, aunque el mal éxito de ellas se deba á falta de conocimiento ó experiencia del dueño:" „Se considera prodigalidad la disipación de los bienes en el juego, la embriaguez y la prostitución." La calificación de otras causas de prodigalidad queda sometida al Juez." Estas disposiciones vienen á refundirse en este corolario que las abraza á todas: toca al juez calificar si las cosas en en que se emplean las rentas son vanas ó inútiles; toca al juez decidir si lo que se gasta en el vino ó en las diversiones importa la disipación de los bienes; toca al juez calificar cualesquiera otras causas de prodigalidad; luego, en resumen, la autoridad judicial puede resolver arbitrariamente sobre el uso que los particulares hacen de sus bienes, y puede quitarles la administración de éstos cuando á

su juicio gastan con profusión en cosas que el mismo juez estime como vanas é inútiles."

„Disposiciones como éstas, podrán ser muy laudables en un sistema patriarcal, en que la magistratura tenga por objeto intervenir en el interior doméstico para averiguar los gastos que se hacen, los precios que se han pagado por las cosas, y el uso más ó menos útil á que éstas se destinen; pero donde, siguiendo los principios del derecho público moderno, se ha proclamado la libertad individual como base de las instituciones sociales, donde está reconocido que nadie puede ser molestado en su persona, familia y domicilio sin justa causa, donde el derecho de propiedad es inviolable, semejantes disposiciones deben desaparecer, porque son una amenaza constante que existe sobre los particulares, quienes inmotivadamente pueden verse despojados de sus bienes, sin más razón que el abuso que una autoridad pueda cometer de tan amplias facultades. El derecho de propiedad no puede tener más límites que el perjuicio de tercero que tenga mejor derecho; y ciertamente nadie puede tener facultad para calificar el uso que haga de sus bienes la persona que los ha adquirido con legítimo título."

„Aun los tratadistas más partidarios de la intervención de la autoridad en los gastos del pródigo, convienen en que la calificación de prodigalidad se halla al arbitrio del juez, se alarman por los abusos á que pudiera dar origen una calificación errónea ó apasionada, y presentan á los jueces ciertas reglas que les pueden servir de base para decretar la intervención. „Cuáles son las pruebas de la prodigalidad?" pregunta Foulrier, y él mismo se responde: „He aquí lo que la ley abandona, con razón, á la prudencia de los jueces. No se puede disimular que siempre hay una poca de arbitrariedad en la manera de resolver esta

especie de negocios; pero semejante inconveniente es inevitable en esta materia, como en otras varias. La prueba de la prodigalidad no puede resultar de un solo abuso, ni aun de muchos, en cosas de pequeña importancia: se necesita que haya actos reiterados y que el abuso se convierta en costumbre. Nuestros antiguos jurisconsultos, para desterrar en parte la arbitrariedad, habían establecido el principio de que nadie podía ser declarado pródigo, sino hasta que hubiese enagenado ó disipado en gastos vanos lo ménos la tercera parte de sus bienes. . . . Los jueces que no quieran proceder arbitrariamente, pueden adoptar como guía esta regla."

"Los antiguos legisladores fueron muy severos con los pródigos; las leyes de Solón los declaraban infames y no les permitían tener parte en las asambleas públicas; otros pueblos de Grecia prohibían que sus cadáveres fuesen inhumados en los sepulcros de sus abuelos; pero es bien sabido que en las repúblicas de la antigüedad el poder del legislador sobre las propiedades privadas no conoció límites, y así se explica como la autoridad se creía con derecho para reglamentar los gastos de los particulares. Roma adoptó también esta severidad: la fórmula que, según el jurisconsulto Paulo, usaban los magistrados para pronunciar la interdición del pródigo, es tan enérgica como elegante: „Puesto que con tu abandono dilapidas los bienes que recibiste de tus padres y de tus abuelos, y que llevas á tus hijos á la miseria, te prohibo tener esos bienes y administrarlos. Las leyes españolas ménos rigurosas, permitieron á los pródigos „desgastadores" administrar sus bienes con la intervención de un curador; y por último, el Código francés los deja administrar libremente sus bienes y disponer de sus rentas, y solamente les prohíbe enaje-

nar ó hipotecar los inmuebles, si no es con la anuencia del consejo de familia."

«Las razones que se dan para mantener estas restricciones, no obstante que los tratadistas modernos convienen en que son contrarias á los principios, se reducen á tres: primero, que los pródigos son una especie de locos que gastan desatinadamente sin poderse contener: segunda, que la prodigalidad destruye el patrimonio á que tendrían derecho los herederos forzosos; y tercera, que la autoridad debe impedir á los pródigos que se arruinen, para que no vengan á ser una nueva carga para el Estado con el trascurso del tiempo. Desde luego se advierte que si la prodigalidad procede de enagenación mental, los que la padecen deberán quedar sujetos á interdicción; mas no en calidad de pródigos, sino como dementes cuyas facultades intelectuales, morales ó afectivas se hayan pervertido. Sobre este particular hace reflexiones muy sensatas el tribuno Bertrand de Greuille en el informe que rindió sosteniendo el art. 513 del Código francés. El proyecto actual, dice, no ha creído que se debe tratar á los pródigos con el mismo rigor que á los insensatos. Ha pensado que éstos, totalmente privados de la razón, no son susceptibles de reflexión ninguna, ni de sentimiento alguno que pueda hacer esperar su regreso á principios de orden y á ideas de economía; mientras que los pródigos, aunque impulsados por hábitos é inclinaciones desordenados, siempre son accesibles á las representaciones de la amistad, á las combinaciones del interés personal; y por lo mismo aun puede brillar para ellos la luz de la experiencia y hacerlos sentir la necesidad de una conducta mas reservada. Además, si el pródigo excede en sus gastos á toda proporción, siempre puede decirse que tiene derecho para hacerlo; y sobre todo que su voluntad es constante; mientras que el insen-

sato no tiene la facultad de querer, porque la voluntad supone un pensamiento que la precede y la determina, y el insensato no tiene pensamientos propiamente dichos, sino solamente fuegos fugitivos de una imaginación incandescente y exagerada."

.....

.....

.....

"El último argumento en que pretenda apoyarse la interdicción por prodigalidad y que consiste en evitar que más tarde venga el pródigo á ser una carga para el Estado, es de aquellos que por probar demasiado nada prueban. Efectivamente, si el poder público estuviera autorizado para limitar los derechos de los particulares, siempre que hubiera de temerse que éstos, con las consecuencias de su conducta, pudieran ser gravosos al Estado, sería preciso prescindir por completo de la libertad individual, y constituir á la autoridad pública en tutor obligado de todos los habitantes de una nación: considérese la multitud de personas que pueblan los hospicios, los hospitales, las casas de cuna, las casas de maternidad y los manicomios; imáginense las causas diversas que producen esta multitud de seres desgraciados, y dígase si sería conveniente que la autoridad interviniera para impedir estas causas, á fin de evitar gravámenes á los fondos del Estado. La vida civil sujeta á esta reglamentación, sería menos libre que la que observaban los monjes en sus conventos, y el yugo que se hiciera pesar sobre los particulares, llegaría á ser tan fatigoso, que preferirían perder la protección de la sociedad, antes que disfrutar de ella á costa de tan grave sacrificio."

TOM. V.—P. 10

Volviendo á los Códigos que enumeran la prodigalidad entre las causas para la suspensión de la patria potestad, creemos necesario hacer constar bajo qué condiciones es considerada tal incapacidad. Los Códigos de Veracruz (arts. 560 á 571), de Estado de México (arts. 512 á 521) y del Distrito Federal de 1870 (arts. 472 á 483), á semejanza del Código francés (arts. 513 á 515), no comprenden en la incapacidad del pródigo para la patria potestad, sino los actos que se refieren á la administración de los bienes del sujeto á aquella, quedando en consecuencia vivos los demás derechos paternos sobre la persona, ni la aceptan, á no ser que esté declarada judicialmente, ó sea, previo el cumplimiento de un verdadero juicio inquisitivo sobre su existencia y en el cual debe ser oído el padre interesado (1).

42. Respecto de las otras causas que ameritan la suspensión de la patria potestad, ó sean las relativas á la incapacidad mental del padre por locura ó sordera-mudéz, ausencia declarada en forma y no simplemente pasajera ó presunta y á la condenación á una pena que traiga como consecuencia aquel efecto, todos nuestros Códigos están acordes, exigiendo á una que la incapacidad haya sido declarada judicialmente, que el sordo-mudo no sepa leer ni escribir y se trate de definitiva sentencia condenatoria.

43. Debemos ahora hacernos cargo de varias importantes controversias á que pueden dar lugar algunos de los textos de nuestros Códigos que se refieren á *pérdida*, ó *suspensión* de la patria potestad. Si no hay ninguna dificultad por lo que respecta al divorcio, pues entonces ya se sabe que la patria potestad pertenece al cónyuge no culpa-

(1) Demolombe, tom. 8, núm. 770.

ble (2), ni existe tampoco ninguna en orden á la ausencia, en cuyo caso la patria potestad pasa al ascendiente á quien corresponda según la gradación que en otra parte expusimos (núm. 8), ó bien se provee al hijo de tutor, ¿qué decir cuando se trata de pérdida ó suspensión de la autoridad paterna por razón de delito ó de actos que ameriten cuando menos, según ya lo dijimos, la indignidad para desempeñar aquella? Supóngase que un padre es condenado á la pérdida ó á la suspensión de la patria potestad á causa de un delito que amerite la imposición de esa pena; ó bien tómese en cuenta que los tribunales en razón de actos reprochables del padre que no constituyan un verdadero delito, lo privan de aquella misma autoridad, ó por lo menos modifican su ejercicio. Si siguiendo la gradación establecida por todos nuestros Códigos para el desempeño de la patria potestad, se traslada ésta con todos sus derechos y obligaciones á la madre, ¿cómo no ver en este cambio la impunidad del padre culpable y un remedio ilusorio en favor del hijo, cuando la madre continúa sujeta al poder marital? ¿A cuántas contiendas no tendrá que someterse esa madre, por un lado soberana de sus hijos y por el otro esclava de su marido culpable é irritado? Esto ha hecho decir á Vazeille que el poder paterno de que es despojado el padre por causa de delito ó abuso, no podría pasar á la madre, porque estando bajo la dependencia marital, los hijos se encontrarían indirectamente sometidos al poder de que habían sido desligados (1). Sin duda que es grave esta dificultad, desde que se considera que la patria potestad consiste no solo en la administración de los bienes del hi-

(2) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 189 á 191.

(1) Vazeille, *Du mariage*, tom. 2, núm. 433.

jo, sino muy principalmente en su guarda y educación. ¿A qué queda reducida la pena en que el padre culpable hacía su hijo ha incurrido, si la madre á quien la patria potestad pasa, debe vivir donde su esposo y obedecerle y respetarle? En derecho francés la cuestión no es tan árdua como parece, pues se resuelve en sentido favorable al hijo. Así puede enseñar Demolombe que, si el padre á quien pertenece el ejercicio del poder paterno, desconociera los deberes que resultan para él de la guarda y de la educación del hijo, sería preciso que la justicia interviniese; que el tribunal tomaría en este caso, como en cualquier otro, las medidas que le parecieren necesarias y convenientes para el mayor interés del hijo (1). En nuestro derecho no podemos hablar del mismo modo por tener textos expresos que salen al encuentro de la dificultad, en previsión, á no dudarlo, del mayor interés del hijo. La diferencia, empero, de las precauciones establecidas por las distintas leyes locales que imperan en la República, á causa del sistema federativo, nos hará ver, que si nuestros legisladores han previsto el grave peligro de sustraer al hijo de la patria potestad del padre culpable dejándolo siempre sometido á ella, mediante la sujeción de la madre á su esposo, no lo han evitado por los mismos medios ni con toda la eficacia que en tan trascendental materia sería de desear.

En efecto, los Códigos del Distrito Federal (arts. 545, inciso 1.º y 546 del de 1870; 445, inciso 1.º y 446 del actual) declaran que en el *caso de suspensión ó pérdida* de la patria potestad ó de impedimento del que deba ejercer-

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 371.

la, hay lugar á la tutela legítima, la cual corresponde á los hermanos varones, y por falta ó incapacidad de éstos, á los tios, hermanos del padre ó de la madre. En consecuencia, he ahí conjurado con la supresión de la patria potestad el peligro que indicábamos, pues sustituida aquella por la tutela legal, ya no debe temerse que las personas designadas por la ley para desempeñar ésta, falten á sus obligaciones, ni por miedo, ni por respeto al padre culpable, de quien la mayor edad y la garantía de su cargo las hacen independientes. Por esto vimos antes (núm. 8) que el legislador, después de establecer la gradación conforme á la cual son llamados los padres y demás ascendientes al ejercicio de la patria potestad, aclara que *sólo* por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al desempeño de la autoridad paterna la persona que le siga en el orden establecido. Contra este sistema ciertamente pudiera decirse que el respeto natural de los hijos, aun mayores de edad, á sus padres será causa de que la tutela encomendada á aquellos no constituya sino un débil escudo para resguardo del hijo menor, arrancado del poder del padre culpable. No negamos la verdad de la objeción en algunos casos; pero debe reconocerse que el legislador en su justísimo propósito (núm. 7) de no introducir en los asuntos domésticos, sino cuando absolutamente fuera inevitable, á personas extrañas á la familia, á nadie con mayores garantías de sincero afecto é independencia podía confiar la guarda del infeliz hijo de padres culpables, que á sus hermanos mayores y á sus tios. Por lo demás, fuerza es convenir en que, cualesquiera que sean los inconvenientes de este sistema, resultan siempre menores que los que se siguen de quitar al padre

culpable la patria potestad para entregarla á la madre, si- quiera ésta no continúe sometida al poder marital.

A esta especie pertenecen los Códigos de Estado de Mé- xico y Veracruz para cuya interpretación debemos acudir á lo dispuesto en los respectivos Códigos penales: Privado ó suspenso el padre por razón de indignidad ó delito en el ejercicio de la patria potestad ¿á quien pasa ésta? A la ma- dre. según ya lo expusimos en su oportunidad (núm. 8), pues ni en el capítulo que trata de las personas que ejer- cen aquella ni en el título sobre *tutela*, se encuentra la me- nor indicación en contrario. Pero, la madre así revestida de la autoridad sobre sus hijos menores. ¿queda sometida al poder marital? Nó; responde el art. 97 del Códigopanal del Estado de México, según el cual quedará suspenso el reo de los derechos de patria potestad *y de los que emanan de la autoridad marital*, siempre que unos y otros sean de tal naturaleza, que la pena sea un impedimento para el *pru- dente* ejercicio de ellos. Nó, responde también el Código de Veracruz (art. 144), que enumera entre los derechos de familia á cuya pérdida ó suspensión pueden ser condena- dos ciertos delincuentes, los de patria potestad y aun de vida conyugal.—El Código de Tlaxcala, aunque en térmi- nos ménos explícitos, puede ser colocado bajo el mis- mo criterio que ha inspirado á los Códigos del Distri- to Federal; así se deduce de la combinación de los arts. 277 (núm. 8) y 342 de aquel, pues como solo por muerte, interdicción, ausencia ó renuncia del llamado preferente- mente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido por la ley, y la tutela legiti- ma tiene lugar cuando no hay persona que ejerza el poder paterno, déjase entender que en los casos de suspensión ó pérdida de este derecho por razon de indignidad ó delito,

la patria potestad desaparece y surge la tutela legal que, según este Código, también pertenece á los hermanos y á los tíos.

44. Otra cuestión no menos importante que la anterior se nos ocurre con el mismo motivo de la indignidad ó delito en orden á la subsistencia de la patria potestad. La pérdida ó suspensión de este derecho ¿se refiere á todos los hijos ó solamente á aquel que haya sido objeto del acto declarado criminoso, ó por lo menos incompatible con los fines de la patria potestad? La cuestión se presenta también en orden á la facultad concedida por nuestros Códigos á los tribunales (núm. 39) para privar de la patria potestad ó modificar su ejercicio, cuando los ascendientes se hayan hecho indignos de tal autoridad, por actos que aunque no constituyan delitos propiamente dichos, ameritan aquella pena. ¿Qué resolver en orden al primer aspecto de esta controversia? Creemos que tratándose aquí de una ley penal, no podría ser extendida más allá de sus términos literalmente tomados, pues lo contrario sería interpretar libremente ó aplicar por analogía una ley penal, lo cual está vedado por el art. 14 constitucional, de que son un eco fiel en las leyes secundarias los arts. 181 y 182 del Código penal del Distrito Federal, de 1.º de Abril de 1872 y del actual, 127 del de Estado de México, 108 y 109 del de Tlaxcala. Esta solución nos parece tanto más incontrovertible, cuanto que el Código penal del Distrito Federal, por ejemplo, tiene cuidado de expresar que la pérdida de la patria potestad, impuesta como pena, á ciertos delitos, es extensiva á *todos* los descendientes, lo cual no sucede en orden á otras infracciones (1).

(1) Véanse los arts. 531 y 801 del Código Penal del Distrito Federal.

45. ¿Hay otras causas de pérdida de la patria potestad fuera de las mencionadas? En otra parte manifestamos que el usufructo legal puede ser renunciado (núm. 31). ¿Tal facultad de renuncia comprende también la patria potestad? Autoridad de derecho público y base principal de las buenas costumbres, la patria potestad, establecida por las leyes positivas más bien que como un conjunto de derechos en favor del padre, como un pesado fardo de deberes en favor del hijo, es de aquellas instituciones que sin duda han tenido presentes todos los legisladores, al declarar que en orden á ellas no puede haber válidamente ninguna renuncia ó transacción. ¿Quien dá la existencia no estará obligado de una manera absoluta á conservarla y dirigirla al traves de los mil desconocidos peligros de la vida? ¿Acúantos males conduciría la facultad que se otorgase á los padres ciertos y conocidos de descargarse libremente de los trascendentales deberes que la paternidad impone! Por otra parte ¿cómo si no por aquel que la naturaleza misma ha señalado, podría ser cumplido ese programa siempre nuevo que surge en la vida al lado de cada sér que nace á ella? Se puede renunciar lo que es establecido exclusivamente en nuestro favor; pero ¿podrán renunciarse los mil imprevisibles intereses de orden moral que constituyen la educación y el porvenir del hijo? La más superficial reflexión basta á protestar contra semejante solución, que haría de la patria potestad, institución eminentemente moral, un derecho material y no mas digno de aprecio que los intereses materiales, susceptibles de ser reemplazados por otros de su mismo género y acerca de los cuales nunca son irreparables nuestros errores y negligencias. Lo que se dice, pues, del usufructo, debe negarse de la patria potestad.

En el antiguo derecho ni siquiera se propone la cuestión, y según el Código francés es también unánime la desición que acabamos de asentar. Nuestra legislación nacional, empero, se separa en su mayor parte de estos principios. Los Códigos de Veracruz (art. 370), de Estado de México (art. 319), del Distrito Federal de 1870 (art. 424) y el actual (art. 397) declaran los dos primeros que las *mujeres* pueden siempre renunciar los derechos de la patria potestad, y los dos últimos, que tal renuncia puede ser hecha por la *madre, abuelos y abuelas*. Aquello nos parece depresivo para el sexo que es más tierno y solícito en el hogar; esto trasciende á odiosa preferencia en favor del padre, como si aun persistiera en la organización de la familia, á pesar de su transformación por el Cristianismo, aquel poder terrible del primitivo derecho romano, que causó el espanto aun de los mismos jurisconsultos de la época. Si los cuatro Códigos mencionados están acordes en no permitir la renuncia de la patria potestad en orden al padre, ¿porqué declarar otra cosa respecto al ejercicio de esa misma autoridad, tan solo porque se trata de los demás ascendientes? ¿Hay acaso cambio de naturaleza entre una y otra patria potestad? Si algún cambio fuera digno de observarse, solo serviría para fundar una desición absolutamente contraria á la de los Códigos de Veracruz y Estado de México, pues la madre será siempre irremplazable en la ternura y solicitud hácia sus hijos, de los cuales nunca ha sido capaz de alejarla sino el completo extravío de su razón. Nada en consecuencia justifica esa diferencia establecida por los legisladores entre el padre y los demás ascendientes, sobre todo la madre, por lo que hace á la patria potestad que, lo repetimos, es un conjunto de deberes, más bien que un acopio de derechos.—El Código de Tlaxcala no menciona la renuncia entre los medios de extinción de la patria potestad.

TOM. V.—P. 11

Si las consideraciones que preceden no bastaran á convencer de lo indebido que es hacer renunciante el poder protector de la familia, podría hacerse valer el gravísimo peligro á que aquel quedará siempre expuesto con que el personal señalado por la ley, de acuerdo con la naturaleza para su ejercicio, dependa de las mil facilidades con que sobre todo las mujeres pueden ser en un momento arrastradas á desoir la voz de la naturaleza por la falsa creencia de que, renunciando la vigilancia y dirección de sus hijos, sirvan mejor á sus intereses. Si á lo menos los Códigos que así han conculcado los derechos de la naturaleza, hubieran dejado abierto el remedio de la retractación, el mal que señalamos no sería tan grande. Pero los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 425 del de 1870 y 398 del actual) declaran que el ascendiente que renuncia la patria potestad, *no puede recobrarla*.

46. ¿Puede el padre poner alguna restricción al ejercicio de la patria potestad por lo que hace al ascendiente que le suceda en aquel? A pesar de que, como ya lo hemos hecho notar en otra parte (núm. 3), la patria potestad jamás podía ser desempeñada por la madre según el Derecho romano, no es difícil señalar á lo menos en su última época, como uno de los efectos de la pertenencia exclusiva del poder paterno en favor del *paterfamilias*, el hecho de que el padre podía excluir á la madre de la tutela, nombrando un tutor testamentario (1). Según esta misma legislación el *paterfamilias* tenía también el derecho de unir á la madre un cotutor destinado á consertir en todos los actos de la tutela; si el padre había mencionado los actos para los cuales el tutor era nombrado, la madre era hábil para practicar todos los otros sin su asistencia, y el nombramiento de cotutor debía ser hecho por testamento ó por un codici-

(1) *Novella* 118, cap. 5 in medio.

lo confrmado por testamento (1). La desconfianza que se revela en estas disposiciones en orden al desempeño de la patria potestad por la madre, debe haber sido, entre otras, la misma causa que movió á los legisladores antiguos á no consentir que la dirección del hogar fuese jamás confiada al sér, cuya incapacidad y debilidad se consideraban como defectos fuera de toda discusión é incompatibles con la potestad destinada á formar por medio de la familia la primera base del Estado. Estos antecedentes que reflejan la condición humilde de la compañera del hombre en el hogar ¿habrán persistido aun después de que la voz de la naturaleza y la experiencia levantaron la dignidad de la madre ultrajada é hicieron oír por la voz del Cristianismo cuán sincero era siempre el amor maternal y cuán eficaces sus cuidados en favor del hijo? Fuerza es confesar que sí, pues con agravio de los principios é inconsecuencia inconcebible, como no se explique por el funesto imperio que á través del trascurso de muchos siglos logran las tradiciones, por más erróneas que parezcan, las leyes modernas, después de haber reconocido la aptitud de la madre para el desempeño de la patria potestad, no han tenido reparo en declarar que el padre, como si fuera el único capaz para el ejercicio de aquella, puede nombrar á la hora suprema de la muerte personas que á la madre sirvan de consultores, á fin de que no ejecute sin su aprobación todos aquellos actos que él determine expresamente. Así lo declaran los arts. 391 del Código francés, 368 del de Veracruz, 317 del de Estado de México, 420 del del Distrito Federal de 1870 y 393 del actual. Sólo el Código de Tlaxcala se distingue en nuestra legislación por el respeto que guarda á la mujer en este punto.

(1) *Dig* lib. 26, tit. 2. 1. 3.

¿Qué fundamento invocar para esa restricción? Si el hijo tiene ya un protector natural ¿para qué crear una protección ficticia? ¿Se teme que en el corazón de la madre viuda desaparezca el amor hacia sus hijos? Esto sería desconocer el corazón humano. "Aquella que tiene la desgracia de perder á su esposo, dice Laurent, concentra todo lo que posee de sentimientos afectuosos sobre sus hijos; ya no vive sino para ellos y no pide á Dios sino una gracia; poder educarlos y asegurar su porvenir. Su solicitud aumenta, pues, y está siempre muy lejos de disminuir. ¿Qué más se puede desear en el interés de los hijos (1)?" Según la parte expositiva de nuestro Código civil del Distrito Federal de 1870, hay una razón para imponer á la madre la restricción que nos ocupa: su incapacidad para la administración de los bienes. Fuera de que los textos legales que antes apuntamos, no se limitan á los actos de la madre en orden á los bienes, sino que se extienden á todos los que ella puede ejecutar en ejercicio de la patria potestad, nos atrevemos á preguntar al legislador: ¿por qué tanta inconsecuencia? Nos ufanamos de haber reparado por una equitativa disposición en orden á la mujer la injusticia de muchos siglos, cuyo culto á ella se había reducido al amor y á los torneos, que la hacían diosa en los salones y en las fiestas, mientras continuaba siendo esclava en el hogar, víctima del desconocimiento de los derechos imprescriptibles de la naturaleza, derechos sagrados que la Religión cristiana vino á restablecer, y sin embargo, ¿todavía insistimos en marcar á ese ser con la nota de la incapacidad, de la inferioridad intelectual, y lo tomamos en la ley como objeto de nuestras desconfianzas, digno por nuestra parte de todas las restricciones y mere-

(1) *Avant-projet*, art. 385.

cedor de todas las cautelas? Si la consideración de que no existe verdadera diferencia entre los dos sexos por lo que hace á la aptitud de la inteligencia, y de que toda eficacia aun en orden á los bienes debe esperarse del acendrado amor de la esposa y de la madre, ha hecho que se la considere muy capaz de la tutela legítima de su marido é hijo enfermos, ¿por qué pensar de otro modo cuando se trata de la patria potestad, que es la tutela natural en la familia? Más adelante y al hablar de la *tutela testamentaria*, veremos que el padre no puede excluir de la patria potestad á la madre. ¿No parece irrisoria esta prohibición, después de que sabemos que esa madre tiene que oír, so pena de perder la patria potestad, para todos sus actos, el dictámen de consultores que el padre le nombre?

Pero tal es la ley y así debemos comentarla, no sin hacer votos para que se reforme. El Código del Estado de Mexico (*art. cit.*) no menciona, á semejanza del art. 165 del proyecto de Gollena, sino á la madre por lo que respecta á la facultad que al padre otorga para nombrarle consultores, cuyo dictamen haya de oír en todos los actos de la patria potestad que aquel determine. Y como, según este Código, conforme en otra parte lo manifestamos, la patria potestad se ejerce, á falta de ambos padres, por los abuelos (núm. 8), se sigue que la facultad de que hablamos no se estiende más allá de la madre, único sér para quien este Código reserva sus desconfianzas y precauciones por lo que hace al ejercicio de la patria potestad. Los otros Códigos, abarcando bajo el mismo tema á la madre y á las abuelas, solo dejan libres de la obligación de consultar el dictamen prevenido por el padre testador, á los abuelos, es decir, á los hombres, en cuyo favor se ostentan todas las preferencias del legislador.

47. ¿Puede el padre testador nombrar *más de un* consultor á la madre ó abuelas en su caso? La afirmativa es

inconcusa en nuestro derecho, supuestos los términos bien claros de los textos legales á que ántes hicimos referencia. Hé ahí, pues, á la madre, obligada á consultar la opinion quizá de una asamblea, cuyos miembros pueden ser difíciles para reunirse; cuyas deliberaciones serán prolijas y cuya mayoría, en fin, no se formará en uno ú otro sentido sino tardía y trabajosamente. ¡Cuántas lentitudes y trabas impuestas á quien ejerce la patria potestad, no por voluntad del padre de quien proceden, sino por prescripción legal fundada en la naturaleza! A lo menos este escollo ha sido evitado por el Código francés, pues la mayoría de los autores y de la jurisprudencia deciden que el art. 391 del Código de Napoleón solo faculta al padre para nombrar *un* consultor ó consejero; pero no más (1).

48. ¿A qué actos se refiere la obligación que la madre tiene de consultar en el ejercicio de la patria potestad á la persona ó personas designadas por el padre testador? Hemos visto poco há (núm. 46), como era resuelta esta cuestión en el derecho romano. Según el Código francés y en virtud de que el art. 390, además de conceder la patria potestad al supérstite de los padres, lo encarga de la tutela de los hijos menores y no emancipados (núm. 11), si el padre especifica los actos para los cuales ha nombrado el consejero de la madre tutora, ésta será hábil para ejecutar todos los otros, sin su asistencia (parte segunda del art. 391). Esta solución dá lugar á dos puntos de controversia: ¿puede el padre enumerar entre los actos para los cuales nombra consejero á la madre, los pertenecientes tanto á la tutela, como á la patria potestad? ¿Si el padre no hace nin-

(1) La Fréminville, tom. 1, núm. 45.—Ralland de Villargues, vide: *Conseil de famille*, núm. 45.—Demolombe, tom. 7, núm. 89.—Fuzier-Herman, *Cód. civ. annot.* art. 391, núm. 5.—Sirey, *Cod. civ. annot.* 391, núm. 1.—*Contra*: Marcadé, *sur l'art. 391*.—Baudry-Lacantinérie, tom. 1, núm. 999.

guna enumeración de actos, limitándose á nombrar el consejero, cuáles son las atribuciones de éste? En orden al primer punto se decide que el consejero no puede ser nombrado sino para los actos relativos á la tutela, sin que pueda inmiscuirse en aquellos que dependen del poder paternal (1). Respecto del segundo, una sentencia declara que en el caso de silencio del padre sobre los actos para los cuales nombra al consejero, deberá entenderse que éste debe dar su opinión y prestar su asistencia para todos los actos relativos á la tutela (2).

En nuestro derecho nacional conforme al cual no existe esa dualidad de autoridades protectoras (núm. 11) por parte de una misma persona y sobre el mismo hijo, es decir, la patria potestad y la tutela, fuerza es que otra muy diversa sea la solución que debe darse á la primera de las indicadas cuestiones. Nuestros legisladores, pues, más francos que el francés, no han confiado en la madre que ejerce la patria potestad para desconfiar de la misma cuando ejerce la tutela, sino que han desconfiado lisa y llanamente de la madre, ó para hablar con más claridad de su sexo, puesto que la obligación de oír el dictámen de los consultores comprende también á las abuelas. Esto supuesto no podemos decir, como los intérpretes del Código de Napoleón, que los consultores no deben jamás inmiscuirse en los asuntos que se refieren á la patria potestad. El ejercicio de ésta, por la madre ó abuelas, es precisamente lo que ha querido trabar nuestro legislador, subordinándolo al dictamen de personas que se suponen más ilustradas y dignas de confianza que aquellas.

(1) Demalombe, tom. 7, núm. 90.—Toullier, tom. 2, núm. 1097.—De Framinville tom. 1, núm. 40.—Massé et Vergé *sur Zachariae*, tom. 1, §247, pág. 486.—Aubry et Rau, tom. 1, pág. 403, §99 bis.—Arrêt: París, 27, août 1867 (Sirey, 1868, 2, 113.)

(2) Arrêt: Pau, 28 mars 1887 (Dalloz, *jurisp. gen.* 1887, 2, 166.—Laurent, tom. 4 núm. 379.

49. ¿Podrá en consecuencia el padre facultar á los consultores para que intervengan en la percepción por la madre del usufructo que la ley le concede (núm. 20)? La resolución negativa de este punto no admite duda en Derecho francés, porque ese acto pertenece á la patria potestad y no á la tutela para solo la cual se admite el nombramiento del consultor. ¿Qué decidir en orden á nuestros Códigos? "Puede el padre, dice el Sr. Gollena, determinar actos especiales; puede expresar que sea para todos y así se entenderá, cuando no haya expresado ni lo uno ni lo otro. Esta facultad del padre alcanza á *todos los actos*, ora recaigan sobre las personas, ora sobre los bienes, pues los primeros son más importantes que los segundos (1)." Si se toma en cuenta que nuestros legisladores modelaron la parte de los Códigos que nos ocupa sobre la obra de este insigne jurisconsulto español, esperamos que no se exijan mas que estas palabras, para fundar la resolución afirmativa de la cuestión propuesta.

50. ¿Podrá el padre encargar á los consultores, con exclusión de la madre, de la administración de los bienes del menor? Hemos ya tratado de esta materia en otra parte (núm. 22) resolviendo que, á pesar de ser controvertible en Derecho francés, en el nuestro nos parece resuelta en sentido negativo, á juzgar por los términos de los textos relativos. En orden á los consultores nuestra opinión es la misma, pues sus atribuciones deben limitarse á dictaminar sobre los actos que el padre determine en el nombramiento, sin que éste pueda arrebatarse á la madre nada de lo que le pertenece en virtud de la patria potestad, por mandato de la ley y no por voluntad de su esposo. Nuestra decisión es igual, aun en el caso de que la madre consienta en se-

(1) Gollena, *Proyecto*, art. 166.

mejante despojo, pues entrando la autoridad doméstica bajo el dominio del Derecho público, no pueden ser las leyes que de ella tratan, derogadas por convenios particulares. (1)

Supuesto que conforme á las palabras antes trascritas de Gollena sobre esta misma materia (núm. 49), debe entenderse que la madre, cuando el padre no especifica los actos para los cuales debe oír el dictámen de los consultores, está obligada á consultar á éstos sobre todos, ocurre la siguiente cuestión: ¿tal obligación comprende no sólo los actos cuya iniciativa parte de la madre, sino también aquellos que le son impuestos, *verbi gratia*: la contestación de una demanda interpuesta en su contra, sea como simple particular, sea como encargada de la patria potestad? Creemos con Laurent que ninguna distinción puede establecerse á este respecto, pues ella no está en la ley, conforme á la cual exclusivamente ó á su lejitima interpretación debe decidirse cualquier caso controvertible. Por lo demás, la distinción no estaría apoyada ni en la inutilidad del dictámen de los consultores. En efecto, ¿qué importa que no se trate de actos obligatorios para la madre, si toda acción judicial puede ser objeto de una transacción, la cual podía no ser conveniente en opinión de los consultores? (2)

51 ¿Cuál es la forma en la cual el padre puede hacer el nombramiento de consultores? Hemos visto antes (núm. 46) que en Derecho romano el nombramiento de cotutor á la madre viuda solo podía ser hecho en testamento ó en codicilo confirmado por testamento. Según el Código de Napoleón (art. 392), tal nombramiento no puede ser hecho si-

(1) Laurent, tom. 4, núm. 379.—Demolombe, tom. 7, núm. 91.—Arrêts: Bruxelles mai 1806 y Gênes, 10 aout 1811 (Dalloz, *Repert.*: "Minorite", núm. 89.)

(2) Laurent, tom. 4, núm. 381.

no de una de las siguientes maneras: I. por acto de última voluntad; II. por una declaración dada ó delante del juez de paz asistido de su secretario, ó delante de notarios.— Nuestros códigos nacionales se han separado de este sistema, estableciendo que el nombramiento que nos ocupa solo pueda ser hecho *en testamento* (arts. *cits.*) Ahora bien, se llama con este nombre el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes ó de parte de ellos (arts. 798 del Código del Estado de México; 864 del de Veracruz; 3,374 del del Distrito Federal de 1870 y 3,237 del actual). De aquí se sigue que, á diferencia de lo enseñado por los intérpretes del Código francés (1), en nuestro Derecho sería inexistente la designación de consultores en otra forma que la del testamento, ó sea, no conteniendo ninguna disposición en cuanto á los bienes. Una simple reflexión basta á fundar esta decisión: Bien claro se ve que la mente de nuestros legisladores, al establecer la restricción de que nos hemos venido ocupado al ejercicio de la patria potestad por la madre ó las abuelas en su caso, no ha sido otra que la de limitar en contra de aquellas el desempeño de la autoridad doméstica, la cual conforme al principio general debe ser, como sucede en orden al padre, amplia y libre en sus poderes. Y como toda excepción, para ser bien entendida, requiere la más clara é indubitable expresión, no sólo en el orden de las leyes sino también en el de los contratos privados, nuestros códigos han obrado consecuentemente, previniendo que la mencionada restricción no se tome en cuenta, á no ser que conste con toda la autenticidad que se obtiene siempre, mediante las solemnes formas de los testamentos.

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 401, § 99 bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 80.—Baudry—Lacantinerie, tom. 1, núm. 1002.—Laurent tom. 4, núm. 377

56. Más supóngase que el nombramiento de consultores consta en testamento; pero refiriéndose al hijo y no á la madre. ¿Será también inexistente por esta causa el nombramiento? Inútil creemos repetir que los consultores son nombrados para que la madre ó abuelas oigan su dictámen en los actos que aquellas ejecuten en ejercicio de la patria potestad; es claro, pues, que el nombramiento de consultores, tal como lo suponemos, jamás podría referirse al hijo. Con todo creemos, de acuerdo con la jurisprudencia francesa, que el nombramiento sería válido, siempre que la intención del testador apareciese suficientemente comprobada del tenor del acto (1). Habría que aplicar, pues, aquí las reglas sobre Interpretación de los testamentos.

57. ¿La abligación que la madre ó las abuelas en su caso tienen de consultar en el ejercicio de la patria potestad á la persona ó personas designadas por el padre testador, es sopena de nulidad de los actos practicados sin esa circunstancia? En derecho romano ésta cuestión se decidía atendiendo á los términos del nombramiento de cotutor por el autor de la herencia. Así leemos en el Digesto: *Titium et Maevium tutores quis dedit, et cavit: volo et rogo omnia fieri cum Mævii fratris mei concilio; et quod sine eo fiat, irritum sit*. Ticio, con todo, ha perseguido por *si solo* á los deudores del pupilo, y *á él solo* han pagado. ¿Están validamente libres de la obligación? No lo están, si el testador había concedido á Mevio el derecho de administrar conjuntamente con Ticio: *Titius solus a debitoribus exegit: an liberati essent? Respondit si et administrationem Mævio dedisset, non recte solutum* (2). "Resulta claramente de esta ley, dice Merlin, que para restringir hácia ter-

(1) Fuzier.—Herman, *Cod. civ. annot.*, art. 392, núm. 2.—Arrêt: Bruxelles, 21 mai 1806 (Sirey et. Palais chr.)

2) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 47.

ceros el poder del tutor de gestionar los negocios del pupilo, no basta nombrarle un consejero sin cuya opinión nada pueda hacer; y que la intervención de éste no es indispensablemente necesaria, con respecto á terceras personas, sino cuando es al mismo tiempo cotutor y coadministrador de la tutela (1)" Godofredo hace la misma advertencia sobre la ley citada: *Tutor, dice, jussit omnia gerere cum alterius puta Titii consilio; an præcisè consilio Titii uti debet? Sic sanè, si Titius et officium et administrationem habet, ut hinc colligitur, quid si Titius non est princeps officii? Necessitate non cogitur ejus consilium sequi; honestius tamen faciet si sequatur.* Este principio, como lo observa el mismo Godofredo, está escrito también en otra parte del mismo Digesto: *Pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine tutores liberavit: non idcirco minus officium tutorum integrum erit.* De manera que no era el simple nombramiento de un consejero lo que restringía los poderes del tutor, que no podían ser modificados sino por un acto que modificase también su carácter mismo, es decir, por un acto que dividiese formalmente la cualidad de tutor entre dos personas, con prohibición expresa de hacer cosa alguna de otra manera que con el acuerdo de una y otra. Excepto este caso, las facultades del tutor quedaban íntegras, no obstante el nombramiento de un consejero ó consultor: *non idcirco minus tutorum officium integrum erit.* Pasaba, pues, sobre el particular lo mismo que tratándose de albaceas mancomunados, quienes nada pueden hacer sino obrando de consuno (arts. 3692 del Código Civil del Distrito Federal de 1870 y 3715 del actual).

Se comprende la paridad entre el caso á que el derecho romano se refiere y el de nuestra presente cuestión. ¿Han

(1) Merlin, *Quest. de Droit*. "tuteur," § 1.

pasado tales principios al moderno derecho? Delvincourt enseña que los actos practicados por la madre sin ó contra la opinión del consejo, no son nulos respecto de terceras personas de buena fé. Este autor se propone el siguiente caso: el padre, entre otras cosas, ha prohibido á la madre tutora recibir capital alguno mueble sin la asistencia del consultor ó consejero; un deudor de la sucesión, ignorando la cláusula del testamento, paga á la madre sola; el dinero ha sido disipado. ¿El deudor estará obligado á pagar una segunda vez? «No lo creo, contesta Delvincourt, y me fundo sobre el art. 1240, según el cual el pago hecho de buena fé, á aquel que está en posesión del crédito, es válido, aun cuando no fuera propietario. Ahora bien, aquí la madre, por su cualidad de tutora, tiene el derecho aparente de recibir todas las sumas muebles pertenecientes á sus hijos. No hay nada que dé publicidad al nombramiento del consultor. Pero es necesario que el deudor sea de buena fé; porque si está probado que él tenía, ó siquiera que debía tener, por la notariidad pública, conocimiento del nombramiento del consultor, el pago será nulo, y deberá ser renovado, salva la acción del deudor contra la madre (1).» Así se decidía este caso en la antigua jurisprudencia francesa; pero otra muy diversa interpretación ha prevalecido después de los términos del art. 391 del Código de Napoleón, porque de ellos se desprende, sin sombra de duda, que el nombramiento de un consejero á la madre supérstite y tutora, implica su incapacidad. En efecto ese texto legal dice: la madre *no puede* hacer; es *inhábil* para hacer. En consecuencia aunque á ésta interpretación se oponga el interés de los terceros de buena fé, que pueden ignorar el nombramiento del consejero, y que, en ésta ig-

(1) Delvincourt, tom. 1. pág. 107.—Valéte, *sur Proudhon*, pág. 288.—Taulier, tom. 2 pág. 12.—Aubry et Rau, § 99 bis, note 18.

norancia, deben creer que la madre tutora es capaz, aquella tiene que subsistir, pues la objeción será para dirigida al legislador, pero inútil para trastornar el sentido de la ley positiva. "Es muy cierto, dice Laurent, que el legislador habría debido prescribir una publicidad cualquiera para prevenir á los terceros. No lo ha hecho; pero de aquí no se sigue que la madre sea capaz. No es éste el solo caso en que la falta de publicidad daña á los terceros que contratan de buena fé. La emancipación es revocada por el consejo de familia ó por el padre sin publicidad ninguna; sin embargo el menor cesa de ser capaz y los actos que ejecutar, serán regidos por los principios que gobiernan la incapacidad del menor" (1).

Nuestro derecho nacional se ha separado en éste punto de la legislación francesa, propendiendo á inspirarse más bien en el espíritu que informó la ley romana. Los términos mismos en que se expresan los textos legales que vamos á citar, no dejan lugar á duda sobre que cierta vacilación guió á nuestros legisladores, al establecer para el ejercicio de la patria potestad por la madre la restricción de consultar al consejero ó consejeros nombrados por el padre testador. En efecto los arts. 368 del Código de Veracruz, 317 del de Estado de México, 420 del del Distrito Federal de 1870 y 393 del actual, al hablar de la facultad del padre de nombrar en su testamento á la madre ó abuelas uno ó más consultores, no dicen que el dictámen de éstos sea obligatorio para aquellos so pena de nulidad; pero ni aun siquiera, que sea obligatorio, pues emplean la significativa frase: *cuyo dictámen hayan de oír*, de la cual se infiere que la mente de la ley ha sido solamente que la madre se ilustre, quizá porque se presume que obrará siem-

(1) Laurent, tom. 4. núm. 382.—Demolombe, tom 7, núms. 98 y 99.—Ducanourry Bonnier et Rustain tom. 1. núm. 591.—Dalloz, *Rep.* "Minorité" núm. 91.

pre en el interés de sus hijos. No es ciertamente éste el lenguaje del legislador, cuando quiere expresar la existencia de una obligación.

Pero aun suponiendo que por la frase antes transcrita hubiera querido el legislador imponer una verdadera obligación ¿cual sería su sanción? Indudablemente nó, la de la nulidad de los actos practicados sin el requisito de oír el dictamen de los consultores, pues ningún texto legal expresa semejante sanción, y ya hemos dicho en otra parte (1) que, si bien son nulos los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas, esto sucede si las mismas leyes no disponen otra cosa. Es así que los arts. 318 del Código del Estado de México, 423 del del Distrito Federal de 1870 y 396 del actual expresamente declaran que el acto ejercido por la madre ó abuelas sin aquel requisito, *no se anulará*; luego la sanción que indicamos no tiene aquí lugar. Solo el Código de Veracruz guarda silencio sobre el particular, pudiendo dar margen á alguna duda, supuesta la terminante prescripción de su art. 4.º segunda parte.

58. Otra es la sanción establecida por nuestros legisladores en orden al precepto que nos ocupa, y ella consiste en la privación que á la madre se impone de la patria potestad á instancia de los consultores cuyo dictamen haya dejado de oír. Así lo declaran los arts. 318 del Código de Estado de México, 369 del de Veracruz, 423 del del Distrito Federal de 1870 y 396 del actual. Los dos primeros, siguiendo la letra del art. 166 del proyecto de un Código civil español por Gollena, dan á entender que la madre ó abuelas solo incurrén en esa pena, si *maliciosamente* dejaren de oír el dictamen del consultor ó consultores. Hay, pues, una no poco grave diferencia entre éstos y los otros

(1) Véase el tomo 1.º de esta obra, núms. 86 y 87.

Códigos mexicanos, pues los del Distrito Federal prescinden de la buena ó mala fé de la madre en no haber oído el dictamen de los consultores, mientras que aquellos exigen la circunstancia de la malicia ó dolo en tal omisión. Esta diferencia habrá por lo mismo que tenerse en cuenta en el juicio contradictorio que se entable contra la madre, y que según los Códigos del Distrito Federal debe ser con audiencia del Ministerio Público.

59. ¿Cual será, pues, el fin que nuestros legisladores se propusieron, al dar al padre testador la facultad de nombrar consultores, y al imponer á las madres y abuelas la obligación de oír el dictamen de aquellos? Para creer que ese fin no fué hacer que los actos de la madre se sujetasen siempre al susodicho dictamen, nos basta, aparte de la significación gramatical del verbo "oír," la siguiente interpretación que el Sr. Gollena dá al art. 165 de su Proyecto, verdadero origen de nuestra legislación en esta materia. "No tiene, pues, la madre necesidad ni obligación de seguir el dictamen del consultor; en otro caso vendría á quedar privada de parte de sus derechos por un medio indirecto." Pero si el mero acto material de oír á los consultores fué impuesto por nuestros Códigos á la madre ¡cuánto dista esta prevención de la seriedad de un legislador! ¿Qué madre que no quiera hacer sino lo que le dicta su propio criterio en favor del hijo, dejará de tomarse la molestia de oír un dictamen que se propone no seguir, siquiera para no perder la patria potestad sobre aquél? La inutilidad del precepto no se previene ni con el adverbio *maliciosamente* tomado por los Códigos de Estado de México y el de Veracruz del Proyecto del Sr. Gollena, porque, como lo nota este mismo jurisconsulto, la madre maliciosa *oír*á *siempre*; la que deje de *oír* por ignorancia ó negligencia, no *está* comprendida en el precepto.

Tal es, pues, también según nuestros Códigos, la sola garantía con que puede contar el hijo aun respecto de la administración de sus bienes, cualesquiera que sean por otra parte los actos administrativos de la madre ó abuelas, para los cuales el padre haya expresamente designado la obligación de oír el dictamen de los consultores. En Derecho francés, como por un lado la madre supérstite tiene además el carácter de tutora del hijo y por el otro nada puede hacer sin conocimiento y aprobación del consultor, si así lo ha querido el padre en su testamento, las cosas pasan de otro modo. La madre no queda libre de toda responsabilidad por el solo hecho de haber obrado conforme á la opinión del consultor (1), y éste también puede ser declarado responsable según las circunstancias, de las opiniones dadas por él (2). Aubry y Rau no admiten la responsabilidad en este caso sino cuando pueda imputarse al consultor falta grave (3). Según Delvincourt es necesario distinguir: el consultor puede ser sometido á responsabilidad, si ha *impedido* un acto útil al menor; pero no es responsable, cuando ha *consentido* en un acto prejudicial, pues la madre en este último caso es libre para no obrar (4). Se comprende que ni la madre ni sus consultores son responsables en tales términos en nuestro Derecho, después de lo que en otra parte hemos dicho (núms. 29 y 57).

60. ¿A qué momento debe atenderse para saber si el padre puede ó nó ejercer la facultad de nombrar en su tes-

(1) Delvincourt, tom. 1, pág. 108.—Demolombe, tom. 7, núm. 96.—Aubry et Rau, tom. 1, § 99 bis, pág. 404.—Massé et Vergé, *sur Zachariæ*, tom. 1, § 247, note 6, pág. 486.—Demante, tom. 2, núm. 140, bis 2.

(2) Valette, pág. 288.—Demolombe, tom. 7, núm. 102.—Taulier, tom. 2, pág. 12.—Massé et Vergé, *loc. cit.*—Demante, tom. 2, núm. 140 bis 3.

(3) Aubry et Rau, § 99 bis, note 16.—Laurent, tom. 4, núm. 383.—*Contra*: Marcadé, *sur Part.* 391.—Allemand, tom. 2, núm. 1185.

(4) Delvincourt, tom. 1, pág. 107.

tamento consultores á la madre, al momento del testamento ó al de la muerte? La cuestión puede presentarse con motivo de la suspensión ó pérdida de la patria potestad, en cuyo estado se encuentra el padre al tiempo de morir. Hay un principio general que domina gran parte de la materia de la testamentifacción, salvo los casos expresamente designados por la ley, y es que en ella debe atenderse no solo al tiempo de otorgarse el testamento sino también al de la muerte del testador. Supóngase que éste, después de nombrados los consultores de la madre, es privado de la patria potestad ó suspenso en su ejercicio y que en esta condición se encuentra al tiempo de morir. ¿Vale el nombramiento? Una simple reflexión nos decide á contestar resueltamente que sí. ¿Cómo podría nulificarse una parte del testamento, cuando subsiste la otra, á pesar de y por la misma razón? Se juzga de la capacidad del testador, atendiendo al estado que guarda al hacer el testamento. Si esto es verdad refiriéndonos á la capacidad mental ¿cómo no lo sería en orden á la aptitud legal? ¿Se pretenderá retrotraer á actos válidos acontecimientos posteriores, que podían ó no suceder? Tal es, sin embargo, el sistema seguido por nuestros legisladores, que lo han tomado del Proyecto de un Código civil español del Sr. Gollena (1). Según los arts. 317 del Código del Estado de México, 368 del de Veracruz, 421 del del Distrito Federal de 1870 y 394 del actual no goza de la facultad de nombrar en su testamento consultores para la madre y las abuelas en su caso el padre que, al tiempo de morir, no se halla en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior á la pérdida ó suspensión de aquel derecho.—No encontramos otra justificación para ésto que el afán del legislador por hacer tan gravosa como es posi-

(1) Gollena, *Proyecto*, art. 165, segunda parte

ble la pena de suspensión ó pérdida de la patria potestad, pena que se lleva hasta el odioso extremo de nulificar aun los actos practicados antes de haber incurrido en ella. Pero ¿será alguien merecedor de castigo antes de haber delinquido? Quizá también nuestros legisladores hayan querido aprovechar este medio que se les presentaba para restringir aquella facultad del padre testador, que tan poca confianza revela en orden á la madre. De todas suertes la prescripción de nuestros Códigos nos parece contraria á los más elementales principios del derecho.

Mas como la suspensión de la patria potestad se origina no solo de la comisión de un delito sino también de la ausencia y de la incapacidad mental del que la ejerce, á nuestros legisladores pareció demasiado duro aplicar la retroactividad de que acabamos de hablar aun á estos dos casos, cuando antes de ellos hubiera el padre ejercido la facultad de nombrar consultores en testamento. En cuanto á la suspensión de la patria potestad por locura, el Sr. Gollena no encuentra otro motivo para que no se retrotraiga al tiempo de la facción del testamento, que el conocido aforismo romano: *afflicto non est addenda afflictio*, y por lo que hace á la ausencia, el mismo jurisconsulto recuerda que el ejercicio de la facultad concedida al padre, es un derecho útil al hijo y que el ausente puede nombrar tutor testamentario.—Estas mismas ideas se contienen en nuestros Códigos nacionales (arts. 317 del de Estado de México, 368 del de Veracruz, 422 del del Distrito Federal de 1870 y 395 del actual); pero con las siguientes diferencias:

El Código del Estado de México declara que la facultad de nombrar consultores no pertenece al padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de *ausencia*. Por manera que si fuere por causa de condenación, de divorcio ó aun

de locura, aquella facultad no existe para el padre, y entonces no vale ni el nombramiento de consultores, hecho antes de la pérdida de la patria potestad.—Este Código es consecuente con el sistema que sigue en orden á la locura y por lo que hace á la capacidad para testar, pues respecto á la primera no acepta los intervalos lúcidos (art. 483) y en orden á la segunda declara (art. 859) que debe atenderse solamente al tiempo de la muerte del testador.

El Código del Estado de Veracruz niega la facultad antes dicha al padre, que al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de *locura ó ausencia*. Cualquiera otra causa de las que privan ó suspenden del ejercicio de la patria potestad; si tal efecto subsiste al tiempo de la muerte, basta á invalidar el nombramiento de consultores hecho por el padre en testamento anterior á dicha causa.—La diferencia que se nota entre este Código y el anterior se explica por la que existe tambien entre los textos legales que respectivamente tratan de la locura y de la capacidad para testar. Este Código declara (art. 912) que los locos en sus intervalos lúcidos, pueden testar, y que para calificar la capacidad del testador debe (art. 933) atenderse solamente al tiempo de la muerte.

Los Códigos del Distrito Federal se separan muy sustancialmente de los anteriores. Todas las causas que privan ó suspenden del ejercicio de la patria potestad, sin exceptuar ninguna, *ni la incapacidad mental en sus intervalos lúcidos*, bastan á quitar al padre que se encuentre sujeto á sus efectos al tiempo de morir, la facultad de que hemos venido hablando, y esto sucede, aun tratándose del caso en que dicha facultad haya ya sido ejercida antes de la privación ó pérdida de la patria potestad, con la sola excepción de las causas fundadas en ausencia ó locura.—Cuando vemos que estos Códigos (arts. 3415 y 3424 del de

1870, 3278 y 3287 del actual) reconocen que el loco puede testar durante un intervalo lucido y que de la capacidad del testador se juzga atendiendo á la época del testamento, claro es que vemos también la flagrante inconsecuencia en que incurren en orden á la facultad del padre de nombrar consultores.

61. ¿Es revocable este nombramiento por el padre? La afirmativa nos parece indudable, toda vez que, no pudiendo hacerse tal nombramiento sino en testamento, éste es revocable hasta el último momento de la vida del testador (arts. 977 del Código del Estado de México, 1051 del de Veracruz, 3665 del del Distrito Federal de 1870 y 3472 del actual). Véase, pues, aquí una vez más el poco favor que nuestros legisladores han dispensado á la facultad del padre de imponer restricciones al ejercicio de la patria potestad por la madre, sin que obste la consideración hecha valer por algunos autores de que tal facultad es útil á los hijos (núm. 60). Lo mismo sucede en el derecho francés, que como el nuestro, se expresa de otro modo, cuando verdaderamente se trata, sin vacilaciones ni reservas, del interés del hijo, *verbi gratia* en el caso de reconocimiento de la paternidad natural, hecho también en testamento (1). Igual decisión creemos que debe darse, si es declarado nulo el testamento en que se contiene el nombramiento de consultores.

62. En cuanto á la forma de la revocación, hay que aplicar, para ser lógicos, las mismas reglas que se observan en orden al testamento. En consecuencia, así como éste no se entiende revocado sino por otro posterior, hecho con todas las solemnidades necesarias para testar (arts. 978 del Código del Estado de México, 1052 del de Veracruz, 3670 del del Distrito Federal de 1870 y 3476 del actual), lo mis-

(1) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 203.—Demolombe, tom. 7, núm. 84.

mo deberá suceder respecto al nombramiento de consultores.

63. Prosigamos enumerando las otras causas que nuestros Códigos mencionan, como destructivas ó meramente suspensivas de la patria potestad. El Código civil actual del Distrito Federal (art. 399) expresa que pierde los derechos que le concede el art. 366, es decir, la patria potestad, la madre ó abuela *vinda que vive en mancebía*. Este precepto que, en los términos en que está concebido, no se encuentra en ningún Código, nos parece redundante después del art. 390 del cual ya expusimos en otra parte (núms. 39 y 40), como él había venido en nuestra legislación nacional á llenar un lamentable vacío de que se quejan todos los comentadores del Código francés. No constituyendo la mancebía según nuestras leyes penales un delito, aunque sí, según el criterio social una grave y escandalosa inmoralidad ¿á qué viene hacer nueva mención de ella, cuando se trata de las causas que hacen perder la patria potestad? ¿Será por un excesivo celo de parte de nuestro legislador en favor de las costumbres públicas, en defensa de la pureza y santidad de la familia y para que no se empañe ni con la más lijera sombra la inocencia del niño? Si por esto fuera, sin retirar nuestra calificación de redundante, diríamos del texto indicado que era disculpable por el afán que el legislador mostraba en acentuar más y más un principio salvador de la pureza del hogar, tal vez por asegurar su cumplimiento, quitándolo de la arbitrariedad de los tribunales y consignándolo en un texto expreso y terminante de ley. Desgraciadamente no ha sido ese el móvil del art. 399 de nuestro Código, que reforma el anterior del de 1870. Así nos lo hace saber el Sr. Secretario de la Comisión reformadora, diciéndonos que ese precepto tiene por objeto privar de la patria potestad á la madre ó

abuela viuda, que viva en estado de unión ilegítima, *como sucedería si solo hubiera contraído matrimonio canónico y no civil* (1). He ahí, pues, considerado como mancebía é incompatible con la moralidad y educación de los hijos, el matrimonio santo y venerable de nuestros padres, á cuya sombra se ha conservado, cual un templo, la familia durante diez y nueve centurias de civilización cristiana. Y que ése y no la verdadera mancebía es el objeto de la reforma, lo convencen las mil garantías con que está escudada la vida íntima y privada del hombre, contra quien no es lícito hacer ni la menor pesquiza más allá de la puerta de su hogar, sobpena de incidir en un atentado. En cambio, habrá dicho el legislador ¿qué mejor prueba de unión ilegítima que la partida parroquial de matrimonio?

64. Desde antiguo se había también establecido, aunque solo en orden á la tutela, que debía privarse de ella al ascendiente que hubiera reconocido un hijo ilegítimo, pues esto era considerado como prueba de indignidad para continuar ejerciendo el severísimo cargo de vigilar la educación de los pupilos, y de allí sin duda tomó el Sr. Gollena el art. 167 de su *proyecto*, que ha servido de modelo á nuestros legisladores para establecer el mismo principio en orden á la patria potestad. En efecto todos nuestros Códigos á una, declaran: que pierden la patria potestad la madre ó abuela viuda que diere á luz un hijo ilegítimo (arts. 320 del código del Estado de México, 371 del de Veracruz, 296 inciso 4 del de Tlaxcala, 426 del del Distrito Federal de 1870 y 399 del actual). ¿Cuál sea la razón que haya obrado en el ánimo de los legisladores para exigir tal severidad de costumbres á la mujer? «Todas las naciones, decía Portalis exponiendo los motivos del art. 213 francés, ilustradas en este punto por la experiencia y por una especie de instinto, han creído de común acuerdo, que

(1) Miguel S. Macedo, *Datos para el estudio del nuevo Código Civil*, art 399

el sexo más amable debe también para dicha de la humanidad ser el más virtuoso. Las mujeres conocerían poco su verdadero interés, si en esta severidad aparente que se usa con ellas, vieran tan solo un rigor tiránico, y no una distinción útil y honrosa . . . no es en nuestra injusticia, sino en su vocación natural, donde las mujeres deben buscar el principio de los deberes más austeros que les han sido impuestos para mayor ventaja de ellas mismas y en provecho de la sociedad." De acuerdo en este punto con nuestra legislación, salva siempre la reserva que antes hemos expuesto, ya que también aquí puede sucitarse el conflicto que indicábamos, sólo nos ocurre presentar la siguiente dificultad: En otra parte hemos manifestado la prohibición que en términos más ó menos extensos se encuentra en todos los Códigos modernos sobre investigación de la maternidad natural. Esto supuesto ¿á qué clase de hijos *ilegítimos* puede referirse el legislador, al imponer á la madre viuda la fidelidad que queda indicada (1)? Si se trata del mero hecho del nacimiento, como bastante para fundar en él la privación de la patria potestad, se infringe á no dudarlo aquella prohibición, que no admite sino las excepciones expresadas en la ley. Fuerza es, pues, establecer que nuestros Códigos Nacionales se refieren y soio podían referirse al hijo *reconocido* por la madre, pues si bien es cierto que tratándose de la maternidad natural, el legislador ha permitido que el hijo la reclame, cuando tenga en su favor la posesión de estado, se comprende que bien tardío sería el castigo consistente en privar de la patria potestad á la madre de un hijo ilegítimo, si aquel no había de tener lugar hasta que dicha reclamación fuese presentada y quedara victoriosa después del juicio respectivo.

Por lo demás debemos hacer constar que á falta de un **texto expreso** en el código francés, la prescripción de

(1) Véase el tom. 4 de esta obra, núm. 228.

nuestros Códigos se encuentra en la doctrina y jurisprudencia referentes á aquel, aunque en diversos sentidos (1).

65. En derecho romano era vista con malísima prevención la madre viuda que contraía segundas nupcias: *Plerumque novis maritis non, solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt* (2). Y era tal esta prevención, que no se consideraba bastante á desvanecerla, ni aun que el padre mismo, al deferir la tutela en testamento á la madre, previniese que continuara en ella á pesar de repetir matrimonio, pues nadie podía impedir en su testamento la observancia de las leyes: *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant: nihil veniet in eam stipulationem; quia qualis; sit, talis ex testamento praestari debet: nec ullum in legato damnum facere intelligitur* (3).

Otra ley del Código de Justiniano decía: *Contractis secundis nuptiis, espelli eam [matrem] á tutela convenit* (4). Esta legislación pasó sin ninguna diferencia á la de nuestra madre patria, siempre en lo que se refiere á la tutela, pues repetimos que aquella, lo mismo que la romana, no se ocupaban de la patria potestad en orden á la madre: "Casando la madre, dice una ley de las Partidas, de mientras que sus hijos tuviese en guarda, el Juez del lugar do acaesciese, debe sacar los mozos luego de su guarda é de su poder, é darlos algunos de sus parientes de los mozos, de mas cercano, que sea ome bueno é sin sospecha, é non

(1) Arrêts: Limoges, 16 juill. 1807; Id, 2 avr. 1810; Id. 23 juill. 1824 (Sirey et Palais chr.).—Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 32.—Guliot, *Rep.* "Garde noble" sect. 28, núm. 5.—Salviat, tom. 2, pág. 68.—Proudhon, tom. 1, núm. 146.—Vazeille, *Du Mariage*, tom. 2, núm. 431.—Delvincourt, tom. 1, pág. 248, note 2.—*Contra*: Arrêts: Aix, 30 juill. 1813.—Dalloz, *Rep.* "Puisance Paternelle," núm. 157.

(2) *Cod.*, lib. 5, tit. 37, l. 22.

(3) *Dig.*, lib. 30, l. 55.

(4) *Cod.*, lib. 5, tit. 38, l. 2.

de aquellos á quienes defiendan las leyes de nuestro libro que non lo pueda ser. E si el Juez fallare, que alguna cosa deue dar la madre á los mozos, por razon de sus bienes que touo en guarda, ó por otra manera qualquier, fíncan por ende obligados tambien los bienes della como los de aquel que casó con ella (1)."

En derecho francés se vé que el mismo espíritu guió á los legisladores, pues si bien no pierde la madre viuda la patria potestad por un segundo matrimonio, cesa respecto á ella el usufructo de los bienes de su hijo, según el art. 386, del Código de Napoleón. Y como la madre viuda es también tutora del hijo (núms. 11 y 48), bajo este aspecto sí es inconcusa la influencia que sobre la tutela ejercen las segundas nupcias. En efecto, conforme al art. 395 del mismo cuerpo de leyes, si la madre tutora quiere volverse á casar, deberá, antes de la acta de matrimonio, convocar el consejo de familia, para que decida si la tutela debe serle conservada. A falta de esta convocación, ella *pierde la tutela* de pleno derecho; y su nuevo marido será solidariamente responsable de todas las consecuencias de la tutela que aquella hubiera indebidamente conservado.—Es visible la semejanza entre esta disposición y la antes transcrita del Código Alfonsino; pero en derecho francés, á diferencia de lo que sucedía en el derecho romano y español antiguo, todo depende de la decisión del consejo de familia, que sin expresión de motivos puede rehusar la tutela á la madre binuva, no teniendo ésta ningún recurso contra aquella (2). No es, pues, consecuencia necesaria de las segundas nupcias la pérdida de la tu-

(1) *Part.* 6, tít. 16, l. 5.—*Fuero Juzgo*, lib. 3, tít. 1, l. 6; tít. 2, l. 14; lib. 4, tít. 4, l. 3.

(2) Merlin, *Rep.* "Motifs de jugement," núm. 20.—Demolombe, tom. 7, núm. 140.—Aubry et Rau, tom. 1, § 96, pág. 391.

tela respecto de la madre, quien por otra parte conserva á pesar de todo la patria potestad.

¿Qué sucede en nuestro derecho nacional? Dos sistemas absolutamente diversos son seguidos por nuestros varios Códigos. Los de Veracruz (art. 372) y de Estado de México (art. 321), declaran que la madre que contrajere segundas nupcias *conservará* todos los derechos de la patria potestad, menos *la administración* de los bienes, á no ser que el consejo de familia se la defiera. Si se la defiere y acepta con conocimiento de su marido, responderá éste mancomunadamente con la mujer por lo que resultare de la administración posterior al matrimonio. Si no se la defiere, el mismo consejo nombrará administrador con todas las obligaciones que tiene el tutor respecto de los bienes del menor.—Al contrario, los Códigos del Distrito Federal (arts. 427 del de 1870 y 400 del actual) y el de Tlaxcala (arts. 296 y 299 inciso 3), declaran que pierde la patria potestad la madre ó abuela que pasa á segundas nupcias, debiendo proveerse á la tutela conforme á la ley, si no hubiere persona en quien aquella recaiga.

Palpable es la diferencia que separa ambos sistemas, pues por el primero se considera á la madre binuva incapáz de la patria potestad, por lo que hace á la administración de los bienes, salva siempre la designación del consejo de familia; y por el segundo, esa misma madre es privada de aquella autoridad, aún en lo que respecta á la dirección moral de los hijos. En otros términos, puede decirse que, como en el derecho francés, los primeros Códigos hacen depender la continuación de la madre en el ejercicio de la patria potestad, cuando pasa á segundas nupcias, de la decisión del consejo de familia; pero los segundos, siguiendo la tradición antigua, fundamentan la pérdida de la patria potestad en el mero hecho de las se-

gundas nupcias. En ambos sistemas es de advertirse cómo una vez más se manifiesta en todas estas legislaciones la diferencia de derechos entre el hombre y la mujer con desventaja de ésta, pues el padre viudo no es amenazado con la pérdida de la patria potestad sobre sus hijos, aunque contrajera nuevo matrimonio. ¿Qué razones habrán motivado tal diferencia? Berlier dice, en la *Exposición de motivos* del art. 395 francés: "Sin querer desfavorecer los segundos matrimonios que, en los campos y entre los ariesanos, tienen frecuentemente por objeto dar un nuevo protector á los huérfanos, resulta siempre que la mujer entra á una nueva sociedad cuyo jefe es extraño á los hijos de ella; y si este hecho no podría, sin injusticia, hacerle perder la tutela de pleno derecho, basta á lo menos para apelar á la familia á fin de que delibere sobre si aquella debe serle conservada (1)." "Este motivo, dice con razón Laurent, se aplica también al padre que vuelve á casarse. Es necesario decir más, añade este mismo autor, la situación de los hijos es peor, en caso de segundas nupcias del padre, que cuando la madre contrae un segundo matrimonio; la indiferencia, digamos mejor, la parcialidad, la barbarie de las madrastras se han hecho proverbiales, y no se dice otro tanto de los padrastros (2)." El texto francés no pasó sin discusión en el Consejo de Estado. Tronchet pidió que el padre fuese igualado á la madre. En el antiguo derecho, la jurisprudencia privaba siempre de la tutela á la madre binuva, porque se suponía que las segundas nupcias significaban diminución de la ternura materna. Ahora bien, la misma conducta puede hacer dudar igualmente del afecto del padre; luego es preciso obligar á éste á que declare á la familia el matrimonio que se propone contraer, y autorizarla á rehusarle la tutela. Bigot-

(1) Locré, tom. 3, pág. 412.

(2) Laurent, *Avant-Projet*, art. 386.

Preameneu trató de justificar la diferencia. "El padre que vuelve á casarse queda dueño de sí mismo y de sus negocios, no teniendo necesidad de nadie para realizar el bien de sus hijos; al contrario, la madre que pasa á segundas nupcias, cesa de pertenecerse. Así es que, si se le deja la tutela, conviene hacer á lo menos responsable á su marido (1)."

Esta justificación nos parece muy distante de su objeto, aún con respecto al sistema que, sin despojar á la madre de la patria potestad, la priva por las segundas nupcias de la administración de los bienes. Si se tiene en cuenta solamente el interés pecuniario de los hijos, como parece, ¿por qué la ley no exige ningunas garantías ni al padre ni á la madre para la administración de los bienes de sus hijos? Hemos dicho (núm. 23,) que era á causa de la confianza del legislador en el natural amor de los padres hacia los hijos. Esto supuesto, debemos reconocer que, haciendo á un lado como principal base del razonamiento, la circunstancia de la mayor ó menor suma de derechos en el hombre y mujer casados, ó subsiste igualmente en ambos el mismo afecto por sus hijos después de un segundo matrimonio, ó no subsiste en ninguno. ¿Por qué, pues, esa diferencia que frecuentemente está en abierta pugna con la realidad de las cosas? Los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala son aún más dignos de estas observaciones, porque desconfían de la madre viuda hasta en lo relativo á la patria potestad, siendo así que muy rara vez ó nunca se dará el caso de que una madre vuelta á casar, dé á sus hijos una educación viciosa. ¡Cuántas ocasiones el segundo matrimonio de la viuda, no es sino el resultado del desamparo en que vive y cuántas lo es también de su noble afán por procurarse una respetabilidad social de que carecía desde la muerte de su esposo, con el fin de asegu-

(1) Locré, tom. 3, pág 336.

rar mejor el porvenir de sus hijos! ¿Se pensará acaso que el corazón de una madre siente agotarse el caudal de sus afectos por el sólo hecho de contraer segundo matrimonio? El mismo amor de la madre hacia sus hijos basta igualmente para alejar todo temor de mala versación en el manejo de los intereses de aquellos por la funesta influencia que el nuevo marido pudiera ejercer sobre ella. Porque, en efecto, ¿cómo no esperar más bien que la madre utilice su nuevo estado en favor de los seres que ella ama más que todo sobre la tierra? Nada importa tampoco la sujeción en que viva, respecto al poder marital, porque es seguro que tras de los reiterados esfuerzos emprendidos en vano para lograr que en nada se perjudiquen los intereses de sus hijos, habrá de apelar al extremo recurso de litigar contra su mismo marido, para lo cual, como en otra parte lo hemos dicho (1) no necesita la esposa ninguna clase de previo permiso, que toda garantía debe el legislador prometerse en cuanto á lealtad y eficacia hacia los hijos del incomparable y siempre vivo amor de la madre.

Tal es, empero, nuestra legislación nacional, que en mucha parte, como lo hemos visto, se separa del derecho romano y de la antigua legislación Española. Esta también, á semejanza de la contenida en los Códigos de Estado de México, de Veracruz y de Francia, ha retrocedido del austero principio antiguo, pues por Real Orden de 12 de Abril de 1839 se establecía que la mujer que contrae nuevo matrimonio, puede solicitar nueva dispensa de ley para continuar en el cargo de tutora y curadora de sus hijos, haciendo constar en el expediente que promueva: I. La conducta moral, capacidad, profesión ó condición civil suyas y del sujeto con quien se ha casado: II, la edad de los mismos y la de los pupilos ó menores; III, el importe, clase ó naturaleza de los bienes, así de éstos como de la madre y del nuevo cón-

(1) Verse el tomo 2 de esta obra, núm. 378.

yuge: IV, el dictámen de la persona que á falta de la madre debería entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho, á quien deberá oírse; ofreciéndole al efecto el expediente sin dar á éste el carácter contencioso bajo ninguna forma: y V el juicio de la audiencia acerca de la justicia y utilidad de la dispensa (1). Se vé al ménos en esta disposición, que ha previsto el legislador la posibilidad de que en muchos casos fuese injusto y hasta inconveniente privar á la madre viuda de la guarda y dirección de sus hijos y bienes, por solo el hecho de contraer segundo matrimonio. La misma tendencia, aunque realizada en diferente forma por medio de la intervención de los parientes, asomó desde los primeros albores de nuestra legislación nacional. Así es de notarse en el art. 184 del primer proyecto de un Código Civil Mexicano hecho por el Doctor Sierra, que reproduce el 168 del proyecto tambien del jurisconsulto Español Sr. Gollena, sin otra diferencia que la que ya consta en los Códigos de Veracruz y Estado de México, ó sea la relativa á que la administración de los bienes del hijo puede ser conservada por la madre binuva, no sólo porque el consejo de familia se la difiera, sino también porque *accepte con conocimiento de su nuevomarido*.

Grande semejanza hay, pues, entre esta nuestra legislación y el Código frances en la materia que nos ocupa, y á ello contribuye aún la misma diferencia que se advierte entre ambos, por lo que hace á la dualidad de autoridades, es decir, la patria potestad y la tutela, que este Código acepta (núm. 11), como pertenecientes á la madre viuda, que al contraer segundas nupcias, puede perder la segunda, pero no la primera por tal causa. Se comprende desde luego que el legislador francés ha temido algún peligro para los bienes del hijo con el nuevo matrimonio de

(1) Escribiche, *Dic.* "Tutora ó Tutriz."

la madre, sin que su celo se haya alarmado ni en lo más mínimo, por lo que respecta á la educación del hijo, ó sea á la patria potestad. Es este también el sentido de los Códigos de Veracruz y Estado de México, según los cuales, las segundas nupcias de la madre no pueden hacerle perder otra cosa que la administración de los bienes. Repetimos, porque así lo exige también este aspecto bajo el cual estudiamos la patria potestad, que nuestra legislación resulta más clara que la francesa, porque á no dudarlo, ni la patria posestad consiste en la dirección moral del hijo, ni la tutela tiene por objeto exclusivamente la administración de los bienes (1).

Supuesta la prescripción de los Códigos de Veracruz y Estado de México, dos condiciones son necesarias para que la madre viuda y vuelta á casar, pueda conservar la administración de los bienes del hijo: el permiso del consejo de familia y la aceptación de la madre con conocimiento de su marido. En otra parte explicaremos qué significa esta institución del consejo de familia á que se refieren los Códigos de Veracruz y Estado de México, basándonos por el momento decir que tiene por objeto proveer mejor y con más seguridad de acierto y de celo á los intereses del huérfano. Dependiendo de las personas que forman este consejo, la administración de bienes conservada á la madre, claro es que él puede imponer á ésta las condiciones que le parezcan más convenientes en interés del hijo. En cuanto á la otra condición que consiste en la conformidad de la madre para continuar en la administración con conocimiento de su marido, el legislador ha querido, al prescribirla, que aquél quede mancomunadamente obligado con la madre á las resultas de la administración posterior al matrimonio.

(1) Baudry-Lacantinerie, tom. 1. núm. 1009.—Chardon, *Puissance Paternelle*, pág. 59.—Arrêts: Poitiers, 15. fevr. 1811. (Dalloz, *Rep.* "Puissance Paternelle" núm. 74); Caen, 19 mai. 1834. (Sirey, 1854. 2, 714); Bruxelles, 28 janv. 1824. (Dalloz *Rep.* "Minorité" núm. 894).

66. Como lo hemos dicho, los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala han seguido absolutamente otro sistema. Según ellos, la madre viuda no conserva la patria potestad sobre sus hijos ni en cuanto á la educación ni respecto de la administración de sus bienes. ¿Cómo suplir entonces la cesación de la autoridad doméstica, al sobrevenir el segundo matrimonio de la madre? Estos códigos, consecuentes al menos con la gradación de personas para el ejercicio de la patria potestad (núm. 8), establecen que, si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá á la tutela conforme á la ley. ¿Qué decidir ante los Códigos de Veracruz y Estado de México para el caso en que el consejo de familia rehuse la administración de los bienes á la madre? El sistema seguido por esta legislación, la ha decidido á la rara solución de que se nombre un administrador, que puede ser una persona extraña y con todas las obligaciones de los tutores. ¡A cuántas complicaciones tiene que prestarse con daño del hijo esa dualidad de autoridades á que se le somete, dualidad en que no pocas veces estarán en pugna los intereses morales y pecuniarios del hijo, el amor de la madre y la avaricia quizá de un administrador responsable! Según los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala ¿la tutela puede recaer en el segundo marido? La misma absoluta prohibición de estos Códigos sobre que jamás pueda la madre viuda y vuelta á casar, continuar en el ejercicio de la patria potestad, ha hecho que declaren cómo la tutela á que habrá de recurrirse, cuando falte ascendiente en quien recaiga aquella, nunca puede pertenecer al segundo marido. Tal es el texto de la ley (arts. 428 del Código del Distrito Federal de 1870, 401 del actual y 229 del de Tlaxcala.)

67. ¿Qué modificación sufren los dos sistemas que acabamos de exponer, cuando la madre viuda así despojada de la administración de los bienes de sus hijos ó de toda la patria potestad por las segundas nupcias, vuelve á enviudar? A falta de un texto positivo en el antiguo derecho, era sin embargo opi-

TOMO V.—P. 15

nión corriente entre los intérpretes que la madre viuda, vuelta á enviudar, no recobraba la tutela de sus hijos. Parece ser que por primera vez en los Códigos de la raza latina, es el ilustre jurisconsulto español Señor Goyena, quien fundándose en el *Speculator* (1), estableció en su proyecto de un Código Civil español el precepto á todas luces justo de que la madre viuda y vuelta á casar recobraba los derechos perdidos sobre sus hijos, si volvía á enviudar. "Con la muerte del segundo marido, dice este autor, desaparece la causa que interrumpió la administración de la madre; y es muy natural que lo relativo á las cosas y personas de los hijos vuelva á reunirse en la misma mano, puesto que ya no se descubre interés de ellos en lo contrario. (2)" La misma prescripción se encuentra en el primer proyecto de un Código Civil mexicano (3), y de allí pasó á nuestros Códigos vigentes de Veracruz (art. 373), del Estado de México (art. 322) y del Distrito Federal de 1870 (art. 429). Todos estos preceptos declaran que la madre viuda y viuda otra vez, recobra la patria potestad perdida por el segundo matrimonio, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva.

¿Cuáles son estos bienes?—Se entienden por bienes *reservables* ó *reservaticios*, los que el viudo ó viuda está obligado á guardar para los hijos que tuvo en el primer matrimonio. Su origen es cualquier título lucrativo, ya universal, como sucesión por testamento ó ab-intestato, ya singular, como arras, donación ó legado por parte del cónyuge difunto. Eran también considerados como bienes de la misma clase: los que el cónyuge supérstite había heredado *ab-intestato* de alguno de los hijos del primer matrimonio, con tal de que éste los hubiese heredado antes del difunto padre ó madre, sin que jamás pu-

(1) *Speculator*, tit. de tutore, § nunc dicendum veri, quæro si mater.

(2) Goyena, *Proyecto de un Código Civil español*, art. 169.

(3) *Proyecto de un Código Civil mexicano* por el Sr. Dr. D. Justo Sierra, art. 185.

dieran comprenderse por razón de la primera definición en los bienes que nos ocupan los gananciales adquiridos durante dicho primer matrimonio (1). Dos razones habían desde antiguo obligado á los legisladores á resguardar contra toda enajenación los bienes llamados de reserva: la una se fundaba en la utilidad de los hijos del primer lecho, y la otra pretendía apoyarse en la presunción de cierta especie de ofensa que el cónyuge supérstite hacía al difunto por el hecho de contraer segundas nupcias. A reserva de tratar más extensamente de este punto en su oportunidad, bástenos decir por ahora que á diferencia de lo que sucedía en el antiguo derecho (2), la reserva tiene lugar á pesar de que el cónyuge difunto hubiera declarado expresamente en testamento ó en cualquiera otro instrumento público, que el supérstite conservaría la propiedad de los bienes mencionados, no obstante segundo matrimonio. Así á lo ménos parece inferirse del texto del art. 1084 del Código del Estado de México, aunque no del 1164 del de Veracruz.—Antonio Gómez con otros autores establece también otra excepción á la aplicación de la reserva, y ella consiste en que los hijos á quienes había de aprovechar aquella, diesen su consentimiento para el segundo enlace (3). Tenemos que hacer en orden á este punto, la misma observación que precede, por lo que hace á los Códigos de Veracruz y Estado de México, que solo aceptan por parte de los hijos del primer matrimonio la renuncia expresa y espontánea de la reserva.

Tales son, para no extendernos más por el momento, los bienes que se llamaban y llaman reservables, siendo á ellos á los que se refieren los arts. 332 del Código del Estado de México, 373 del de Veracruz y 429 del del Distrito Federal de 1870

(1) L. L. 6, tit. 1, lib. 3, y 2, tit. 4, lib. 4 del *Fuero Juzgo*; 1, tit. 2, lib. 3 del *Fuero Real*; 26, tit. 13, Part. 5.ª, 6, 14 y 15 de *Toro*.—Antonio Gómez, *ad istas leges*.—Febrero, tom. 2, § 30, pág. 230.—Sala, tom. 2, pág. 60.

(2) Escribano, *Disco*, "Bienes reservables ó reservaticios."

(3) Antonio Gómez, *ad legem XIV Tauri*, núm. 6.—Febrero, tom. 2, pág. 226, § 18.

antes citados. ¿Qué significa, pues, la salvedad formulada por los legisladores en orden á estos bienes, y al declarar que la madre binuva y vuelta á enviudar recobra la patria potestad? No quiere decir otra cosa sino que ningún derecho de administración pertenece á la que, dos veces viuda, ya no presta en el concepto de los autores de aquellas leyes la suficiente garantía sobre respeto y vigilancia de los bienes, cuya propiedad está reservada á los hijos. El Código actual del Distrito Federal reformó el de 1870, suprimiendo la frase del art. 429, relativo á los bienes sujetos á reserva. No puede ponerse en duda la exactitud del motivo invocado por la comisión reformadora, pues en efecto, solo por olvido puede haberse conservado en este Código algo referente á bienes de que no se habla en él. (1)

68. Hay en nuestro derecho otra causa de privación de la patria potestad, que es peculiar de los ascendientes. Consiste en el nombramiento que puede hacer el padre ó la madre de tutor testamentario, que excluye de la patria potestad á dichos ascendientes en quienes debiera, segun queda explicado, recaer aquel derecho. Así lo declaran los arts. 332 del Código del Estado de México, 385 del de Veracruz, 530 del del Distrito Federal de 1870 y 431 del actual, de todos los cuales nos ocuparemos al hablar de *tutela testamentaria*. El Código de Tlaxcala en su art. 335 expresa el concepto contrario. No puede negarse que nuestros otros Códigos se fundan en que la patria potestad no pertenece de una manera esencial sino á los padres inmediatos, con lo cual, de seguro, no están acordes, ni la filosofía de la ley, ni la naturaleza de la autoridad de que nos hemos venido ocupando. ¿Por qué, en efecto, hacer jueces únicos de lo que más conviene á los hijos, á aquellos que les han dado el sér, cuando es proverbial el tierno cariño de los abuelos? Si la ley no hubiera considerado así las cosas,

(1) Miguel S. Macedo, *Datos para el estudio del nuevo Código Civil*.

jamás habría otorgado la patria potestad sino á los padres. Por otra parte, la facultad de exclusión que á éstos se concede, para que la patria potestad sea sustituida por la tutela de un extraño, nos parece altamente injuriosa á esa edad avanzada de la vida, que busca las albores de la existencia como un consuelo y la única recompensa de incontables sacrificios. Según los Códigos del Distrito Federal (arts. 533 del de 1870, y 434 del actual) la facultad otorgada al padre de excluir, por medio de tutor testamentario, de la patria potestad, requiere la formalidad de manifestarse de una manera expresa, en el caso en que el ascendiente á quien correspondería aquella se hallase impedido, pues de no ser así, la tutela cesaría, cesando el impedimento.

Pero la facultad de excluir de la patria potestad no pertenece al padre en contra de la madre (arts. 332 del Código del Estado de México, 385 del de Veracruz, 531 del del Distrito Federal de 1870 y 432 del actual. Estos Códigos no dicen si la madre podrá excluir de la patria potestad al padre, pero la negativa es sin duda evidente, dado que aquella autoridad pertenece en principio y de toda preferencia al padre. Quizá los legisladores creyeron necesario prohibir solo expresamente la exclusión de la madre, no fuera á ser que antiguas tradiciones diesen lugar á pensar que hasta tal extremo podía extenderse la omnipotencia del *paterfamilias*.

69. El nombramiento de tutor testamentario hecho por cualquiera ascendiente, fuera del padre y de la madre, excluye también de la patria potestad á los demás ascendientes que debieran ejercerla (arts. 532 del Código de 1870 y 433 del actual.)



ADICION.⁽¹⁾

TITULO OCTAVO DE LA ADOPCION.

Art. 258. El adoptante debe tener por lo menos diez y ocho años más que el adoptado.

Art. 259. Solo pueden adoptar las personas mayores de cincuenta años que no tengan descendientes legítimos.

Art. 260. El tutor no puede adoptar á su pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela.

(1) La necesidad de corresponder en la mayor amplitud posible al programa de comentar en todas sus partes y en sus diversas manifestaciones las leyes civiles mexicanas, nos impide pasar en silencio lo que se refiere á la *Adopción*, institución de origen romano y conservada por nuestra madre patria, aunque no con el prestigio ni con los efectos que en Roma tuviera. Si á esto se añade que tres de nuestros Códigos Civiles vigentes (los de Tlaxcala, Veracruz y Estado de México) aún hablan de aquella institución, se encontrará bastante motivado que nos ocupemos en su estudio, y á este efecto tomamos por base de nuestro comentario el texto del primero de esos Códigos, que es el que trata más extensamente la materia.

Art. 261. El cónyuge no puede adoptar sin el consentimiento de su consorte; pero pueden hacerlo ambos conjuntamente.

Art. 262. Nadie puede ser adoptado por más de una persona, excepto el caso del artículo anterior.

Art. 263. Para la adopción de un mayor de edad, se necesita su expreso consentimiento; para la de un menor de edad, pero mayor de catorce años, su consentimiento y el de la persona que tendría que darlo si se casara, y para la de un menor de catorce años y de los incapacitados, el de las personas bajo cuya patria potestad están ó el de los tutores en su caso.

Art. 264. El adoptante tiene derecho á que le ministre alimentos el adoptado y á heredarlo en la forma que establece este Código.

Art. 265. El adoptado tiene derecho de usar el apellido de quien lo adopta, á ser alimentado por éste y á percibir la porción hereditaria que le señala el presente Código.

Art. 266. Por la adopción se adquiere la patria potestad sobre el adoptado que, siendo menor, no tiene ascendientes á quienes corresponda este derecho.

Art. 267. La adopción sólo puede hacerse ante los jueces de primera instancia; y la resolución de éstos, declarándola legítima, se remitirá al juez del registro civil respectivo, para que anote la partida de nacimiento del adoptado.

Art. 268. Cualquiera persona puede en todo tiempo contradecir la adopción; pero ésta no puede ser declarada nula más que en los casos siguientes:

I. Cuando el adoptante haya tenido descendientes legítimos al tiempo de verificarse la adopción.

II. Cuando el adoptado por una persona lo esté por otra y no se haya declarado nula la segunda adopción.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

70. Una razón estrechamente ligada con el viejo culto pagano ha sido el principio del derecho de adopción entre los anti-

gnos, quienes para escapar á sus dioses de la deserción de los honores tributados por la común credibilidad, habían encontrado oportuno y conveniente recurrir á aquel medio para evitar que, con la extinción de la familia natural, se interrumpiese la religión doméstica por falta de quien hiciese las ofrendas fúnebres á los manes de los antepasados. "Aquel á quien la naturaleza no ha dado hijos, puede adoptar uno, para que las ceremonias fúnebres no cesen:" así se expresa el viejo legislador de los Indus (1). La misma idea se revela en Grecia (2) y en casi todos los pueblos de la antigüedad, pudiéndose deducir de esto que la adopción sólo era permitida á los padres que no tenían hijos por la naturaleza. Ningún texto preciso nos demuestra que igual cosa sucediese en Roma, y sabemos por Gayo que un mismo hombre podía tener bajo su poder hijos por la naturaleza é hijos por la adopción (3). Una autoridad incontestable, empero, nos mueve á creer que la idea primitiva no llegó á perder su valor ni su prestigio: "¿Cuál es el derecho que rige la adopción? preguntaba el orador romano atacando la genealogía ficticia de Clodio; es necesario, decía, que el adoptante se halle en edad de no tener ya hijos, y que antes de adoptar, haya procurado tenerlos. *Adoptar es pedir á la religión y á la ley lo que no se ha podido obtener de la naturaleza* (4)." En tiempo de Justiniano el derecho antiguo había perdido mucho de su tradicional severidad, y el pensamiento enunciado por Gayo no se diferencia en nada del que expresa la Instituta de aquel Emperador (5).

La adopción revestía en Roma formas tan solemnes como la manumisión y el testamento. Eran las curias romanas las que autorizaban ese cambio de familia por efecto del cual uno de los miembros de la sociedad, tal vez un *paterfamilias* era tras-

(1) *Leyes de Manú* IX, 10.

(2) Iseo "*De Menelecs hereditate*" 10—46.

(3) Gaius.—*Inst.* cap. 1, § 97.

(4) Ciceron "*Pro domo*" 13, 14.—Aulo-Gelio, V, XIX.

(5) "*Inst. de Just.*" lib. I tit. 11.

portado de su origen natural á un centro donde no podía caber sino mediante una ficción. ¿Cómo no intervenir el pueblo, por otra parte, en que uno de sus ciudadanos sobreviva, después de su muerte, en la ciudad por la incorporación de otro? Pero si tal era el derecho primitivo, las fórmulas solemnes empezaron á ceder al imperio de medios ficticios y equivalentes, y las ceremonias tan gráficamente expresadas por las frases: *in sacra transiet* y *sacrorum detestatio* hicieron plaza á la *vindicta* y á la *in jure cessio* para la adopción sin el concurso del pueblo. "Era, nos dice Ortolan, el derecho privado que ganaba terreno sobre el público (1)."

71. Se conocían dos especies de adopción: la *arrogación*, que tenía por objeto á personas *sui juris* ó *paterfamilias* y la *adopción* propiamente dicha, que se aplicaba á las personas *alieni juris* ó hijos de familia. Si la especie de secularización en orden á las antiguas y solemnes formas, que se operó en la adopción romana, comprendió las dos clases que se señalan, ella no tuvo lugar sino muy posteriormente para la arrogación, que hasta la época de los Emperadores, en que se había desconocido toda sombra de representación popular, fué practicada por un rescripto imperial. Si primitivamente era la autoridad del pueblo la necesaria condición para que el arrogado pasara con todo lo que le pertenecía en el orden humano y sagrado á la familia del arrogante, y á este efecto se formulaba en los Comicios al uno y al otro y al pueblo mismo para su consentimiento en tan importante cambio una serie de preguntas solemnes, á todo eso vino á sustituirse un simple mandato del príncipe, quien con conocimiento de causa (*causa cognita*) y después de examinar si el arrogante no tenía menos de sesenta años, ni otros hijos naturales ó adoptivos, autorizaba el acto, que á pesar de todo resultaba no pocas veces el efecto de una gracia

(1) Ortolan, "*Inst. Just.*" lib. 1, tit. 11.—Valerio Maximo, VII, 7.—Aulo Gelio, XV, 27.

otorgada por el Soberano, ó por motivo de una enfermedad, ó del mero deseo de adoptar un pariente (1). La otra especie de adopción, ó sea la propiamente dicha, habiendo empezado por poderse verificar por medio de la *in jure cessio*, tenía lugar en tiempo de Justiniano mediante una simple acta levantada delante del magistrado competente, en presencia de las partes, y haciéndose constar el consentimiento del padre natural, del adoptante y del adoptado, quien podía serlo aún hallándose en la edad de la infancia, pues bastaba que no contradijese la adopción (2).

La reforma del derecho primitivo en orden á la adopción se hizo también sentir en sus efectos más importantes. Si al principio todo lazo de parentesco quedaba roto entre el adoptado y su familia natural, volviéndose para ésta completamente extraño, al grado de que en caso de muerte su padre natural no tenía el derecho de encargarse de sus funerales, la ficción se redujo después á establecer un lazo de mera forma entre el adoptante y el adoptado, y á otorgar á este último un derecho de sucesión ab-intestato sobre la herencia de aquél. Una constitución imperial declaraba que, cuando el padre natural daba su hijo en adopción á una persona extraña, no perdía ninguno de sus derechos ni aún el de *patria potestas*, que absolutamente no era adquirido por el padre adoptante; pero que lo contrario sucedía cuando éste era el abuelo ó bisabuelo, paterno ó materno, pues entonces se unían en la misma persona los derechos de la naturaleza y los de la ley, quedando por consiguiente borrado por completo todo lazo natural originario.

72. Las condiciones para la adopción eran las siguientes: 1.^a El adoptante debía tener diez y ocho años más que el adoptado, y no ser castrado, pues la adopción debe imitar la naturaleza; 2.^a el adoptante no debía tener hijos legítimos ni por

(1) Gaius, *Inst.*, cap. 1, § 99—Ciceron, *Pro domo sua*, 20—Aulo Gelio, *Noct. att.* 5, 10—*Dig.* lib. 1, tit. 7, l. 15, § 2.

(2) *Cod.* lib. 8, tit. 48, l. 11.

la sangre ni por la adopción, salvo un motivo justo; 3ª el adoptante debía ser *sui juris*; 4ª el adoptado no debía ser hijo ilegítimo del adoptante, y 5ª la adopción debía ser hecha á perpetuidad (1).

73. Esta legislación pasó por completo á nuestras antiguas leyes, si se exceptúa el Fuero Juzgo que guarda absoluto silencio sobre la adopción, pues desde el Fuero Real se trasluce la tendencia á reproducir, en la materia que nos ocupa, los precedentes romanos (2).

DERECHO MODERNO.

74. Totalmente desconocida la adopción en el antiguo derecho francés, aunque lo contrario pudiera decirse, apoyándose en ciertos usos no poco semejantes en sus efectos á aquella institución, como las liberalidades contractuales ó testamentarias con facultad de llevar el nombre y de tomar las armas en favor del disponente, la adopción en los hospicios y otros (3), gozó de gran boga á raíz de estallar la revolución, que en más de un sentido tendió á reproducir las instituciones romanas y suscitó teorías filosóficas con las cuales mucho tenía que armonizar el espíritu fundamental de la adopción. Así vemos que por decreto de 18 de Enero de 1792 la Asamblea legislativa decidió que "su comité de legislación comprendería en su plan general de las leyes civiles, las relativas á la adopción." Desde este día y no obstante faltar un texto legal positivo que fijase la naturaleza, condiciones y efectos de la adopción, tuvieron muchas lugar con carácter solemne y político, hacién-

(1) *Inst. de Just.* lib. 1, tít. 11, §§ 4 y 9.—*Dig.* lib. 1, tít. 7. l. 17 § 3.—*id.*, lib. id., tít. id., l. 15, § 3.—*Novella*, 74, cap. 3.—*Dig.* lib. 1, tít. 7, l. 34.

(2) *Fuero Real*, lib. 4, tít. 22, ll. 1 á 7.—*Part.* 4, tít. 16, l. 1. 1 á 10.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, tom. 1, pág. 701.—*Sala mexicana*, tom. 1, pág. 355.—Antonio Javier Pérez y López, *Teatro de la legislación universal de España é Indias*, "adopciones y emancipaciones."—*Enciclopéd. de derecho y administración*, "Adopción."

(3) Boutaric *Inst.* lib. 1, tít. 2.—Merlin, *Rep.*, "Affranchissement."

dose en nombre de la patria y llegándose á conceder hasta los derechos de ciudadano francés á todo aquel que no tuviera otro mérito que haber adoptado un hijo (1). Son los redactores del Código de Napoleón los primeros á quienes se debe en Francia una ley formal y positiva sobre la adopción. En el proyecto primitivo nada se decía sobre ella; pero el Tribunal de casación reclamó contra tal silencio y la sección de legislación en el Consejo de Estado no fué sorda al llamamiento. Malleville y Tronchet combatían la adopción, mientras el primer Cónsul la defendía con entusiasmo. Se discutió si ella sería adoptada como una institución meramente política, ó de carácter privado y solo perteneciente al derecho común. Habiendo preponderado este segundo sistema, se preocupó el Consejo de Estado por la idea de que la adopción debía ser, como en el derecho romano clásico, una fiel imitación de la naturaleza, saliendo en virtud de ella el hijo adoptivo de su familia natural y enlazándose por completo y de una manera exclusiva con el adoptante y aun con sus colaterales. Fué después el mismo primer Cónsul quien operando una reacción sobre sus primeras ideas é inspirado por el Tribunado, reconoció en el Mensaje de 2 de Enero de 1802 que había ido demasiado lejos en las anteriores discusiones, y propuso no dar á la adopción otro carácter que el de una simple trasmisión de nombres y de bienes. Tal es el espíritu que domina los capítulos 1 y 2 del título 8º, libro 1º del Código Civil francés, pudiéndose desde luego afirmar que dista mucho en ellos de haber alcanzado completa aplicación la tradicional máxima "*adoptio imitatur naturam*" (2).

75. En nuestra legislación nacional y despues del despres-

(1) Decreto de la Convención nacional, de 25 de Enero de 1793.—Constitución de 1793.

(2) Loaré, *Legislation de la France*, tom. 6, pág. 371.—Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Rep. Gen. du droit français*, "Adoption."

tigio con que la adopción hubiera aparecido en el primer proyecto de un Código Civil mexicano, donde su autor, el respetable jurisconsulto Don Justo Sierra, la llama una institución enteramente inútil y del todo fuera de nuestras costumbres, son, como antes lo hemos indicado, los Códigos de Veracruz, Estado de México y Tlaxcala, los primeros y los únicos que de aquella tratan. Si la tercera de esas legislaciones dedica á la adopción el extenso articulado que antes hemos trascrito, los otros dos Códigos no la consideran sino en términos hasta concisos, quitándole todo carácter de acto privado, tanto en su forma como en sus efectos.

Estas legislaciones, sin dejar de referirse á las dos especies de adopción del derecho romano, declaran que sólo podrán tener lugar ambas en virtud de disposición legislativa (arts. 288 del Código del Estado de México, y 337 del de Veracruz). En cuanto á los efectos civiles de dichos actos, los mismos Códigos previenen que ellos se determinen también por la disposición legislativa en cada caso particular, y sin que en ninguno resulten perjudicados los herederos forzosos (arts. 289 del primero y 338 del segundo). Y como la adopción importa un necesario cambio en el estado civil, el art. 290 del uno y 339 del otro ordenan que el interesado haga inscribir en la Oficina respectiva del registro dicha disposición legislativa, insertándose en el acta de nacimiento conforme á los arts. 70 y 130 respectivamente. Hé ahí sin duda una forma de adopción muy simple, pero no menos rara, que, salva la legítima de los herederos forzosos, todo lo deja á la arbitrariedad del legislador, de donde no es imposible que resulten por causa de la adopción efectos muy extensos unas veces, limitadísimos y condicionales otras, hasta en el sentido de la duración. Por lo demás y ya que estos legisladores han empleado dos vocablos jurídicos consagrados por la tradición, el intérprete debe creerse autorizado para entenderlos en el sentido de que, según esta novísima legislación, aún pueden ser *adoptados* los hijos de

familia, como *arrogados los séres* que ya no dependen sino de sí mismos (1).

76. El Código de Tlaxcala, exponiendo la edad que debe tener el adoptante, expresa (art. 259) que ella es la que excede de los cincuenta años, con tal de que (art. 258) resulte siempre que dicha edad es cuando menos diez y ocho mayor que la del adoptado. Estos preceptos están modelados, con la sola diferencia del número de años para la edad del adoptante, y en cuanto al exceso sobre la edad del adoptado, en los arts. 133 del proyecto de un Código civil español de Goyena, que exige cuarenta y cinco y quince años, y en el 343 francés que previene, como nuestro Código, cincuenta años; pero sólo quince en orden al exceso de edad entre adoptante y adoptado. Se sigue de aquí que la mínima edad á que una persona puede adoptar, es la de cincuenta años, porque se ha considerado por el legislador que, debiendo ser la adopción un consuelo para los padres sin hijos, no es conveniente que tenga lugar sino después de una edad en que ya es poco probable el advenimiento de los mismos. Es así como Berlier explica los motivos del texto francés: "La adopción, dice, no es acordada sino como consuelo á aquellos que no tienen hijos ó que han tenido la desgracia de perderlos; no se debía, pues, autorizarla en una edad en que la naturaleza permite todavía tenerlos por el matrimonio" (2). Las limitaciones, pues, por razón de la edad son absolutas, á cuyo efecto la ley no consiente ninguna dispensa, á diferencia de lo que declara para el matrimonio (3).

77. ¿Pueden adoptar las mujeres? En el antiguo derecho romano y patrio les estaba prohibido, como incapaces de patria

(1) Posteriormente al comentario que sigue del Código de Tlaxcala, hemos tenido noticia del decreto de 14 de Octubre de 1876, que derogó los arts. 288, 289 y 290 del Código Civil del Estado de México, y tanto por esta razón, como porque esta legislación coincide en lo fundamental con la del Código de Tlaxcala, no hacemos de ella un comentario especial, limitándonos á copiarla al fin de esta sección.

(2) Berlier, *Exposé des motifs*, núm. 6.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núm. 46.

potestad. Fué solamente una constitución de Diocleciano y Maximiano la que permitió la adopción á la madre que había perdido á todos sus hijos, sin por esto concederle patria potestad sobre el hijo adoptivo, con quien no la ligaban otros lazos que los existentes con sus propios hijos por la sangre: "*Et cum perinde atque ex te progenitum, ad vicem naturalis legitimique filii habere permittimus*" (1). Animada por el mismo espíritu la legislación Alfonsina, sólo permitía la adopción á las mujeres que hubiesen perdido sus hijos en batalla en servicio del Rey (2). El moderno derecho, más respetuoso que el antiguo al sexo femenino, después de haber concedido á la madre la patria potestad, no podía negarle la facultad de la adopción. En este sentido son manifestos los artículos citados del derecho francés y del Código de Tlaxcala (3). Veremos sin embargo adelante, cómo debe entenderse tal permisión en orden á la mujer casada.

78. Según una doctrina de Ulpiano, no se permitía al tutor ó curador de alguno adoptarle, por el temor de que al hacerlo, evadiese impunemente la obligación de rendir cuentas: "*ne forte eum ideo arroget, ne rationes reddat*" (4). La misma prohibición se encuentra repetida en nuestra antigua ley patria (5). En derecho francés es tratado este punto con muy diferente criterio, pues según el art. 345 del Código de Napoleón no sólo no es incompatible la tutela con la adopción, sino que aquella se considera como un preliminar casi necesario de ésta. "La facultad de adoptar, dice aquel texto, no podrá ser ejercida sino hacia el individuo á quien durante su menor edad y seis años á lo menos se hubieran prestado socorros y otorgado cuidados sin interrupción; ó hacia aquel que hubiera salvado la

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11, § 10.—*Cod.* lib. 8, tit. 48, l. 5.

(2) *Part.* 4^a tit. 16, l. 2.

(3) Demolombe, tom. 6, núm. 44.

(4) *Dig.* lib. 1, tit. 7, l. 17.

(5) *Part.* 4^a, tit. 16, l. 6.

vida al adoptante, sea en un combate, sea retirándole de las llamas ó de las olas." Se está de acuerdo entre los comentadores en que no sólo la tutela oficiosa á que se refiere el art. 345, pero aún la ordinaria, con tal de que hubiera sido ejercida durante seis años, puede servir de preliminar á la adopción del pupilo por el tutor, siendo éste un punto de hecho, completamente abandonado á la apreciación soberana del Juez, que es casi sin límites en materia de adopción (1). También se está de acuerdo, en que los casos para la adopción remuneratoria que cita la ley no importan sino ejemplos, por manera que pueden existir otros equivalentes y que signifiquen del mismo modo servicios prestados al adoptante en momentos de peligro para su vida (2).

Claramente se ve cuál ha sido el espíritu que ha presidido á la redacción del art. 345 francés: es la convicción de cierta semejanza entre el amor del padre adoptante y el del padre por la sangre. El discurso del tribuno Gary, sobre este punto, es un verdadero idilio del amor paterno. "La ley, decía este Jurisconsulto, debe asegurarse de que aquel que quiere obtener el título de padre, tiene ya los sentimientos de tal, y la prueba de esto no puede resultar sino de los cuidados otorgados durante largos años al hijo menor. En efecto, para un individuo llegando ya á la mayor edad, no se experimentan sentimientos de padre; pero sí se tienen desde luego respecto de la debilidad, de las gracias, de la ingenuidad y del candor de la infancia. Estos sentimientos se afirman y perpetúan en una edad más avanzada, siendo en la edad tierna cuando nacen. Entonces es cuando la habitud de los cuidados concedidos y recibidos forma verdaderamente una segunda naturaleza (3)."

Tales son los motivos que en el Código francés ni han per-

(1) Demolombe, tom. 6. núm. 25.—Delvincourt, tom. 1, pág. 95, not. 4.—Laurent, tom. 4. núm. 200:

(2) Marcadé, *sur l'art. 345*.—Duranton, tom. 3, núm. 284.—Laurent, tom. 4, núm. 210.

(3) *Discours* de Gary. núm. 9



INVESTIGACIONES
JURÍDICAS

mitido siquiera que el legislador juzgase conveniente prevenir los mil abusos, que es capaz de producir la malicia humana en el ejercicio de la facultad concedida al tutor de adoptar á su pupilo, aun ántes de la rendición de cuentas de la tutela.

Más prudente y previsor el Código que comentamos, establece terminantemente, á semejanza del antiguo derecho, que el tutor no puede adoptar á su pupilo hasta que hayan sido aprobadas las cuentas de la tutela (art. 260).

79. ¿Muchas personas pueden adoptar á un mismo hijo? Para la respuesta negativa á esta cuestión, basta considerar que la adopción debe de ser en lo posible una imitación de la naturaleza, la cual no permite que un mismo hijo deba su paternidad ó maternidad á diferentes padres. Como lo nota el Sr. Goyena, siendo la adopción una ficción y debiendo toda ficción aplicarse siempre en términos hábiles, aquella no puede tener lugar contra lo que es naturalmente imposible (1). Fuera de esto, no es de prescindirse de los lamentables conflictos á que daría lugar la pluralidad de padres frente de un mismo hijo. ¿Quién de entre ellos tendría la patria potestad? Una persona, completamente extraña á otra, adopta un hijo, que después resulta también adoptado por la segunda. Sucediendo así las cosas, tendríamos un hijo común y legítimo de dos padres, sin que entre éstos nada hiciese necesaria la unidad de miras, que debe existir en orden á la vigilancia y educación del hijo. El Código francés es terminante en este punto (art. 344), y en el mismo sentido se expresa nuestro Código de Tlaxcala (art. 262), obedeciendo ambos al antiguo derecho que, por lo que toca á esta materia, nos ha trasmitido un principio de innegable evidencia: *Adoptio enim his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere* (2). Este texto y las precedentes consideraciones que lo apoyan, no pierden su fuerza ni

(1) Goyena, *Proyecto de un Código Civil español*, art. 137.

(2) *Dig.*, lib. 1, tit. 7, l. 16.—Demolombe, tom. 6, núm. 39.

aun en el supuesto de que el primer adoptante hubiera ya fallecido, al tratarse de hacer la nueva adopción; pues, como fácilmente se comprenderá, los lazos de familia creados anteriormente, son por su naturaleza de carácter perpétuo, no estando por lo mismo subordinados á la condición de supervivencia del adoptante, como no lo están los criados por la naturaleza, de la cual, no necesitamos repetirlo, ha querido el legislador que el acto que nos ocupa, sea una imitación. Los términos de los arts. 344 francés y 262 de Tlaxcala son demasiado terminantes, para consentir la menor duda á este respecto.

80. Tiene sin embargo el anterior principio una excepción, que bien considerada, lo confirma y justifica. La razón fundada en la misma naturaleza de las cosas, que ha impedido la adopción por muchas personas, tiene que convertirse en favor de la que tiene lugar por las que se hallan ligadas entre sí por el vínculo del matrimonio, con tal de que ambas consientan en la adopción. ¿Cuál es el motivo para esa necesidad de mútuo consentimiento de ambos esposos en la adopción? Al tratarse de este punto en el Consejo de Estado en Francia, Berlier se manifestó resueltamente en contra de tal necesidad. Uno de los esposos, decía, puede tener para adoptar, razones que el otro no tiene: el uno tiene parientes lejanos que apenas conoce ó para quienes siente escaso ó ningún cariño; mientras que el otro puede tener parientes allegados á quienes ama. Forzar á ambos esposos á adoptar, sería introducir en la familia un principio de desunión. Mientras el uno tratase de imponer sus ideas al otro, éste no cedería sino á la violencia moral, lamentando después su debilidad y odiando al hijo, víctima inocente de la discordia. Nos parece que el notable juriconsulto francés, por huir de disturbios domésticos, en verdad poco frecuentes desde el momento en que el consentimiento de ambos cónyuges precediera á la adopción, va á caer con su teoría en otros mayores y de seguro más desastrosos después de que el nuevo ser introducido en la familia, solo lo hubiera sido por deter-

minación de uno solo de los esposos. Por otra parte, nada más conforme, no sólo á los recíprocos respetos á que están obligados entre sí los cónyuges, sino también á la naturaleza propia de los efectos de la adopción, no menos que á las mismas conveniencias del hijo adoptivo, que debe llevar un apellido en la vida social y que se halla, á no dudarlo, interesado, en que una vida común no lo separe del adoptante para la bondad y firmeza de la educación suya. Los Códigos modernos han respondido, sin vacilar, á estos motivos, como es constante en el derecho francés (art. 344) y en nuestro Código de Tlaxcala (art. 261). La primera de estas legislaciones guarda, sin embargo, á lo menos en la doctrina de los intérpretes, alguna diferencia en nuestro sentir con la segunda. Esa diferencia consiste en que, según el Código francés, no es necesaria la simultaneidad de ambos consentimientos, bastando que el uno venga después del otro, lo cual nos parece contrario, no sólo al texto expreso del Código de Tlaxcala, sino también á la naturaleza y efectos de la adopción (1). En efecto, nuestro Código dice que ambos esposos deben adoptar *conjuntamente*, y por nuestra parte creemos que, establecida la necesidad del consentimiento recíproco para la adopción por uno de los cónyuges, resultaría, en caso de renuencia á consentir por el otro, ó que la adopción tenía una existencia efímera, con grave daño del hijo, ó que se llevaba á cabo meramente en lo exterior con indefectible pérdida de los beneficios por los cuales el legislador ha aceptado la institución. Y ¿acaso la necesidad del mútuo consentimiento á que nos referimos, existirá aún en el caso de divorcio ó separación de cuerpos? Creemos que, so pena de descharacterizar lo que este estado excepcional en el matrimonio significa, y de traicionar las miras que el legislador tiene en orden á él, de perfecto acuerdo con el interés social, y que no

(1) Aubry et Rau, tom. 6, pág. 118, § 556.—Demolombe, tom. 6, núm. 39.—Laurent, tom. 4, núm. 230.—La jurisprudencia está en el mismo sentido.

son otras que la subsistencia de la vida común de los esposos y la esperanza de su reconciliación, si han tenido la desgracia de separarse, aún en esta hipótesis es necesario el requisito del mutuo consentimiento de los cónyuges, porque es fuera de duda que aún entonces éstos permanecen obligados por los principales deberes del matrimonio, no menos que dueños de los mismos derechos que ántes de su separación. ¿No se temerá, por otra parte, que la adopción por un esposo sin la aprobación del otro, haga mas difícil la reconciliación, que, como hemos dicho, entra en el más ardiente deseo del legislador? Nos parece que es así como los legisladores modernos han procedido, pues del mismo modo que el art. 344 francés no hace ninguna distinción á este respecto, el 261 de nuestro Código de Tlaxcala expresa en términos absolutos la necesidad del mutuo y conjunto consentimiento (1).

81. ¿Puede el incapacitado adoptar? Por de contado que esta cuestión no se refiere á la incapacidad por razón de edad, de la cual nos hemos ocupado antes, sino á aquella que consiste en la privación de inteligencia por locura, idiotismo, sordera, mudez ó imbecilidad, en el sentido de los incisos 2 y 3 del art. 301 del Código de Tlaxcala. Y así propuesta, nos parece indudable la respuesta negativa, supuesto que conforme al art. 328 del mismo Código son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los sujetos á interdicción, aún antes del nombramiento de tutor, si la causa de la interdicción era patente y notoria en la época en que se celebró el contrato. La razon legal es manifiesta, pues siendo la adopción el efecto necesario de una voluntad libre é inteligente, y debiendo producir obligaciones, en orden al adoptado, que requieren la plenitud de la razón,

(1) Demolombe, tom. 6, núm 26 bis—Riffé, *De l'adoption*, pág. 49.

claro es que el legislador no podía permitir aquel acto fuera de tales condiciones (1).

82. ¿Las personas morales pueden adoptar? En otra parte hemos hablado de los dos sistemas corrientes en orden á la personalidad jurídica de ciertas entidades representadas en la vida social por la agrupación permanente ó pasajera de varios individuos. Según uno, las personas morales no han menester, para existir, de la creación de la ley, la cual se limita á reconocerlas, como un hecho fundado en la misma naturaleza humana. Según el otro, las personas morales derivan su existencia exclusivamente de la ley, que no sólo puede rehusarse á que surjan en el orden social, sino que, una vez existentes, puede reglamentarlas, extendiendo ó menoscabando soberanamente sus derechos y obligaciones. Aunque de seguro es anti-jurídico el segundo sistema (2), no puede negarse que, aun admitiendo á las personas morales, reconocidas por la ley, una aptitud general para el ejercicio de los derechos civiles, ella no podría extenderse á los que son incompatibles con la naturaleza misma de los seres jurídicos á que nos referimos, y que así tiene que suceder con respecto á los derechos de familia. Las adopciones, pues, semejantes á las que hemos aludido al tratar de este punto en la primera época de la revolución francesa, no pudieron ni podían tener otro carácter que el de compromisos públicos y solemnes para subvenir, en nombre del Estado, á las necesidades y educación del descendiente de un hombre célebre por su patriotismo, sin que importe que se hubiera decorado el acto con la denominación más noble y análoga al fin propuesto.

83. ¿Puede un sacerdote católico adoptar? En favor de la resolución contraria se invocan las consideraciones siguientes:
1º La adopción es una imitación de la paternidad legítima;

(1) Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Repert du droit français*, núms. 26 y siguientes.

(2) Véase el tomo I de esta obra, núms. 259 y siguientes.

luego solo pueden adoptar aquéllos á quienes no está prohibido casarse; ahora bien, el Sacerdote debe, de acuerdo con la esencia misma de sus funciones, renunciar á los goces de la familia, que le desviarían de su misión de sacrificio. "El debe, dice Domat (1), desprenderse de toda mezcla de embarazo y de solicitud por lo temporal" (2). En favor de la resolución afirmativa, se cita el texto de una carta de Monseñor Affre, que dice: "Ninguna decisión del Derecho Canónico puede hacer declarar nula una acta de adopción otorgada por un sacerdote; pero un tal acto es ciertamente contrario al espíritu de la Iglesia (3)." No conocemos, en efecto, el cánón prohibitivo de la adopción sacerdotal, y desde luego nos apresuramos á declarar que no creemos rigurosamente exacta la aserción de que el sacerdocio sea inconciliable con la paternidad, puesto que la ley canónica admite al sacerdocio al viudo que tiene hijos (4). En nuestro derecho positivo no existe ninguna declaración á este respecto; pero es lógico deducir que la segunda opinión es la legal, sobre todo atenta la absoluta independencia proclamada por nuestras leyes políticas entre la Iglesia y el Estado.

84. Establecido quiénes pueden adoptar, ocupémonos en el estudio acerca de quiénes pueden ser adoptados. Si en orden á los que pueden adoptar, hemos asentado algunas excepciones, ya por razón de la edad, ya á causa de las relaciones con el adoptado, el principio parece recobrar su mayor generalidad cuando se trata de los que pueden ser objeto de la adopción. En este punto, pues, podemos decir que la capacidad es la regla, y la incapacidad la excepción. Si en el antiguo derecho, como en otra parte lo hicimos notar (núm. 71), podían ser adoptadas aún las personas *sui juris*, este antecedente no

(1) Domat, *Droit publique*, tom. 1.º, § 2.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 95.—Duranton, tom. 2, núm. 286.—Marcadé, *sur l'art.* 346.—Cormenin, *Gazette des Tribunaux*, 24 Juin, 1844.

(3) Lettre de Mgr. Affre, 2 Juin, 1841.

(4) Demolombe, tom. 6, núm. 54.—Laurent, tom. 4, núm. 202.

ha dejado de ser seguido por el moderno derecho, según vamos á manifestarlo. El art. 346 del Código de Napoleón establece en principio, que sólo pueden ser adoptados los mayores de edad de uno y otro sexo, ó sea los que hayan tocado la edad de veintiún años en el sentido del art. 488. Hé ahí, sin duda alguna, metamorfoseada por completo la idea primitiva de la adopción, cuyo fin siempre ha sido el consuelo para los padres á quienes la naturaleza ó la muerte ha privado de las alegrías de la paternidad. ¿A qué quedan reducidas, después de esta declaración, aquellas frases sentimentales y poéticas del tribuno Gary (núm. 78)? La verdad es que así la adopción carece de base jurídica, pues si sus condiciones, como lo reconoce Laurent, suponen una especie de paternidad, sus aplicaciones lanzan un mentís á esta idea (1). El Código francés, en consecuencia, no reconoce sino una de las especies de la adopción antigua, la *arrogación*, y esto sin todas las consecuencias que esta institución era capaz de producir en el derecho romano, como un halago al orgullo patricio, tanto más satisfecho, cuanto mayor era el número de las personas obligadas á rendirle homenaje. El mismo Código, no conforme con el anterior requisito, exige que, si el adoptado no ha cumplido veinticinco años y tiene padres, estará obligado á recabar el consentimiento de ambos ó por lo ménos el del supérstite; y que si es mayor de esa edad, requiera su consejo. De manera que, á falta de ambos padres, el mayor de edad puede ser adoptado sin necesidad del consentimiento, ni del consejo del ascendiente de un grado superior (2). Siendo necesario el requisito de la mayor edad para ser adoptado, claro es que esta circunstancia tiene que ser justificada en la forma que cualquier hecho del estado civil; sin embargo, se conviene generalmente en que basta para tal fin un acta de notoriedad en el sentido

(1). Laurent, tom. 4, núm. 204.

(2). Demolombe, tom. 6, núm. 34.—Aubry et Rau, tom. 6, pág. 118, § 556, nota 12.—Laurent, tom. 4, núm. 204.

de los arts. 70 á 72 (1). A pesar de lo dicho, debemos declarar que, aunque sin el nombre de adopción, existe en el derecho francés una institución equivalente y exclusivamente suya con el nombre de *tutela oficiosa*, cuyo objeto ha sido precisamente poner remedio á lo que tenía de funesto y aun de contrario á la naturaleza de la adopción el principio de que ésta sólo podía tener lugar en favor de los mayores de veintiún años. Mas como este punto pertenece al comentario sobre la *tutela*, nos reservamos ocuparnos de su estudio, cuando hiciéremos aquel.

Nuestro Código de Tlaxcala, siguiendo al antiguo derecho, reconoce las dos especies de adopción consagradas por la tradición, es á saber: la arrogación y la adopción propiamente dicha. Para la primera, que sólo tiene lugar respecto de los mayores de edad, se necesita el consentimiento *expreso* del adoptado, lo cual importa la aplicación de la costumbre romana de que hemos hablado en otra parte (núm. 71). La razón de esto no puede ser más clara, pues produciendo la adopción, como lo veremos más adelante, entre el adoptante y el adoptado, derechos y obligaciones recíprocos, es natural que ella no pueda verificarse por solo la voluntad del primero, sino que se requiera además la prueba de la del segundo. En cuanto á la adopción de los menores de edad, el mismo Código establece que si el adoptado es mayor de catorce años, es necesario su consentimiento y el de la persona que tendría que darlo para que se casara. Si es menor de esa edad ó incapacitado, será necesario el consentimiento de las personas bajo cuya patria potestad está, ó el de los tutores en su caso (art. 263).

85. Profundas diferencias separan, independientemente de la edad necesaria para ser adoptado, esta legislación de la francesa. Desde luego, ¿quién debe consentir, entre los ascendientes, en el matrimonio del menor de edad? Hemos visto en otra parte,

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 32.

que según el Código francés (arts. 148, 149 y 150), los hijos menores de veinticinco años y las hijas menores de veintiuno, no pueden contraer matrimonio sin el consentimiento de sus padres, y á falta de éstos, sin el de los abuelos, bastando, en caso de disenso, el del ascendiente varón. Podría creerse que estos mismos preceptos se aplican en orden á la adopción; pero no es así, porque el legislador ha visto el matrimonio con más favor que la adopción, la cual no puede tener lugar, en caso de disenso del padre ó de la madre, con solo la aprobación del primero. Tampoco tiene lugar la distinción que rige entre el hijo y la hija en orden al matrimonio, según que el primero haya cumplido la edad de veinticinco años, y la segunda, la de veintiuno, pues en la materia que nos ocupa, tanto una como otra son considerados menores de edad hasta la de veinticinco años. Finalmente, como lo hemos hecho notar poco ha, jamás en la adopción reemplazan, á diferencia de lo que sucede en el matrimonio, los ascendientes de un grado superior á los padres inmediatos, cuando faltan. Dos razones se invocan para esta y otras diferencias: la de que la ley es, con justicia, más favorable al matrimonio que á la adopción, y la de que ésta interesa menos que aquel á los demás ascendientes del adoptado, fuera de sus padres inmediatos (1). Al contrario, vemos que el Código de Tlaxcala asimila completamente la adopción al matrimonio del menor de edad, remitiendo dicho art. 263 á los preceptos que tratan del consentimiento de los ascendientes y de los tutores en el segundo de esos actos. En consecuencia, tiene aplicación aquí el art. 114, inciso 4 del mismo código, según el cual es requisito necesario para el matrimonio, que hayan dado su consentimiento las personas en cuya patria potestad estén uno ó ambos de los contrayentes, ó los que los sustituyan conforme á la ley. Aquel mismo texto

(1: Véase tomo 2, de esta obra, núms. 55 y 67—Proudhon, tom. 2, pág. 195.—Delvincourt, tom. 1, pág. 412, not. 10.—Duranton, tom. 3, núm. 289.—Demolombe, tom. 6, núm. 33.—Laurent, tom. 4, núm. 204.

nos remite también en orden á la adopción de los incapacitados al capítulo 6º, tít. 11, que trata de la *tutela legítima*.

86. ¿Puede una persona casada darse en adopción? Aunque este caso no está expresamente previsto en el Código francés ni en el de Tlaxcala, creemos que puede ocurrir en la práctica y que no es difícil resolverlo conforme á los principios antes asentados. Delvincourt, sin distinguir entre el hombre y la mujer, resuelve que el esposo que se dá en adopción, debe obtener el consentimiento de su cónyuge. "La mujer, dice este jurisconsulto, debiendo llevar el nombre de su marido y el adoptado unir el suyo al del adoptante, parece conveniente que el marido no pueda forzar á su esposa á llevar otro nombre que el que ha usado desde su matrimonio (1)." Si esta interpretación, que es también la seguida por Goyena, aunque en un proyecto de legislación (2), fuese la estrictamente basada sobre el texto positivo de la ley, nada tendríamos que objetar cuando, como sin duda alguna sucede, la abonan las mismas consideraciones que hemos hecho valer en orden á la necesidad del consentimiento de ambos esposos para la adopción por uno de ellos. En efecto, la misma razón de mutuo respeto entre el marido y la mujer se impone en los dos casos. Empero debemos reconocer que ningún texto en el Código francés ni en el de Tlaxcala autoriza la doctrina de Delvincourt, que por otra parte no deja de hallarse en abierta pugna con los textos legales que tratan de los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. En efecto, hemos dicho en otra parte (3), comentando los arts. 159 y 160 del Código de Tlaxcala, que la mujer casada no puede celebrar contratos ni comparecer en juicio sin licencia de su marido. Ahora bien, y como quiera que la adopción es en esencia un contrato para cuya celebración se requiere, según después veremos, la comparecencia

(1) Delvincourt, tom. 1, pág. 95, not. 10.

(2) Goyena. *Proyecto de un código civil español*, art. 136.

(3) Véase el tomo 2º de esta obra, núms. 347 y 353.

ante los jueces, claro es que ella no puede ser aceptada por la mujer casada, sin la autorización marital. La filosofía del derecho impone fuertemente esta resolución en orden á la esposa, cuya sujeción al marido sería incompatible con los mútuos derechos y obligaciones que la adopción hace nacer entre el adoptante y el adoptado, toda vez que aquél no otorgase su consentimiento para el acto. Y como esa sujeción no existe para el marido respecto de la esposa, no es menos claro también que lo contrario de lo que decimos, debe de tener lugar tratándose de la adopción de aquél, cuya personalidad jurídica es plena ante la ley y en orden á los derechos de la persona. Si á esto se agrega que la adopción del esposo no ofrece los mismos peligros que la libertad concedida á la mujer para el mismo fin, resulta de la mayor evidencia y de no escasa justicia la solución que proponemos (1).

87. Mas ¿qué decidir en esta materia cuando se trata de la esposa separada de su marido? Creemos que debe aplicarse el mismo principio anterior, no obstante las profundas modificaciones que el divorcio es capaz de producir en las relaciones de los cónyuges entre sí, pues en la composición de la familia debe verse algo más que los intereses pecuniarios, es á saber, el lado moral que importa la asociación de las personas, la cual persiste y es el voto del legislador estrecharla más y más á pesar del divorcio, de acuerdo con el influjo de las ideas cristianas (2).

88. ¿Vamos, con todo, á aplicar en la materia que nos ocupa, los mismos principios que rigen la incapacidad de la mujer casada en orden á la autorización judicial en caso de falta de la del marido, ya porque no estuviere presente, ya por renuncia

(1) Duranton, tom. 3, núm. 293.—Demante, tom. 2, núm. 80.—Demolombe, tom. 6, núm. 38.

(2) Fuzier-Herman, Carpentier et du Saint, *Rep. de droit français, 'adoption'* núm. 122.—Véase, como instrucción sobre esta materia, lo que hemos dicho en otra parte; tome 1 de esta obra, núms. 187, 188 y 189.

infundada, ora por impedimento ó menor edad? Si el rigor de los principios, literalmente tomados, nos obliga á dar en este punto una solución afirmativa, el estudio de lo que es el matrimonio, de lo que importa la adopción y de la naturaleza de sus efectos, nos retrae de hacerlo, pues no se concibe con qué derecho pueda la autoridad judicial intervenir, á falta del marido, en un acto en que éste tiene que ser el soberano exclusivo, como jefe único de la familia. (1).

89. ¿Pueden ser adoptados los hijos naturales? Puede asegurarse que es ésta una de las cuestiones más vivamente controvertidas desde el antiguo derecho. En efecto, sin hablar del primitivo, cuando todo dependía en la composición de la familia de la voluntad soberana del jefe de ella, se observa que Justino y Justiniano son los primeros que de una manera formal prohibieron la adopción de los hijos naturales. Pero, como lo nota Godofredo, la Novela 89 en que se proclama tal prohibición, aparece contradicha por la 117 en la cual se vuelve al antiguo derecho. Las mismas vacilaciones pueden señalarse en nuestro derecho pátrio, pues si el Fuero Real expresamente parece solo permitir el reconocimiento del hijo habido "sin bendición" (2), el Código de las Partidas, sin la menor duda, proclama la posibilidad del "prohijamiento" de los hijos *magüer non lo sean naturalmente* (3).

En derecho francés, la jurisprudencia y la doctrina están igualmente divididas. Muchos tratadistas, proponiéndose resolver la cuestión, han contribuido á oscurecerla, rodeándola de nuevas dificultades. Entre éstos puede citarse á Merlin, que ha cambiado dos veces de opinión (4). ¿Cuáles son los principales argumentos en pró y en contra de esta cuestión? Los se-

(1) L. L. 55, 56, 57, 58 y 59 de Toro, ó sean 11, 12, 13, 14 y 15, tít. 10 de la Nov. Recop.

(2) *Fuero Real*, tít. 22, l. 7.

(3) *Part.* 4, tít. 16, l. 1.

(4) Merlin, *Rep.* "adopción" § § 3 y 4

gundos pueden reducirse á los siguientes: 1º Hay, se dice, incompatibilidad entre la cualidad de hijo natural y la de hijo adoptivo en el mismo individuo, pues la adopción tiene por objeto crear, entre dos personas, las relaciones jurídicas de paternidad y de filiación. Esto supuesto, y también que tales relaciones existen ya por efecto del reconocimiento, resulta inútil la adopción, que no es sino una imitación de la naturaleza. ¿Para qué, en efecto, emplear una ficción de lo que ya existe? 2º La adopción del hijo natural no tendría otro objeto que modificar las relaciones de paternidad y de filiación anteriormente establecidas por el reconocimiento; equivaldría á una legitimación; pero ésta no puede tener lugar sino por medio del matrimonio. 3º Las reglas sobre sucesiones no son menos hostiles á la adopción que nos ocupa. Porque ó el padre no deja otro pariente en grado sucesible, y teniendo entonces el hijo natural derecho á la totalidad de la sucesión, la adopción no produce ningún efecto jurídico, ó el padre deja parientes capaces para suceder, y entonces dando la adopción al hijo derechos más extensos que los fijados por los arts. 757 y 758, importa un fraude contra el 908, que prohíbe á los hijos naturales recibir una porción hereditaria mayor que la concedida por aquellos (1). Las razones que se invocan en pró, son las que siguen: 1º No es exacto decir que la adopción del hijo natural por la persona que la ha reconocido, importe una verdadera legitimación: el hijo queda extraño á la familia del padre que lo adopta, y además no se hace legítimo sino respecto de uno solo de sus autores. Por otra parte, si el interés de las buenas costumbres reprueba la legitimación fuera de matrimonio, exige también la reparación de los extravíos que se han

(1) Maleville, *Analyse raisonnée du Cód. civil.* tom. 1, pág. 346.—Delvincourt; tom. 1, pág. 407.—Delaporte, *Pandectes françaises*, tom. 2, pág. 150.—Odilon Barrot, *Encyclop. de droit* "Adoption," núms. 32 y siguientes.—Demolombe, tom. 6, núm. 60.—Massé et Vérgé sur *Zacharié*, tom. 1 § 175, nót. 10.—Marcadé, *sur l' art.* 343, núm. 4.—Arret: Cass. 16 mars 1843 (Sirey et Palais Chron).

cometido. Y ¿qué mejor medio de reparar el vicio del nacimiento del hijo cuya madre ha muerto, que adoptarlo? 2º Nada es menos convincente que la objeción sacada del art. 908. El día en que el hijo adquiriere por la adopción un título que le dé derechos más extensos que los concedidos al hijo natural, esta última cualidad desaparecerá, no habiendo entonces ni violación de la ley, ni oposición entre dos cualidades incompatibles. 3º Ningún precepto del Código expresa, ni siquiera en términos vagos, la incapacidad del hijo natural reconocido para ser adoptado. Cabe, pues, invocar aquí la máxima: "La capacidad es la regla, la incapacidad es la excepción." 4º No es exacto que la adopción de un hijo natural sea un acto inútil, pues ella no produce los mismos efectos que el reconocimiento, una vez que entre éste y aquella hay sustanciales diferencias. El adoptado permanecerá en su familia natural, continuará dando el nombre de padre al que lo es realmente; y sólo se limitará a añadir al suyo el nombre del adoptante. Le suministrará alimentos, recogerá los bienes del adoptante, y sobre todo esto será elevado de su condición ordinaria, porque se le tratará casi como si fuera hijo legítimo (1).

¿Qué decidir sobre esta importante controversia en orden al Código de Tlaxcala? Enfrente nosotros también de la falta absoluta de un precepto legal que resuelva la cuestión, no vacilamos sin embargo en manifestar que la adopción del hijo natural reconocido, es sobre inútil, contraria al espíritu que guió al legislador, al reconocer esta institución. No puede negarse que la adopción es esencialmente un acto por el que una persona da a otra, que naturalmente le es extraño, el título y los derechos de hijo. Este concepto ha sido expresado por to-

(1) Locré, tom. 5, pág. 426.—Duranton, tom. 3, núm. 293.—Duvergier, *sur Toullier*, tom. 1, núm. 988, not. B.—Laurent, tom. 4, núms. 205 y siguientes.—Baudry Lacantinerie tom. 1, núm. 784.—Arrets: Cass, 28 avr. 1841 Id. 1 avr. 1846, (Dalo, *Rep. "Adoption"* núm. 116); Id. 13 juin 1882. (Fuzier-Herman, Carpentier et Du Saint, *Rep. de droit français* "Adoption" núm. 59.)

dos los tratadistas, los cuales siempre han dicho como Vinnio y como Cuyacio: *Adoptio est actus legitimus, quo in jus et locum filiarum adsciscimus eos qui nobis extranei sunt, in solatium eorum que liberos non habent inventus.*—*Adoptio est legis actio qua qui mihi filius non est, ad vicem filii redigitus.* Tal ha sido el derecho tradicional, habiendo pasado, sin la menor modificación expresa, á las leyes modernas. Cualquiera derogación, pues, en ellas, tiene que ser en buena hermenéutica legal, el resultado, no de interpretaciones, sino de explícitas declaraciones por parte del legislador. Vemos, sin embargo, todo lo contrario. Aun las mismas leyes de nuestro derecho pátrio, que pudieran citarse en otro sentido, quizá no se refieran á la adopción, sino al reconocimiento del hijo natural; pues en todos los autores que de la materia tratan, campea siempre el mismo pensamiento. “La adopción es un acto legal por el cual se supone hijo al que no lo es naturalmente (1).” Si venimos á las leyes modernas, encontramos la expresión de la misma idea: unas veces, como lo haremos notar después, la necesidad de que consienta en la adopción del menor de edad la persona que le tiene *bajo su patria potestad*; otras, el derecho adquirido por el adoptado de usar *el apellido* del adoptante; aquí se nos dice que por la adopción se adquiere la *patria potestad*; allá, que el adoptado no pierde sus derechos por razón de su familia natural. ¿Cómo, después de estas indicaciones, dudar siquiera sobre que jamás entró en el espíritu de nuestro legislador autorizar la adopción del que ya era hijo por la sangre? Fuera de esto, la adopción, según el Código de Tlaxcala, confiere menos derechos que el reconocimiento, sobre todo, en materia de sucesiones (art. 3,113, inciso II). ¿Para qué entonces hablar de adopción en orden al hijo natural reconocido?

90. Como en todos los hechos jurídicos, no basta para que

(1) Dublan y Mendez, *Novísimo Sala Mexicano*, tom. 1, tít. 6, núm. 14.—Galván Rivera, *Nuevo Febrero Mexicano*, tom. 1, tít. 8, núm. 1.

la adopción se verifique que haya adoptante y adoptado, sino que se requiere además el cumplimiento de ciertas condiciones preceptuadas por el legislador con el fin de asegurar, tanto la libertad de los otorgantes de este acto, cuanto su autenticidad y los saludables efectos que está destinado á producir. Ya en los números anteriores nos hemos visto precisados á exponer algunas de esas condiciones: la edad del adoptante; la necesidad de que estén ya aprobadas las cuentas de la tutela, si el tutor quiere adoptar; la necesidad del consentimiento de ambos cónyuges para la adopción, y la del mayor de edad para ser adoptado, etc., etc. ¿Qué otras condiciones se exigen para este acto? Hemos visto en otra parte (núm. 71) cómo según el antiguo derecho no podía adoptar el que tuviera hijos ó descendientes, y que sólo por excepción, previo conocimiento de causa, se concedía lo contrario. Las leyes modernas no han sido infieles á este antecedente, según se deduce del art. 343 francés, conforme al cual la adopción no es permitida sino á las personas que no tengan, en la época de la adopción, ni hijos ni descendientes legítimos. En el mismo sentido se expresa el art. 259 del de Tlaxcala. La razón es la misma que en la antigüedad: la adopción no ha sido admitida sino como consuelo y á falta de posteridad legítima. *In solatium eorum que liberos non habent inventa.*

91. Esto que es tan claro, dá margen sin embargo á algunas dificultades. Desde luego se ofrece la siguiente: ¿los descendientes legítimos que hacen obstáculo á la adopción, han de ser ya nacidos en la época de verificarse aquella, ó bastará que estén simplemente concebidas? La cuestión es controvertida entre los tratadistas franceses, pues los unos enseñan que se necesita la vida exterior del hijo legítimo para impedir la adopción (1), y áun entre los que profesan la doctrina contraria, no faltan quienes sostienen que no deben aplicarse aquí

(1) Vallet sur Proudhon, tom. 2, pág. 192.—Aubry et Rau, tom. 6, § 556.

las presunciones establecidas por la ley en orden al máximo y mínimo de la duración de la preñez (1). En nuestro derecho ninguna de esas opiniones nos parece bastante á conmovér, en lo más mínimo, aquel principio que desde la legislación romana viene repitiéndose, como una conquista de los derechos de la naturaleza sobre las fórmulas estrictas por las cuales se expresaba la ley primitiva. *Is qui nosci speratur, cum se ipsius jure quaeritur, pro superstite est* (2).

92. No hablando ni el Código francés ni el de Tlaxcala sino de descendientes legítimos, fuerza es convenir en que la existencia de hijos naturales reconocidos no pone obstáculo á la adopción. La razón única que se ocurre á este respecto, es que los legisladores no han querido mostrarse tan favorables á la descendencia natural como á la legítima (3). No sucede, pues, lo mismo con los hijos legitimados ya por subsecuente matrimonio, porque teniendo éstos los mismos derechos que los legítimos, deben como éstos hacer imposible la adopción. Y como este precepto, por sus términos prohibitivos debe ser entendido limitativamente, lo que decimos de los hijos naturales, debe igualmente aplicarse á los hijos adoptivos por identidad de razón. Lo contrario pretendió el Tribunado que se pusiera en el Código francés; pero esta idea fué justamente rechazada, porque á nada se opone que hermanos y hermanas, por ejemplo, sean adoptados por un mismo individuo (4).

93. Pero la legitimación del hijo natural por el subsecuente matrimonio de los padres, verificado después de la adopción, produciría el efecto de destruir ésta? La respuesta negativa á esta cuestión se impone fuertemente al espíritu, pues lo con-

(1) Laurent, tom. 4, núm. 198.—Duranton, tom. 3, núm. 278.—Véase el tomo 4 de esta obra, núms. 23, 25 y siguientes.

(2) Dig. tit. de *Verborum significat.* L. 231.—Véase el tom. 1 de esta obra, núms. 94 y siguientes.

(3) Demolombe, tom. 6, núm. 18.—Laurent, tom. 4, núm. 197.—Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 780.

(4) Locré, tom. 6, pág. 375.—Merlin, *Questions de droit*. "Adoption," § 9.

trario equivaldría á poner á merced del adoptante la subsistencia ó revocación de la adopción, lo cual no podría menos que ser contrario á los fines de esta institución. No sucede, en consecuencia, en este punto lo que pasa con las donaciones, las cuales según el art. 2,367 del Código de Tlaxcala, quedan revocadas por el hecho de sobrevenir al donante hijos legítimos ó *legitimados*, ó naturales reconocidos. Sin embargo de que no puede negarse la analogía entre la adopción y la donación, pues ambas constituyen una liberalidad en favor de extraña persona, se ve que el espíritu del legislador en esta materia ha sido dictar una disposición eminentemente favorable para los hijos, á fin de que éstos no queden perjudicados por causa de un acto que, como la donación, y á diferencia de la adopción, constituye una mera gracia sin graves obligaciones á cargo del donatario. Esta se manifiesta hasta en lo que á primera vista parece una injusticia, el efecto retroactivo concedido por la ley á la superveniencia de hijos (1).

94. En cuanto á las formas con que puede verificarse la adopción, debemos decir que son bien sencillas según el Código que comentamos. Sin hacer mención en este punto del derecho francés, que establece una organización judicial muy diferente de la nuestra, por lo cual no pueden sernos de ninguna utilidad los arts. 353 á 359 del Código de Napoleón, basta á nuestro propósito consignar que el Código de Tlaxcala ha seguido la misma sencillez de formas que establecía la antigua legislación española (2). Este Código (art. 267) previene que la adopción sólo puede hacerse ante los jueces de primera instancia; y que su resolución, declarando aquella legítima, sea remitida al juez del registro civil respectivo, para que anote la partida de nacimiento del adoptado. De aquí se sigue: 1º que es indiferente para autorizar la adopción cualquier juez de primera instancia, aunque no sea el del domicilio de ningun-

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 19.—Aubry et Rau, tom. 6, § 546.

(2) Part. 4, tít. 16, L. L. 1 y 7.

no de los otorgantes, y 2° que la adopción debe ser anotada por el Juez del Registro Civil á cuyo cargo esté el archivo donde se encuentre la partida de nacimiento del adoptado. Fácilmente se justifica la intervención de este segundo funcionario, pues la adopción crea relaciones de paternidad y de filiación entre el adoptante y el adoptado, quienes necesariamente experimentan un cambio en su estado civil.

95. ¿Cuáles son los efectos de la adopción? Hemos hecho notar en otra parte cuánto se modificó desde el derecho imperial romano la primitiva adopción que hacía desaparecer todo lazo entre el adoptado y su familia natural, á la cual se sustituía por completo la familia del adoptante. El derecho moderno, inspirado también en las leyes de la naturaleza, más que en las fórmulas convencionales, que sólo deben su fuerza al hombre, no ha aceptado tampoco la adopción con aquel exagerado carácter que la hacía prevalecer sobre la realidad y la justicia. Por esta razón el acto que nos ocupa ya no importa, como no importaba tampoco en nuestra legislación pátria, en orden á la adopción propiamente dicha, la adquisición completa de la pátria potestad sobre el adoptado, y en daño del padre natural. Para percibir, sin embargo, con toda claridad las diferencias entre las leyes antiguas y las modernas sobre este punto, conviene, en nuestro concepto, marcarlas primero en orden á la arrogación, y después respecto de la adopción de los menores de edad. El Código de las Partidas, siguiendo casi fielmente en toda esta materia la legislación Justiniana, establecía que por la arrogación de un hombre que tuviese hijos, no sólo pasaba á poder del arrogante el arrogado, sino también sus hijos y todos sus bienes, no pudiendo ser emancipado ni desheredado, sino por justa causa, es á saber: por injuria grave hecha al arrogador, ó si hubiera sido nombrado heredero bajo la condición de salir del poder del arrogante (1). Si el arro-

(1) Instit. Just., lib. 1, tít. 11, § 8.—Part. 4, tít. 16, L. L. 7 y 8.

gante obraba de otro modo, no solo estaba obligado á restituir al arrogado todos los bienes que había traído con sus frutos. deber que pesaba sobre él aún en el caso de emancipación ó desheredación motivados, con deducción del usufructo que le correspondía sobre el peculio adventicio de éste, sino además la cuarta parte de los bienes propios, que se reducía á la quinta, si el arrogante tenía descendientes legítimos (1). En cuanto á los derechos hereditarios, el arrogado era heredero forzoso del arrogador, hubiera ó no testamento, con tal de que éste no tuviese ascendientes ni descendientes legítimos ó naturales; en caso contrario, el arrogado solo tenía derecho al quinto de los bienes del arrogador (2). La adopción propiamente dicha, sólo confería la patria potestad al adoptante sobre el adoptado, cuando aquél era ascendiente de éste, como abuelo ó bisabuelo, paterno ó materno, y entonces era llamada adopción *plena y perfecta*. La *imperfecta ó semiplena* era la otorgada por un extraño. En el primer caso el adoptado adquiría todos los derechos de hijo en los bienes del adoptante, no volviendo á poder del padre natural sino en caso de que el adoptante lo sacase de la patria potestad. Podía éste, sin embargo, disolver la adopción por solo su voluntad, y además desheredarlo con razón ó sin ella, sin que éste por solo la adopción pudiera reclamar cosa alguna. En el segundo caso, el adoptado sólo era heredero ab-intestato del adoptante, si éste moría sin dejar descendientes ó ascendientes legítimos ó naturales (3).

El derecho moderno no ha cambiado radicalmente en quan-

(1) Ortotan, *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 11, § 3, pág. 229.—Álvarez, *Inst. de Derecho Real de España e Indias*, tom. 1, tit. 11, pág. 165.—Gregorio López, *los 2 y 5 á la L. 8, tit. 16, Part. 4.*—Sala Mexicano, tom. 1, tit. 6, núm. 15.

(2) *L. L. cit.*

(3) Part. 4, tit. 16, L. L. 8, 9 y 10.—Fuero Real, lib. 3, tit. 6, L. 5.—Id., lib. 4, tit. 22, L. 1.—Nov. Recop., lib. 10, tit. 20, L. L. 1 y 7.

to á los efectos de la adopción. Sin hacerse ya ninguna clasificación por razón de la condición civil del adoptado, ó sea entre la arrogación y la adopción propiamente dicha, se establece que el adoptado permanece en su familia natural, conservando allí todos sus derechos (art. 348 del Código francés). Por consiguiente, el adoptado continuará llevando el nombre de familia que llevaba antes, sin que haya que distinguir á este respecto, si se trata del padre legítimo ó del natural. También continúa subsistente entre los mismos la obligación alimenticia, y, para decirlo de una vez, se conservan todos los demás derechos y obligaciones vinculados en la generación natural. ¿Cuáles son, pues, los efectos de la adopción moderna? Todo se comprende con solo declarar que ellos se reducen á agregarse á los efectos producidos por la naturaleza, sin destruirlos y más bien confirmándolos y reconociéndolos. En esta virtud, el adoptado no entra en la familia del adoptante, pues el lazo puramente civil que engendra la adopción liga sólo al uno y al otro, pero no se extiende á los parientes respectivos de ambos. De aquí se sigue que respecto de éstos no existe ninguna deuda alimenticia, ni derecho alguno de sucesibilidad. La ficción, pues, de la paternidad reconocida por la ley, se detiene en estos límites expresos, marcados por un acto para el cual no han consentido sino el adoptante y el adoptado. Sin embargo, según el art. 348 es prohibido el matrimonio entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes; entre los hijos adoptivos del mismo individuo; entre el adoptado y los hijos que podrían sobrevenir al adoptante; entre el adoptado y el cónyuge del adoptante; y recíprocamente entre el adoptante y el cónyuge del adoptado. Esto que pudiera parecer una excepción de lo que anteriormente hemos dicho, no lo es en realidad, si se atiende á que la razón de tales prohibiciones no estriba en el reconocimiento de un parentesco con personas con quienes no existe, en efecto, sino en la consideración de que no es conveniente permitir el matrimonio entre personas que vi-

ven bajo un mismo techo (1). En cuanto á los efectos de la adopción en orden á los bienes, y establecido por de contado, que el adoptante está obligado á dar alimentos al adoptado y viceversa (art. 349), debemos decir que según el art. 350, el adoptado sucede al adoptante de la misma manera que si fuese hijo de matrimonio; no extendiéndose este derecho, como queda dicho, á los parientes de éste. Pero ¿el adoptante sucede al adoptado? Ningún texto del Código francés lo declara, pues el art. 351 solamente dice que el adoptante y sus descendientes recobrarán de la sucesión del adoptado, muerto sin posteridad legítima, los bienes que aquel le hubiera dado, previo pago de las deudas del difunto, y sin perjuicio de los derechos de los parientes propios del adoptado. El art. 352 declara que este mismo derecho del adoptante se extiende sobre los hijos ó descendientes del adoptado, muertos también sin posteridad; pero entendiéndose que es inherente á la persona del adoptante é intrasmisible á sus herederos ni aún en línea descendente. Es una prueba más de que el legislador no ha querido asimilar de una manera completa la adopción con la paternidad natural.

Nuestro Código de Tlaxcala, no se separa en lo fundamental de estos principios; salvo las diferencias que pasamos á indicar. Los arts. 264 y 265 establecen que el adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos y son herederos el uno del otro en los términos que declara el mismo Código, ó sea sólo en caso de sucesión intestada. El primero de esos preceptos, á diferencia del art. 347 francés, declara que el adoptado tiene derecho de usar el apellido del adoptante. Es, pues, una facultad y no una obligación, como en aquel Código, la que reconoce el nuestro (2). De la misma manera que en el Código francés, la adopción no produce, según el de Tlaxcala,

(1) Laurent, tom. 4, núm. 252.

(2) Aubry et Rau, tom. 6, § 560.—Demolombe, tom. 6, núm. 145.

obligación alimenticia ni derecho de sucesión, sino entre el adoptante y el adoptado, únicas personas entre quienes la ley reconoce el lazo de parentesco creado por aquel acto. De este principio es, sin embargo, excepción también el matrimonio entre el adoptante y el adoptado; entre los ascendientes y descendientes del padre adoptivo y el adoptado. En el primer caso, se trata de un impedimento dirimente que hace nulo el matrimonio contraído á pesar de él (arts. 114, inciso XI y 128, inciso X); y en el segundo, hay un impedimento meramente impediendo y dispensable que hace ilícito solamente el acto (arts. 126, inciso V y 148, inciso VII). Como en el antiguo derecho, este Código (art. 266) proclama que el adoptante sólo adquiere la patria potestad sobre el adoptado menor de edad, que no tenga ascendientes naturales á quienes corresponda ese derecho. Véase así, como la ficción de la ley oído á la realidad de las cosas, y esto se confirma también en orden á la licencia para que el hijo adoptivo contraiga matrimonio antes de cierta edad, pues como el francés, el Código que comentamos establece que es causa de nulidad de aquél acto, que se celebre sin el consentimiento de los padres ó abuelos naturales ó adoptivos, en los casos en que deben prestarlo (art. 128, inciso IV). Tal solución no debe, en consecuencia, aplicarse, sino en el caso, como lo declara el art. 266 citado, de que falte el ascendiente á quien correspondería la patria potestad (núms. 8 y 43), ya sea por muerte, interdicción, ausencia ó renuncia de éste (1).

96. ¿Cuál es la sanción de los diversos preceptos legales que hemos recorrido en orden á la adopción? Cuestión es ésta que, para ser debidamente estudiada, requiere algo más que los simples textos de la ley, es á saber: el recuerdo de ciertos principios fundamentales que dominan la ciencia del derecho,

(1) Merlin, *Quest.* "Adopción," § 3.—Demolombe, tom. 6, núm. 130.—Baudry Lacantinerie, tom. 4, núm. 783.

y que el legislador ha obrado bien al entregarlos, por la imposibilidad de ser reducidos á fórmulas precisas, á los esfuerzos y esclarecimientos de la doctrina. Decimos ésto porque sin duda alguna sería una obra de incommensurables proporciones, la que pretendiendo en forma de ley prever todos los casos en que hay que aplicar ciertas teorías, por ejemplo la de clasificación de los actos jurídicos contrarios á la primera en *inexistentes, nulos y anulables*, se propusiera expresarlos todos con grave riesgo de omitir alguno y de caer siempre en difusas y prolijas enumeraciones (1).

Y como la materia que hemos venido estudiando, no podía sustraerse al imperio de aquellos principios cardinales de la ciencia, fuerza es estudiarla á su luz, siquiera el lenguaje del legislador parezca no presentarnos en este punto, como en otros, campo donde hagamos aplicación de aquellos. Vano sería que buscásemos en el antiguo derecho señales siquiera de un sistema semejante, cuando una regla casi universal prescribía que todas las violaciones de ley estaban sometidas á la misma é invariable sanción de la nulidad más absoluta. Son, pues, los comentadores los únicos que abren la brecha para este estudio, y á fé que señalando una faz de la jurisprudencia, que extraña no se haya conocido desde la más remota antigüedad, porque ella se impone *prima facie* y con fuerza incontestable. El Código de Napoleón no pronuncia expresamente sino en un sólo caso la nulidad de la adopción: cuando (art. 359) no se hubiere inscrito en el Registro del Estado civil y en el plazo de tres meses la sentencia de la corte de apelación que admitiere la adopción. ¿Querrá ésta decir que fuera de tal caso, sea improcedente la nulidad? Ni la jurisprudencia ni la doctrina se manifiestan conformes con esta solución. Así se conviene generalmente, en que es nula la adop-

(1) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 205 y siguientes y tomo 4.º, núms. 194 y siguientes.

ción hecha por quien tenía ya, al adoptar, descendientes legítimos (1). Otros ejemplos pueden citarse en confirmación también de que, á pesar de la falta de textos precisos, es aceptada en Francia la teoría que exponemos en orden á la adopción.

Nuestro Código de Tlaxcala no contiene sino un artículo, el 268, sobre nulidad de la adopción. A atenernos á su texto habría que declarar que sólo dos motivos de nulidad reconoce esta legislación: la que acabamos de señalar en el Código francés, ó sea la de que el adoptante tuviera ya descendientes legítimos, al verificarse la adopción, y la de que el adoptado lo estuviera ya por otra persona, sin que se hubiera declarado nula la primera adopción. Si á esto se agrega que el mismo art. 268 proclama que ambas nulidades son absolutas, lo cual en la terminología científica quiere decir que ambas pueden ser deducidas por cualquiera persona, tendremos una legislación bien imperfecta sobre materia de tanta trascendencia. Si á solos estos preceptos hubieran de sujetarse los tribunales, quedarían sin sanción todas las otras prevenciones que hemos expuesto, y para las cuales de seguro fué también inspirado el legislador por el convencimiento de su necesidad y justicia.

Nosotros creemos interpretar perfectamente su silencio en este punto, diciendo que la infracción de todos los otros preceptos sobre adopción, ameritan la inexistencia del acto. Así debe considerarse que nunca ha existido la adopción hecha por un menor de cincuenta años; por un menor de un mayor que él; por un cónyuge sin el consentimiento de su consorte; de un mayor de edad sin su expreso consentimiento; de un menor de edad, pero mayor de catorce años, sin que consientan él y la persona que tendría que consentir para que se casara, ni la de un menor de catorce años ó de un incapacitado, sin el consentimiento de sus padres, abuelos ó tutores. Del mismo modo sería inexistente la adopción hecha ante otro que un

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 16.

CIVIL MEXICANO.

187

Juez de primera instancia, lo mismo que la no trascrita á los Registros del Estado Civil, conforme al art. 267 citado. El artículo, pues, 268, único que, como lo hemos dicho, se ocupa expresamente de las causas de nulidad de la adopción, se refiere á la anulabilidad de ésta, lo cual se infiere del lenguaje mismo usado por el legislador, quien emplea las frases bien significativas de: "contradecir la adopción," "ésta no puede ser declarada nula," frases que nos indican la necesidad de un juicio previo. Al contrario, las otras nulidades de que el legislador no ha hablado en términos formales y que quedan por lo mismo bajo el imperio de la doctrina y la jurisprudencia, son verdaderos motivos de inexistencia del acto, incapaces aún de producir la existencia de un juicio, y sólo propios para ser invocados como un no ser por vía de excepción. Caen en consecuencia, bajo el golpe mortal del art. 4 del Código de Tlaxcala, según el cual los actos efectuados contra el tenor de las leyes prohibitivas ó imperativas, son absolutamente nulos (1).

(1) Laurent, tom. 4, núms. 224 y siguientes.—Demolombe, tom. 6, núm. 267.—Aubry et Rau, tom. 6, § 558.

deben prestar su consentimiento. Una vez aprobado el contrato por el Juzgado, se consignará en escritura pública, y el acto se registrará en los libros del Estado Civil.

Art. 7º El adoptado podrá usar, con el apellido de su familia, el del que lo adopte, con tal de que esto lo exprese la escritura de adopción.

Art. 8º El adoptante y el adoptado se deben recíprocamente alimentos; pero no adquieren derecho alguno á heredarse sin testamento: el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural.

Art. 9º Se derogan los artículos 288, 289 y 290 del Código Civil del Estado.

TITULO NOVENO DE LA TUTELA.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

Art. 403. El objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó sólo la segunda para gobernarse por sí mismos. La tutela puede también tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señala la ley.

Art. 404. Tienen incapacidad natural y legal:

I. Los menores de edad no emancipados.

II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos.

III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

Art. 405. Tienen incapacidad legal para los negocios judiciales los menores de edad emancipados.

Art. 406. La tutela se desempeña por el tutor con intervención del curador, en los términos establecidos por la ley.

Art. 407. Ningún incapaz puede tener á un mismo tiempo más de un tutor definitivo y un curador.

Art. 408. Un tutor y un curador pueden desempeñar la tutela de varios incapaces.

Art. 409. Los cargos de tutor y curador de su incapaz, no pueden ser desempeñados por una misma persona.

Art. 410. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en la línea recta, ó dentro del cuarto en la colateral.

Art. 411. La tutela es un cargo personal, de que ninguno puede eximirse sin causa legítima.

Art. 412. Cuando fallezca una persona que tenga bajo su potestad un menor ó incapacitado á quien deba nombrarse tutor, el executor testamentario, y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido el difunto, están obligados á dar parte del fallecimiento dentro de ocho días al juez del lugar, á fin de que provea á la tutela, bajo pena de veinticinco á cien pesos de multa.

Art. 413. El cargo de tutor se defiere:

I. En testamento.

II. Por elección del mismo menor confirmada por el Juez.

III. Por nombramiento exclusivo del Juez.

IV. Por la ley.

El cargo de curador se defiere por los tres primeros modos.

Art. 414. Ninguna tutela puede deferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos, el estado de la persona que va á quedar sujeta á ella.

Art. 415. El menor de edad no emancipado, que fuere demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo, estará sujeto á la tutela de los menores, mientras no llegue á la mayor edad.

Art. 416. Si al cumplirse ésta continuare el impedimento, el incapaz se sujetará á la nueva tutela, previo juicio de interdicción formal, en el que serán oídos el tutor y curador anteriores.

Art. 417. Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme á la ley y no habiéndolo, se les proveerá de tutor legalmente.

Art. 418. La tutela del demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo,

durará el tiempo que duro la interdicción, si fuere ejercida por el cónyuge, por los hijos ó por los ascendientes. Si fuere ejercida por cualquiera otra persona, podrá cesar á los diez años, si el tutor la renuncia, en cuyo caso se proveerá de nuevo conforme á la ley.

Art. 419. La interdicción no cesará sino por la muerte del incapacitado ó por sentencia definitiva, que se pronunciará en juicio seguido conforme á las reglas establecidas para el de interdicción.

SECCION 1.

ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

97. Dado el carácter del poder paterno en la legislación romana, según lo hemos expuesto anteriormente (núms. 1 á 4), las personas caían por necesidad bajo la clasificación de *sui juris* y *alieni juris*, siendo las primeras todas aquellas que habían salido de la patria potestad por muerte del jefe ó por emancipación de ellas mismas, y las segundas, todas aquellas que estaban sometidas al poder de otro, es decir, los esclavos, los hijos de cualquier edad que fuesen, y sus descendientes varones, las mujeres y los hombres libres adquiridos por emancipación. De aquí se sigue que pudiendo ser *sui juris* aun los hijos menores de edad, ya que podían nacer independientes de todo poder doméstico, era preciso que aquella misma legislación proveyere á la incapacidad proveniente de la edad, con lo cual habría de quedar remediada la extraña situación de los menores, declarados sin embargo dueños de sí mismos (*sui juris*), y aun decorados con el nombre de *paterfamilias* (1). Tal es el origen de las tutelas y curatelas que, á diferencia de la patria potestad, casi exclusivamente establecida en interés del *paterfamilias*, (2), tenían por objeto crear defensores en favor de personas que no

(1) *Patres familiarum sunt, qui sunt eum potestatis, sive pábres, sive impábres; simile modo matres familiarum; filii familiarum et filiae, quae sunt in aliena potestate. (Dig. lib. 1, tit. 6, l. 1.)*

(2) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 584.

estaban en aptitud de defenderse por sí mismas. (1). Los modernos tratadistas de derecho romano, en vista de las no poco vagas diferencias que se exponen entre la tutela y la curatela, hánse visto inclinados á enseñar, que probablemente en los tiempos primitivos, los dos términos hayan sido sinónimos (2): Unos autores han dicho que, mientras los tutores protegían no sólo la fortuna, sino también la persona del incapaz, los curadores debían exclusivamente velar por el patrimonio, ya administrándolo, ora dando su asentimiento para ciertos actos sobre bienes. Se ha hecho observar, sin embargo, que una ley de las XII tablas reconocía al curador del furioso poder sobre la persona, lo mismo que sobre los bienes, y que la tutela de la mujer difería considerablemente de la de los impúberos. Otros, enseñan que el tutor era dado á aquellos cuya incapacidad era á la vez natural y general, es decir, que estaba en el orden natural de las cosas y abrazaba todos los actos de la vida civil; tales eran los impúberos y en el primitivo derecho las mujeres. En cambio tenían curador aquellos cuya incapacidad era accidental ó especial, como los enajenados, y los pródigos, y como los menores púberos, cuya incapacidad sólo comprendía actos determinados. Un tercer grupo de intérpretes ha establecido que la diferencia entre ambos cargos consistía esencialmente en que, si el tutor interponía su autoridad (*interpositio auctoritatis, augere, auctor esse*), el curador meramente daba ó negaba su asentimiento á los actos del pupilo (*consensus*).

Sea de esto lo que fuere, una idea dominaba toda esta materia de la legislación romana. Se la vé desde la ley de las XII Tablas, que castigaba al tutor sospechoso. Se confirma en la ley *Atilia*, que tenía cuidado de aquéllos á quienes faltaba tutor testamentario ó legítimo y en la ley *Plaetoria*, que organi-

(1) Dig. lib. 50, tít. 16, l. 239.

(2) Loehér, *Magazin*, tom. 8.—Vangerow, tom. 1, § 263.—Rivier, *Droit de famille romaine*, chap. 5, § 25.

zó la protección del púber menor. Esa idea persistirá aún bajo el Imperio, cuando el Soberano de Roma no haya vacilado en pronunciar las siguientes memorables palabras: "Quiero que sea manifiesto á todos, que yo me consagraré por toda clase de medios á ayudar á los pupilos, puesto que en ello está comprometido el interés público."—Así, el cargo de tutor era una función que el Estado imponía á los ciudadanos (*munus publicum*), ejerciendo sobre las tutelas y curatelas una vigilancia que el desarrollo del derecho vino á hacer cada día más eficaz. Un magistrado especial, el *pretor tutelar*, encargado de toda la jurisdicción sobre esta materia, estaba pendiente tanto del nombramiento del tutor, como de su instalación; le hacía dar caución, *rem pupili salvam fore*, y otorgar inventario; autorizaba las enajenaciones suyas y lo deponía, si resultaba infiel ó incapaz (1). En razón de tal carácter la tutela y la curatela eran obligatorias para los designados á desempeñarlas, á menos que pudiera invocarse una excusa legal. No había sino una excepción á este precepto, la tutela de las mujeres, fundada más sobre el interés de sus parientes que sobre el de ellas mismas. (2)

98. La ley de las XII Tablas mencionaba cuatro especies de tutelas y curatelas: la tutela de los impúberos y la de las mujeres, la curatela de los furiosos y la de los pródigos. Hay otras clasificaciones basadas en diverso punto de vista: el tutor era testamentario, legítimo, atiliano y optivo. Había también tutores honorarios, gerentes y especiales; los curadores eran igualmente honorarios ó legítimos. (3)

99. La tutela tenía lugar en favor de los menores de doce años, que era la edad hasta la cual el hombre era reputado púber (*qui generare potest*), y acababa unas veces para el pupilo, y otras solamente para el tutor. Sucedió lo primero por la muer-

(1) Suetonio, *Claudio*, 23.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25.

(3) *Galus*, cap. 1, § 188.—Ulpiano, 12, 1.

te del mismo; por su grande ó media disminución de cabeza, ó sea por la pérdida de la libertad ó de la ciudad; por llegar á la edad de la pubertad; por la arrogación ó legitimación (1). Acababa la tutela solamente para el tutor por su muerte; por su grande ó su media disminución de cabeza; por una incapacidad ó una excusa; por el cumplimiento de una condición ó la espiración de un término, siendo ambos resolutorios, y por la remoción á causa de dolo ó falta grave. (2)

100. La tutela de las mujeres, establecida por el antiguo derecho, cualquiera que fuese su edad, sin más motivo que conservar la fortuna á sus parientes civiles (3), y con solo la excepción de las Vestales, que tampoco estaban sometidas al poder paterno (4), recibía su primera modificación por las leyes *Julia* y *Papia Pappea*, las cuales declararon no deber aquellas estar sujetas á tutela, desde que tenían tres hijos legítimos (5). Mas tarde la ley *Claudia* suprimió la tutela legítima sobre las mujeres ingenuas y no emancipadas, no manteniendo para ellas sino la tutela testamentaria y la dativa, y subsistiendo el antiguo derecho para las manunitidas y las emancipadas (6). La tutela femenil, sometida á las mismas reglas que la de los impúberos, se diferenciaba de ésta en que el derecho de dar un tutor testamentario á la mujer, pertenecía no sólo á su padre, sino también á su marido, quien podía acordar á aquella el derecho de elegirlo ella misma. Si lo nombraba el marido, el tutor era llamado dativo, y optivo, si lo nombraba la misma mujer. Otra diferencia había también entre una y otra tutela, pues la de la mujer podía pertenecer aun á personas incapaces accidentalmente y aun á ausentes, como que ella era más bien un

(1) *Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, §§ 1 á 4.*

(2) *Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, §§ 3 y 4.—Novela, 94, cap. 2.—Dig. lib. 27, tit. 1, l. 40.—Inst. de Just., lib. 1, tit. 22, § 2.—Id. id., § 5.—Dig., lib. 26, tit. 10, l. 1. 3, § 5, y 7 § 1.*

(3) *Gaius, cap. 1, § 192.*

(4) *Plutarco, in Numa, cap. 9.—Gaius, cap. § 145.—Aulo-Gelio, I, 12.*

(5) *Gaius, cap. 1, § 144.—Id. id., § 192.—Id. id., § 190.—Id. id., § 194.*

(6) *Gaius, cap. 1, § 171.*

derecho para el tutor, que una protección para la mujer (1). Toda esta legislación, sin que se sepa fijamente la fecha, acabó por completo, y lo único que puede asegurarse es que ya no regía bajo el Emperador Constantino. Las Institutas de Justiniano no la mencionan ni por vía de recuerdo.

101. Pasando ahora á la curatela, debemos decir que era acordado á los menores de veinticinco años pero mayores de catorce, por la ley *Platoria* el derecho de pedir un curador especial por causas graves, cuya apreciación pertenecía al magistrado (2). Más tarde, lo que parecía una ley particular para el solo caso en que los menores hubiesen sido víctimas de su inexperiencia por parte de acreedores contra quienes se abría acusación pública (3), se convirtió en una medida general obligatoria para el menor, que quisiera ejecutar ciertos actos importantes (4). Ortolan nos enseña que casi por la misma época los pretores introdujeran en sus edictos la restitución *in integrum* en favor de los menores de veinticinco años, que hubieran sido engañados en cualquier negocio. Finalmente, el Emperador Marco Aurelio estableció por una constitución que los menores podían solicitar un curador general, que los asistiese siempre que fuesen incapaces de obrar por sí mismos, y que á tal efecto podía administrar sus bienes (5). Así, pues, y como lo observa Justiniano, la curatela general era puramente facultativa para el menor, salvo los casos de un proceso (6), el de recibir las cuentas de sus tutores (7), el de hacerse arrojar (8), el de comparecer ante los tribunales antes de la edad de diez y siete años

(1) *Gaius*, cap. 1, §§ 144, 155, 165, 166, 185 y 195.—*Id. id.* § 148.—*Id. id.* § 160.—*Id. id.* § 164.—*Id. id.* §§ 180 y 181.—*Ulpiano*, 11, 22.—*Tito Livio*, lib. 32, § 2.—Ciceron, *Pro Murena*, 12, 27.

(2) *Ulpiano*, 12, 4.—Plauto, *Pseudol.* act. 1, Scen. 3, V. 68.

(3) Cicerón *De natura Deorum*, 3, 30.

(4) Dion Casio, 52, 20.

(5) Capitolino, *Marco Aurelio* 10.

(6) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 2.—*Dig.*, lib. 26, tít. 5, l. 13, § 2.

(7) *Cód.*, lib. 5, tít. 31, l. 7.

(8) *Dig.*, lib. 1, tít. 7, l. 8.

(1), el de enajenar cualquiera cosa que fuese, y hacer ó recibir pagos (2) y casarse, tratándose de la mujer (3).

102. Mas no sólo los menores de edad estaban sujetos á curatela, porque ella existía también para los enajenados, para los débiles de espíritu, para los pródigos y para los enfermos crónicos. En cuanto á los primeros, fué la ley de las XII Tablas quien introdujo su curatela (4), perteneciendo á los agnados y gentiles designar entre ellos la persona que había de desempeñar aquella. En caso de no existir agnados, correspondía á los magistrados dar curadores á los dementes. Estos eran incapaces de una manera absoluta para ejecutar cualquier acto, porque no tenían voluntad, la cual es esencial en todos los contratos: *furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit quod agit* (5).

103. El curador hacía las veces del loco en todos los actos de la vida civil (6), y su gestión era garantizada por una hipoteca legal sobre el conjunto de su patrimonio (7). Los jurisconsultos romanos disputáron, sin llegar nunca á un acuerdo, sobre si la curatela cesaba á cada intervalo lúcido, para volver á ser necesaria, si la incapacidad reaparecía. La duda aún persistía durante el Imperio (8); pero Justiniano decidió que la curatela no debía cesar y renacer á cada intervalo lúcido, sino que debía continuar siempre, sin perjuicio de que el furioso en los momentos lúcidos pudiera ejecutar toda clase de actos fuera de la asistencia de curador (9). La curatela de los débiles de espíritu se introdujo en Roma por el uso, comprendiéndose en

(1) *Dig.*, lib. 3, tít. 1, l. 1, § 3.

(2) *Cód.*, lib. 5, tít. 71, l. 4.—*Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 7, § 2.—*Cód.*, lib. 5, tít. 37, l. 25 y 27.—*Id.* lib. 2, tít. 22, l. 3.

(3) *Cód.* lib. 5, tít. 4; l. 20.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, §§ 3 y 4.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 8.

(6) *Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 7, initio.

(7) *Cód.* lib. 5, tít. 37, l. 22, 25 y 27.

(8) *Cód.* lib. 4, tít. 38, l. 2.

(9) *Cód.*, lib. 5, tít. 70, l. 6.

esta clasificación á los insensatos, á los sordos, á los mudos y á aquellos que padecían de una enfermedad perpétua (1). La curatela de los pródigos remonta á la ley de las XII Tablas. Se sujetaba á ella á todos los que delapidaban los bienes que habían adquirido como herederos ab-intestato de un ascendiente, no aplicándose la interdicción sino á estos bienes (2). Despues entraron también en la interdicción los bienes adquiridos por sucesión testamentaria (3), haciéndose en definitiva toda prodigalidad merecedora de curatela (4). Los pródigos eran incapaces de ejecutar actos onerosos, exceptuándose solo el matrimonio (5), y la aceptación de una herencia (6), porque en orden á estos actos la prodigalidad no era de temerse. Todas estas formas de curatela terminaban de pleno derecho por la cura ó corrección del incapacitado, sin que fuese necesario un juicio, que en caso de existir, no tenía por objeto sino comprobar la extinción de la causa que había ocasionado la incapacidad (7).

104. El derecho romano reconocía también otras especies de curatelas, que podríamos llamar accidentales ó excepcionales. Ellas tenían lugar, 1º para suplir al *paterfamilias* que se hubiera hecho culpable de negligencia grave en la administración de los bienes de su hijo impúber (8), ó cuando hubiera refusedo administrar, porque no tenía el usufructo (9); 2º Si el tutor se hacía momentáneamente excusar (10), ó durante el examen de la excusa (11); 3º cuando el tutor estaba impedido de administrar, por un caso de fuerza mayor (12), y no se juzgaba nece-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 4.

(2) Ulpiano, 12, 3.—Paulo, 3, 4, § 7.

(3) Ulpiano, *in. id. loc.*

(4) *Dig.* lib. 45, tít. 1, l. 6.

(5) *Dig.* lib. 23, tít. 2, l. 20.

(6) *Dig.* lib. 29, tít. 2, l. 5, § 1.

(7) *Dig.* lib. 27, tít. 10, l. 1.—Ulpiano, *de tutel.* 3, § 1.

(8) *Cód.* lib. 9, tít. 51, l. 13, § 2.

(9) *Cód.* lib. 6, tít. 61, l. 8, § 1.

(10) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25, §§ 2 y 3.

(11) *Dig.*, lib. 49, tít. 1, l. 17, § 1.

(12) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 25, § 6.

sario reemplazarlo por otro tutor (1); 4° cuando el tutor debía concertar un acto jurídico con el pupilo (2), ó se hacía su acreedor ó su deudor (3); 5° durante el litigio para destituir al tutor (4); y 6°. cuando se trataba de velar por la conservación de la mujer en cinta (5). Los tratadistas mencionan además otras curatelas: la del ausente, la de la herencia yacente y la de la quiebra, todas las cuales tenían por objeto exclusivamente los bienes y eran extrañas al derecho de familia.

105. Toda esta legislación, con muy señaladas diferencias, pasó á España, cuyos juriconsultos tomaron siempre por base de sus interpretaciones lo que con tanta minuciosidad estaba prescrito y reglamentado en el Código y en las Institutas de Justiniano. Innecesario, pues, nos parece detenernos á recorrer una por una todas las partes de las leyes pátrias (6), y por tanto nos limitamos á marcar aquello en que radicalmente innovaron á las romanas. Las principales de estas innovaciones pueden reducirse á dos, siendo la primera, la que ya en otra parte hicimos notar (núm. 5), ó sea la relativa á la guarda de los hijos que se encomendaba á la madre por fallocimiento del padre (7), y consistiendo la segunda, en otorgar á los tutores y curadores, en debida recompensa por su trabajo y vigilancia del pupilo, la décima parte de los frutos de los bienes de éste (8).

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

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 21, § 3.

(3) *Novela* 72, cap. 2.

(4) *Cód.*, lib. 5, tit. 43, l. 7.

(5) *Dig.* lib. 37, tit. 9.

(6) *Part.* 6, tít. 16, 17 y 18.—*Fuero Real*, lib. 1, tit. 7, l. 2.—*Id.* lib. 3, tit. 7, l. 2.—Gutiérrez Fernández, *Códigos españoles*, lib. 1, cap. 5.—Fernández Elias, *Derecho civil español*, lec. 21.—*Novísimo Sala Mexicano*, lib. 1, tit. 7.—Navarro Amandi, *Código civil de España*, tit. 9.—Alvarez, *Derecho real de España, de Castilla y de Indias*, tit. 13 y siguientes.—*Fininio*, anotado por Heinicio, lib. 1, tit. 13 y siguientes.—Febrero de Galván, lib. 1, tit. 10.—De la Serna y Montalvan, *Der. civ. de España*, lib. 1, tít. 5 y 6.

(7) *Part.* 6, tit. 16, l. 9.

(8) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tit. 3, l. 3.—*Fuero Real*, lib. 3, tit. 7, l. 2.—*Part.* 6, tit. 14, l. 4.—*Id. id.* tit. 16, ll. 12 y 13.—Gutiérrez, *part.* 3, caps. 23 y 27.

DERECHO MODERNO.

106. Ya en otra parte hemos hecho notar (núm. 11), cómo, según el derecho francés, la tutela del menor de edad pertenece de pleno derecho á la madre, muerto el padre, con lo cual se reúnen en aquella las dos autoridades protectoras del hijo, pues, además de la que nos ocupa, debe reconocerse que le pertenece también el poder paterno en orden á la educación de éste. Hemos ya explicado también (núms. 46 á 65), las condiciones y restricciones con que esa tutela podía ser ejercida por la madre. Y como las demás disposiciones del Código de Napoleón, inclusive la institución del Consejo de familia, guardan relación con algunas de nuestras leyes civiles, creemos conveniente, para no repetirnos, reservar su comentario para cuando nos ocupémos en el de éstas. Hay un principio, sin embargo, que domina toda esta materia en el derecho moderno, y es, la abolición de aquella doble autoridad á que se sujetaba al menor de edad, según que no hubiese llegado á la pubertad, ó que habiéndola alcanzado, aún no cumpliera los veinticinco años. La tutela, pues, y la curatela ya no existen en las leyes modernas con las formas y objeto que tuvieran antes, porque la mayor edad es fijada desde la ley francesa de 20 de Septiembre de 1792, en los veintiún años.

107. Nuestra legislación nacional es muy vária en orden á la tutela, habiéndose inspirado parte en el proyecto de un Código civil español del señor Goyena, y parte en distintas legislaciones, procurándose aprovechar de ellas todo lo que se consideró adaptable á nuestras costumbres. Los dos Códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala, puede decirse que en ésta, como en otras muchas materias, forman un grupo aparte, casi en un todo diferente del que presentan los de Veracruz y Estado de México, muy influidos por la tradición romana. Todos, sin embargo, se separan en más de un punto de ésta, como vamos á verlo en la exposición que sigue.

NÚM. 1. ¿QUÉ ES TUTELA?

108. Los Códigos del Distrito Federal (art. 430 del de 1870 y 403 del actual) y el de Tlaxcala (art. 300) definen la tutela: la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, ó sólo la segunda para gobernarse por sí mismos. Los Códigos del Estado de México (art. 324) y de Veracruz (art. 375) expresan que la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está emancipado ni sujeto á patria potestad. Esta segunda definición está tomada de la l. 1, tít. 16, Part. 6, con la sola diferencia del cómputo de edad, que como antes lo hemos hecho notar (núms. 99 y 101), se formaba en el antiguo derecho, dividiendo el tiempo de la impubertad del de la pubertad, aunque comprendiéndose ambas dentro de la menor edad. Mas como toda nuestra legislación civil, según en otra parte lo expusimos (1), sigue el principio de que la menor edad dura para ambos sexos hasta los veintiún años, debemos entender que estos textos, sin reparar en aquella doble división, expresan que el menor de veintiún años, aunque mayor de catorce, está sujeto á tutela, si no se halla bajo la patria potestad ni emancipado. Nuestros otros Códigos guardan con los de Estado de México y Veracruz dos señaladísimas diferencias: consiste la primera en que estos últimos reservan la tutela á los menores de edad, sin extenderla, como aquellos, á los incapacitados, para los cuales, como veremos más adelante, tienen la *curaduría*. La segunda diferencia se palpa, atendiendo á que, mientras los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala sujetan á tutela á los menores de edad, aun emancipados, los otros no someten á estos últimos, según también después lo haremos notar, sino á *curatela especial*. Todas estas legislaciones, sin embargo, coinciden en un punto que radicalmente las separa del antiguo derecho, romano y pá-

(1) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 237.

trio, conforme á los cuales la tutela tenía por objeto primario la persona del pupilo, siendo secundario el de la guarda de los bienes, pues ambos objetos pertenecen en igual grado de preferencia á las obligaciones del tutor (1). En cambio, en cuanto á la curatela, puede decirse que los Códigos de Estado de México y de Veracruz, si bien no la refieren, como el derecho antiguo, á los menores púberos, para aplicarla sólo á los incapacitados y en ciertos casos á los menores emancipados, sólo le atribuyen obligaciones respecto de los bienes del sujeto á ella, sin relación, á lo menos principal, con su persona.

Todas estas legislaciones, excepto la vigente en el Distrito Federal, no hablan de la tutela sino refiriéndose á causas permanentes que la motivan, siendo así que, como en otra parte lo hemos expuesto (núm. 24), hay también lugar á la tutela en todo caso de oposición de intereses entre el hijo y aquel que sobre él ejerce la patria potestad. Como éste hay otros casos de tutela interina (2), en cuyo estudio nos ocuparemos más adelante.

Era, pues, precisa una reforma como la traída por el art. 403 del Código que sirve de base á nuestro comentario, á fin de evitar confusiones, y que se pudiera decir, conforme á la letra de los mismos textos legales, que el estado de sujeción á la patria potestad es incompatible con el de tutela (3).

(1) Alvarez, *Inst. de Der. Real*, tom. 1, pág. 182.—Una importante sentencia, sin embargo, de nuestros tribunales [Juzgado 6.º de lo Civil del Distrito Federal, 2 de Julio de 1875. "El Foro," tomo V, núm. 13.] se funda precisamente en el principio antiguo, para deducir que el tutor no necesita autorización judicial especial para gastos urgentes y notoriamente precisos en favor del pupilo, bastando la autorización general que, como tutor tiene, si se trata, por ejemplo, de los gastos que importa un viaje prescrito al pupilo por razón de enfermedad. Esto demuestra que el viejo principio jurídico sirve aún, en casos no expresamente previstos. Con todo, la importancia igual de la persona y de los bienes como objeto de la tutela, es característica de la legislación moderna. [Sentencia del Juzgado 2.º de lo Civil del Distrito Federal, 25 de Noviembre de 1884. "El Foro," tomo XXIII, 2.ª época, núm. 111.]

(2) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 190.

(3) Sentencia de la 4.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 25 de Enero de 1881. (El Foro, tom. 16, núm. 52, pág. 198, considerando 2 y 3.)

109. Esta, según nuestro derecho, es también, como en el antiguo, un cargo personal de que nadie puede excusarse sino por causas excepcionales, expresamente marcadas en la ley. Así lo declaran los arts. 377 del Código de Veracruz, 325 del de Estado de México, 306 del de Tlaxcala, 438 del del Distrito Federal de 1870 y 411 del actual. De este principio, que es también constante en la jurisprudencia francesa, se derivan importantes consecuencias de que hablaremos en su oportunidad (1).

110. Y como muy tardíamente eficaces serían las disposiciones legales para proteger á los huérfanos contra su inexperiencia, si la provisión de la tutela no se hiciese inmediatamente que el menor ó incapacitado empiezan á encontrarse en el caso de necesitar tal protección, el derecho moderno, inspirándose una vez más en las tradiciones del antiguo, ordena que todas las personas con quienes el menor pudiera estar conexionado, ejerzan los oficios conducentes á que sea nombrado el tutor en el menor plazo posible y so pena de incurrir en una responsabilidad punible. Nuestro antiguo derecho pátrio imponía esta misma obligación á los parientes del huérfano, á sus amigos, ó á cualquiera del pueblo, conminando á los primeros con la pérdida del derecho hereditario en caso de ser omisos en el cumplimiento de tal deber (2). El Código francés, refiriéndose también solo á la tutela dativa (art. 406), establece que el Consejo de familia, que debe nombrarla, sea convocado á pedimento de los parientes del menor, de sus acreedores ó de cualesquiera partes interesadas y aun de oficio por el Juez de Paz del domicilio, pudiendo toda persona hacer á este funcionario la denuncia de que un menor y no emancipado se halla en el caso de nombrársele tutor (3). Nuestro derecho nacional ha respondido á la misma necesidad, estableciendo medidas obligatorias, á fin de que aquella quede cumplidamente satisfecha,

(1) Demolombe, tom. 7, núm. 30.—Laurent, tom. 4, núm. 366.

(2) *Part.* 6, tít. 16, l. 12, y *glos.* de Greg. López, núm. 7.

(3) Demolombe, tom. 7, núms. 193 á 196.—Laurent, tom. 4, núm. 407.

en cuanto es posible. Empero, si tales medidas han sido preceptuadas por nuestras leyes civiles, ni son uniformes en todas ellas, ni se ven apoyadas por la misma sanción penal. En efecto, mientras los Códigos de Estado de México y de Veracruz, (arts. 326 y 327 del primero; 378 y 379 del segundo) previenen que el Juez de primera instancia y en su falta el conciliador del pueblo en que se hallare el menor, deben proveer provisionalmente al cuidado de su persona y bienes, hasta que se le nombre el tutor definitivo, haciendo inventariar y depositar los muebles, si al deferirse la tutela se encuentra fuera de su domicilio, y oficiando al Juez de primera instancia de éste con testimonio de tales diligencias; y si esta obligación se extiende también al caso en que se sepa, haber quedado vacante la tutela por cualquiera causa, ó que el protutor y consejo de familia no pueden atender á la defensa de los intereses del huérfano, pudiendo señalarse análogas disposiciones en el Código Civil del Distrito Federal de 1870 (arts. 439 y 446); el vigente (art. 412) se limita á declarar que el ejecutor testamentario, y en caso de intestado los parientes y personas con quienes haya vivido el difunto, bajo cuyo poder estaban un menor ó incapacitado á quien deba nombrarse tutor, están obligados á dar parte del fallecimiento, dentro de ocho días, al Juez del lugar, á fin de que provea á tal nombramiento. Esta reforma, sin embargo, sólo significa que el legislador de 1884 creyó conveniente trasladar al Código de procedimientos civiles todas las disposiciones del de 1870, por referirse á la manera de poner en práctica la provisión de la tutela. El Código de Tlaxcala carece de una disposición á este respecto, salvo que quiera encontrársela en el art. 310, que no impone un deber, sino que establece meramente una facultad y sólo respecto de los parientes y del albacea. Aparte de tales diferencias, esos mismos Códigos siguen también diverso sistema por lo que respecta á la sanción del precepto que imponen. Los del Distrito Federal expresan que la negligencia en dar aviso á quien

corresponda para la provisión de la tutela, será castigada con veinticinco pesos de multa, que podrán aumentarse hasta cien. El de Estado de México sanciona dicho precepto, en cuanto á los parientes del menor, con la privación del derecho de ser tutores, pro-tutores, ó miembros del Consejo de familia, y del de suceder ab-intestato, si no hubiera llegado á darse el aviso por cualquiera otra persona. La misma sanción, excepto la última parte, previene el Código de Veracruz. En cuanto á los jueces, tanto el Código de Estado de México, como el de Veracruz, declaran: que en caso de no cumplir con lo que les concierne en orden á la tutela, responderán de los *daños* que sobrevengan por tal motivo al menor. El Código del Distrito Federal de 1870 (art. 446), declara que el Juez omiso en el cumplimiento de las prescripciones referidas, sólo será responsable de los perjuicios que sufran los incapaces, además de las penas en que incurra conforme á las leyes. Esta misma declaración se encuentra en los arts. 1427 del Código de procedimientos civiles vigente en el mismo Distrito Federal y 1390 del de igual clase de Tlaxcala.

NÚM. 2. ¿QUÉNES ESTÁN SUJETOS Á TUTELA?

111. La antigua legislación española, siguiendo á la romana (núms. 99 y 101), sujetaba á *tutela* solamente á los menores de catorce y doce años, atendida la diferencia del sexo, y reservaba la *curaduría* no sólo para los mayores de aquella edad y menores de veinticinco años, sino también para los que, habiendo ya cumplido éstos, se hallaban impedidos para administrar sus bienes por locura, prodigalidad, sordera-mudez y enfermedad perpétua (1). Este mismo sistema, cuya organización tendremos más adelante oportunidad de exponer con todos sus por-menores, siguen los Códigos de Veracruz y Estado de México, exceptuándose sólo el punto relativo á la edad, la cual, como

(1) *Part.* 6, tít. 16, l. 13 y *glos.* 1 de Greg. López.—*Sala Mexicano*, tom. 1, núm. 33, tít. 8.

ya dijimos, no es dividida por las leyes modernas en las dos épocas de pubertad ó impubertad. Dichos Códigos (arts. 375, 533 y 534 del primero; 324, 482 y 483 del segundo) expresan que el menor de edad no emancipado ni sujeto á patria potestad, está sujeto á tutela; mientras el mayor de edad, pero incapaz de administrar sus bienes por sí mismo, por locura, áun teniendo intervalos lúcidos, demencia, imbecilidad, sordera-mudez con ignorancia del arte de leer y escribir, prodigalidad ó interdicción civil por causa de delito, está sujeto á curaduría. El Código del Estado de México somete también á curatela al menor emancipado para comparecer en juicio, y si igual prescripción no se encuentra en el Código de Veracruz, es porque éste, como lo veremos despues, previene para tal caso que el menor cuente con el permiso paterno ó judicial.

Los Códigos del Distrito Federal han seguido absolutamente otro sistema, pues inspirándose en el francés, sujetan á tutela no sólo á los menores de edad no emancipados, sino también á los incapacitados por locura, idiotismo, imbecilidad, áun cuando tengan intervalos lúcidos, á los sordo-mudos que no saben leer ni escribir y á los menores emancipados para los negocios judiciales (arts. 431 y 432 del Código de 1870, 404 y 405 del actual; 390, 489, 506 y siguientes del francés). La curatela, llamada en la última de estas legislaciones, tutela subrogada, no desempeña en todas ellas sino el papel de una institución creada para vigilar los actos del tutor ó interponerse entre éste y el pupilo, siempre que los intereses del uno y del otro estén en oposición. Más adelante expondremos las diferencias que separan estos sistemas, bastándonos por el momento consignar que los tres Códigos mencionados marcan una profundísima modificación respecto á las leyes antiguas en orden á los sujetos á tutela y curatela (1).

El Código de Tlaxcala sigue el mismo sistema (arts. 301 y

(1) Demolombe, tom. 8, núm. 560.—Laurent, tom. 5, núm. 286.

302); pero no contiene en ninguna parte la institución de la curatela.

112. Si en cuanto á los menores de edad sujetos á tutela, el comentador no encuentra ninguna dificultad, no sucede lo mismo en orden á los incapacitados, respecto de quienes puede surgir la duda sobre si, áun siendo menores, están sujetos á la tutela de éstos, ó si la de los incapacitados solo les alcanza desde la mayor edad en adelante. A falta de texto expreso en el Código francés, la doctrina y la jurisprudencia están acordes en declarar que la tutela de los incapaces no los comprende mientras son menores, pues entonces están sujetos á la que les concierne por razón de su edad (1). Nuestra legislación nacional declara expresamente esto mismo, como es de verse en los arts. 312 del Código de Tlaxcala, 470 y 471 del del Distrito Federal de 1870, y 415 y 416 del actual, según todos los cuales el menor de edad no emancipado, que fuere demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo, estará sujeto á la tutela de menores, mientras no llegue á la mayor edad. Lo mismo, sin duda alguna, debe decirse en vista de los arts. 533 del Código de Veracruz y 482 del de Estado de México, sin dejar de recordar por de contado la semejanza de estas legislaciones con el antiguo derecho (2).

113. La más evidente justicia es la que ha dictado al legislador la idea de someter á tutela ó curatela á los mayores de edad privados de inteligencia. Nos creemos dispensados de explicar cómo deben entenderse las varias formas de enajenación mental, después de lo que tan extensamente hemos expuesto en otra parte y con motivo del matrimonio (3). Nuestra legislación,

(1) Valette, tom. 1, pág. 372.—Laurent, tom. 5, núm. 286.—Proudhon, tom. 2, pág. 546.—Demolombe, tom. 8, núm. 561.

(2) La Serna, *Derecho Romano y Español*, tom. 1, lib. 1, tit. 23, § 3.—Domat, *Les lois civiles, de tut. et curat.*—L. 3, § 1, ff. de tut.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 195 á 243.—Sentencia del juzgado 6º de lo Civil del Distrito Federal, 21 de Junio de 1876 [El Foro, tom. 7, núm. 7, considerandos 1º y 2º]

lo mismo que la francesa (art. cit. 499) declara que la enajenación mental sujeta al paciente á tutela ó curatela, *aun cuando tenga intervalos lúcidos*. Si hemos censurado, en nombre de la ciencia, la teoría de los intervalos lúcidos, con cuyo fundamento la ley permite el matrimonio que se contraiga durante ellos, no podemos menos que aplaudir, sin dejar de señalar en esto una contradicción, que se sujete á tutela á esos incapaces en quienes las aparentes reapariciones de la razón no hacen, como enseña Ducaurroy, sino indicar, como más necesaria, la interdicción (1). En efecto, cuando se trata de enajenación sin intermitencias, la misma franqueza de la enfermedad ahuyenta todo peligro de un contrato cualquiera, aun dañoso, con el incapaz. Fuera de esto, creemos haber demostrado que la ciencia no ha logrado decir la última palabra ni sobre la naturaleza del intervalo lúcido, y lo que es más importante aun, ni sobre su duración, circunstancias ambas que hacen imposible establecer el verdadero estado del enajenado en un momento cualquiera. Ante este inconveniente que, de no haber sido orillado por el legislador con la absoluta y constante sujeción á la tutela, habría sido causa de insolubles litigios, no quedaba otro medio que declarar cómo aun los intervalos lúcidos constituyen un estado perfecta y debidamente compatible con la sujeción tutelar, en lo cual la legislación moderna, no hace sino repetir una prescripción de la antigua (2).

114. ¿Deben ser también comprendidos, entre los sujetos á tutela, los sordo-mudos? Hemos también hablado en otra parte (3) de las declaraciones legales en orden á los sordo-mudos, quienes si en la antigüedad eran como absolutamente faltos de inteligencia, guardan hoy, merced á descubrimientos tan maravillosos como humanitarios, un estado que no debe confundirse con

(1) Ducaurroy, tom. 1, núm. 712.—Duranton, tom. 3, núm. 715.—Laurent, tom. 5, núm. 250.

(2) Cód. lib. 6, tít. 70, l. 6:

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 236 á 243.

la insania, si á él no acompaña la ignorancia del arte de leer y escribir. El Código francés guarda un silencio absoluto sobre la capacidad intelectual de los sordo-mudos, de donde inferen los comentadores que pertenece al arbitrio de los Tribunales decidir en cada caso particular, segun las circunstancias, si un sordo-mudo debe ó no recibir tutor. Ante esta omisión del legislador francés no es imposible que la sordera mudéz, aun acompañada de la absoluta ignorancia en el arte de leer y escribir, no amerite la imposición de la tutela, si por otra parte se descubre la inteligencia en el paciente (1). Nuestra legislación nacional es uniforme en este punto, estableciendo que sólo deben considerarse como incapaces, y por tanto como necesitados de tutela ó curatela, *los sordo-mudos que no saben leer ni escribir*.

115. Según el antiguo derecho, hemos visto antes (núm. 102) que estaban también sujetos á curatela los pródigos, que en el lenguaje de las XII Tablas eran solamente aquellos que dilapidaban los bienes adquiridos ab intestato; pero cuyo nombre se hizo después extensivo por el derecho pretoriano á los que dilapidaban toda especie de bienes. Esta misma legislación pasó al Código de las partidas (2), y es la que rige en la mayor parte de los Códigos modernos con más ó menos modificaciones. La ley francesa, sin llegar hasta el extremo del antiguo derecho, en el cual se confundían el pródigo y el demente, establece (art. 513) que puede ser nombrado al pródigo un consejo judicial, sin cuya asistencia aquel no pueda litigar, transigir, tomar prestado, recibir un capital mueble, descargarse de él, enajenar ó hipotecar sus bienes. Se ve, pues, que según la legislación francesa, no existe la interdicción por causa de prodigalidad, señalándose como único remedio para este vicio, el

(1) Dalloz, *Rep.* "Interdiction," núm. 26.

(2) *Part.* 5, tít. 11, l. 3.—*Id.* 6, tít. 16, l. 4.—*Id.* id., tít. 1 l. 9.—*Id.* id., tít. id., l. 13.—*Id.* 3, tít. 6 l. 2.—La Serna. *Derecho romano*, lib. 1, tít. 23, § 3.—Domat, *Les lois civiles*, lib. 26, tít. 5.—Donellus, *Opera*, tom. 11, ad. tít. *Dig. de verb. obligat.* pág. 565.

nombramiento de un consejo judicial sobre cuyas condiciones y facultades hablaremos más adelante.

Entre nuestros Códigos sólo los del Distrito Federal de 1870 (arts. 432, inciso 1 y 472), de Estado de México (art. 483), y de Veracruz (art. 534) se ocupan de la prodigalidad, dándole todo el valor de una verdadera causa de interdicción, aunque solo también en cuanto á los bienes. En otra parte hemos trascrito (núm. 41) los motivos que la comisión reformadora del Código civil del Distrito Federal de 1870, tuvo presentes para suprimir esta causa de incapacidad, que se encuentra en casi todas las legislaciones, tanto antiguas como modernas. Ha llegado, pues, el momento de dar nuestra opinión sobre esa reforma, y para ello juzgamos conveniente empezar por definir la prodigalidad. El derecho romano nos ha transmitido algunos conceptos á este respecto, los cuales por su absoluta conformidad con el orden moral más universalmente aceptado, no pueden menos que servir aún hoy todavía para la más exacta interpretación de nuestras leyes. *Quando*, dice el jurisconsulto Paulo, *tu bona paterna avitague nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico* (1). Ulpiano definía claramente al pródigo, diciendo que es: *qui neque tempus, neque finem expensarum habet, sed sua dissipando et dilacerando profundit* (2). Una constitución imperial decía: *Non est novum quosdam, etsi mentis suae videbuntur ex sermonibus cum potes esse, tamen sic tractare bona ad se pertinentia, ut, nisi subveniatur his deducantur in egestatem: eligendus itaque erit qui eos concilio regat: nam æquum est, prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum* (3). Es de esta fuente de donde Meslé tomó inspiración para decir que la prodigalidad consiste en la disipación de los bienes, en la mala conducta de aquellos que, pa-

(1) Paulo, *Senten.*, lib. 3, tít. 5.

(2) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 1.

(3) *Dig.*, lib. 28, tít. 5, l. 12, § 2.

reciendo razonables en sus discursos, llevan una vida de insensatos en cuanto al gobierno de sus bienes (1). Tal es, pues, la prodigalidad ante cuyas funestas y evidentes consecuencias la mayoría de los legisladores no ha vacilado en imputarlas á una causa que es preciso considerar como merecedora de castigo radical. Y como para lograr este objeto, el sistema más obvio era considerar la prodigalidad entre los defectos que incapacitan al hombre para el ejercicio de los derechos de la vida civil, así se ha hecho, evitando que los vicios se apoderen del individuo hasta hacerlo su miserable instrumento, que la miseria y el desamparo sean muchas veces la única herencia que trasmitimos á los seres que nos deben la existencia, y que el Estado, en lugar de destinar sus tesoros al progreso de la instrucción pública y al impulso de la industria, sobrelleve el pesado fardo que importa el sustento de innumerables personas, ya bien encaminadas, por el corruptor ejemplo de sus padres, á la ociosidad y al crimen, y sin otros elementos para labrar su felicidad, que el recuerdo de escandalosas disipaciones y de debilidades vergonzosas. Nada hay en esto, sin duda, que sea indigno de la sabiduría del legislador, ni contrario al derecho individual, cuya extensión acaba allí donde comienza otro derecho individual ajeno. “¿Qué hará el pródigo, pregunta uno de los jurisconsultos más entusiastas por la defensa de los derechos del hombre, cuando haya disipado su patrimonio? Pedirá alimentos á aquellos que están obligados á suministrarlos. ¿Y no es de todo punto injusto, que aquel que ha disipado su fortuna, obligue después á su familia á sostenerlo? Si él no tiene ascendientes ni descendientes, se dirigirá á la caridad pública. Pero es igualmente injusto que el patrimonio de los pobres sirva para alimentar á un hombre que era rico, y que ha tenido á bien arrojar á la calle todo lo que tenía, en locas disipaciones. El abuso de la propiedad puede y debe ser limi-

1) Meslé, *Œuvres*, part. 2, chap. 10, n^om. 7.

tado, desde que comprometa otros derechos (1).” ¿Vamos de otra suerte, y so pretexto de una libertad meramente nominal, á dar rienda suelta á todos los conatos que de ciertos infelices hombres hacen presa, para derramar sin tasa ni medida los bienes que representan el fruto tal vez del trabajo de nuestros antepasados, y que no nos han sido transmitidos sino á condición de conservarlos y aumentarlos para nuestros pósteros? ¿Qué semillero, por otra parte, de vicios trascendentes al conjunto social, la vida de algunos seres, reducida á gastos desordenados, al juego de todos los días, á los festines impuros, á la renovación ridícula de vestidos según los incesantes caprichos de la moda, á locas y vanas profusiones en fin, de todo lo cual la sociedad y el individuo no obtienen sino el incitante espectáculo de la ociosidad y del vicio? Creemos que, á lo menos para prevenir los incalculables males que de la prodigalidad permitida se siguen, debe todo buen legislador castigarla, siquiera con la privación de los derechos de administración sobre aquellos bienes de que hace un uso indebido. Si á esto añadimos que los crímenes son siempre precedidos y alimentados por el vicio impune y triunfante, el deber del legislador reviste todos los caracteres de una obligación grave é inexcusable. El interés social viene igualmente y de manera más directa en apoyo de la necesidad de prevenir por medios eficaces la conducta perniciosa del pródigo. Estése seguro de que las dilapidaciones excesivas no hacen sino sustraer á la industria caudales que servirían para hacerla nacer y aumentarla. Fuera, pues, de que la prosperidad de un país no consiste solo en los bienes materiales, sino en la mayor extensión entre los habitantes, de todas aquellas virtudes, que se llaman laboriosidad, ahorro, previsión, etc., etc., la experiencia comprueba que el pródigo devora en sus vicios todo lo que ha-

(1) Laurent, tom. 5, núm. 340.—Bertrand de Greville, *Rapport au Tribu. nat.*, núm. 1.—Emmery, *Exposé des motifs*, núm. 12. Locré, tom. 3, págs. 473 y 476.

ría vivir y prosperar á cien familias. La prodigalidad lo esteriliza todo y hace en su torno el vacío más triste y desconsolador (1).

Mas ¿cómo fijar las verdaderas proporciones que ha de presentar la prodigalidad, para ser considerada en el número de las causas de incapacidad? Nuestro Código civil del Distrito Federal de 1870, sin confundir al disipador desenfrenado con el hombre generoso é ilustrado que, ó alivia los sufrimientos de sus semejantes infelices, ó alienta las empresas industriales ó las bellas artes, ni con aquel á quien no puede imputarse otra cosa que el mal éxito de sus negocios, establece (arts. 473, 474 y 475) que por prodigalidad debe entenderse la disipación de los bienes en el juego, la embriaguez, la prostitución y el lujo, extendiéndose éste más allá de lo que permiten las rentas ó utilidades de aquellos. Verdad es que el mismo Código (art. 476) abre la puerta á otras causas de prodigalidad, que deja á la prudencia del Juez. Si hemos encontrado justos y convenientes los primeros preceptos, no podemos decir otro tanto de éste, que deja al arbitrio judicial la decisión de un punto en que tan interesada está la reputación del hombre. Y si tomamos en cuenta la variedad de criterios con que, ya fuera de un texto preciso de la ley, puede juzgarse de un hecho en que tan principal papel desempeñan las circunstancias accidentales de la vida, no podrá negarse que se presta á irritantes y hasta contradictorios abusos esa facultad omnimoda, otorgada á los jueces para graduar en cada caso particular la existencia del vicio que nos ocupa. Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. 512 de éste y 560 de aquel) no entran en definiciones sobre la prodigalidad ni incurren de una manera expresa en el defecto que acabamos de señalar, por lo cual se pa-

(1) Courcelle Seneuille, *Science Social*, etud. XII, pág. 319.—Melchor Salva, *Economía Política*, tom. 2, pág. 478.—Adam Smith, *Richesses des Nations*, tom. 2, lib. 5, cap. 2, pág. 594.—Leroy-Beaulieu, *Essai sur la repart. des richesses*, pág. 280.

recen al francés que así mismo procede, siguiéndose sin embargo de este silencio que el arbitrio judicial es también, según ellos, la única norma para todas las causas de aquella incapacidad (1).

116. Volviendo al orden seguido por las legislaciones modernas en la enumeración de los sujetos á tutela, debemos decir que no sólo los menores de edad lo están antes de la emancipación, sino también después de ella y hasta cumplir la edad de veintiún años, para los negocios judiciales. La emancipación, pues, de que nos ocuparemos en otra parte, no opera en favor de los menores el efecto de darles una personalidad jurídica completa, pareciendo como que el legislador, al libertarlo de la patria potestad, todavía ha abrigado algún temor por causa de su inexperiencia en orden á ciertos actos que, como los judiciales, importan un compromiso solemne y trascendental. Esta declaración que se encuentra consignada en el art. 405 del Código que sirve de base á nuestro comentario, hemos dicho que figura también en el art. 432, inciso II del Código del Distrito Federal de 1870 y en otros textos correspondientes de los Códigos de Estado de México, de Veracruz y de Tlaxcala, siendo también la misma á que se refieren los arts. 482 y siguientes del Código francés, si bien empleando el nombre de *curatela* en vez del de *tutela* que emplean las dos primeras legislaciones. Este punto no es, si se recuerda lo que en otra parte hemos dicho (núm. 101), sino una reproducción del antiguo derecho romano, al cual había seguido también la ley Alfonsina, al establecer el curador *ad-litem* que, á diferencia del *ad-bona*, era impuesto á los menores púberos en razón de su inexperiencia, por no haber aún llegado á la mayor edad (2).

(1) Duranton, tom. 2, núm. 798.—Toullier, tom. 2, núm. 1371.—Dombombe, tom. 8, núm. 528.

(2) *Part.* 6, tít. 16. l. 13.—Greg. López, *glos.* 2.—Gutiérrez, *Opera*, part. 1, cap. 9, núm. 18.—Sala Novísimo Mexicano, tom. 1, lib. 1.º tít. 7, núm. 23, Álvarez, *Inst. de Derecho real de España é Ind.*, tom. 1.º, tít. XXIII.—Sentencia del juzgado 2.º de lo Civil del Distrito Federal, de 10 de Julio de 1890. (Anuario de legial. y jurisp., secc. de jurisp., tom. 7, pág. 495.)

117. Como quiera que la tutela ó curatela de los incapacitados no los comprende, según lo hemos expuesto (núm. 113), sino desde que son mayores de edad, puede ocurrir la siguiente cuestión: sujeto á tutela ó curatela, un padre de familia incapacitado ¿bajo qué potestad quedan sus hijos? En el antiguo derecho, romano y español, no se encuentra ninguna disposición expresa acerca de este punto. Tal silencio debe de provenir de que, como en otra parte lo hemos hecho notar (núm. 3), la pátria potestad era atribución privativa del padre, sin que jamás por su falta se trasladase á otra persona, ni aún á la madre viuda. Si á esto se agrega que por el solo hecho de la impubertad y minoridad los que en uno ó en otro caso se encontraban, eran sometidos á tutela ó curatela conforme á la prescripción legal, parece lo más natural en la lógica jurídica, que en el supuesto que nos ocupa, hubiese lugar á una curatela excepcional, especialmente destinada para los impúberos, como una curatela para los púberos menores de edad. Repetimos que nos es desconocido el texto que expresamente resuelva la dificultad (1).

En derecho francés, tampoco se encuentra una solución precisa á la cuestión propuesta, en orden á la cual asegura un eminente juriscónsulto (2), que hay una laguna en la ley. Creemos que así es la verdad, sobre todo, en lo que respecta á la hipótesis de que una persona extraña sea el tutor del padre de familia incapacitado. Mas como fuera de este caso puede suceder que el incapacitado tenga esposa, ya hemos visto en otra parte (núm. 11), cómo entónces la ley francesa prescribe que los hijos queden bajo la tutela de la madre, perteneciéndole la administración de todos los bienes como parte integrante del poder paterno (3). Contra esta solución se levanta la incon-

(1) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 642.

(2) Laurent, tom. 5, núm. 303.

(3) Toullier, tom. 12, núm. 309.—Marcadé, *sur l'art. 507*, núm. 1.—Démolombe, tom. 8, núm. 611.

testable objeción de que en ninguna parte dice aquella ley, que el ejercicio del poder paterno se suspenda por la interdicción de quien lo ejerce (núm. 41). En consecuencia, el incapacitado continúa ejerciendo ese poder, siendo por lo mismo válidos todos los actos por él practicados, principalmente durante los intervalos lúcidos (1).

Nuestro derecho nacional ha sido en este puesto, como en otros, más previsora que la antigua y las modernas legislaciones extranjeras. En efecto, todos nuestros Códigos á una declaran que los hijos menores de un incapacitado están sujetos al mismo tutor de su padre, en el caso de que no haya otro ascendiente bajo cuya potestad deban caer conforme á la ley (arts. 553 del Código de Veracruz; 503 del de Estado de México; 318 del de Tlaxcala; 497 del del Distrito Federal de 1870 y 417 del actual). Respecto de este último, pudiera decirse que no expresa claramente el concepto que le atribuimos; pero su sentido no puede ser otro, dado que más adelante el legislador, al ocuparse de la tutela legítima de los incapacitados por locura, claramente dice (art. 454) lo que acabamos de declarar (núm. 43).

NÚM. 3. CONDICIONES DE LA TUTELA.

118. El afán de los legisladores por asegurar en cuanto sea posible la educación é intereses ó solamente estos últimos, de las personas sujetas á tutela, ha hecho en todo tiempo fijar la atención sobre la conveniencia y aún necesidad de erigir, al lado de la persona del tutor, otra autoridad igualmente protectora, para que por el concurso de ambas queden menos expuestas á omisiones y negligencias, los gravísimos deberes cuyo cumplimiento les está confiado. Esta idea se encuentra en la legislación romana (núm. 97) y también en la antigua española (2),

(1) Laurent, tom. 5, núm. 303 bis.

(2) L. L. 2 y 3, tít. 18, *Part. 8*.—De la Serna, *Derecho Romano*, lib. 1, tít. 25 y 26.—Novis. Sala Mexicano, tom. 1, lib. 1, tít. 7, núm. 34.

aunque fuerza es reconocer cómo los antecedentes que allí se contienen, son muy poco claros y definidos, refiriéndose más bien á la sustitución del tutor por el curador, que al concurso de ambos en favor del menor ó incapacitado. Es el Código francés el primero á quien verdaderamente se debe la creación de una garantía más, que la que podía proporcionar la tutela, en favor de la persona é intereses del sujeto á ella. Si en el antiguo derecho el curador de que hablamos, no intervenía sino faltando ya el tutor por excusa, por remoción ó por oposición de intereses entre él y el pupilo, la ley francesa lo establece de una manera permanente y por el sólo hecho de existir la tutela, atribuyéndole facultades que, como en su oportunidad veremos, pertenecen unas á mera vigilancia de la conducta del tutor, y otras á protección directa y decidida en favor del sujeto á tutela, y en contra de aquel (art. 420). Tal es, en efecto, el subrogado tutor del derecho francés. Y como si esta garantía no hubiera parecido suficiente al legislador, establece también la institución del consejo de familia, que es una especie de tribunal doméstico, destinado á sobrevivir no sólo al tutor, sino también al subrogado tutor, teniendo, entre otras facultades, la de remover al uno y al otro. Nos reservamos hablar también más adelante de esta institución de la cual, con más razón que de la anterior, puede asegurarse que no tiene precedentes en el antiguo derecho.

Nuestros Códigos nacionales se han mostrado igualmente celosos respecto de las garantías con que en toda buena legislación debe escudarse el ejercicio de la tutela. Los de Veracruz y Estado de México siguen al francés en cuanto al subrogado tutor, que en ellos es llamado protutor (arts. 376 del primero y 356 del segundo) y también respecto del Consejo de familia (arts. 403 de id. y 364 de id.). Los Códigos del Distrito Federal (arts. 433 del de 1870 y 406 del actual), más confiados que los anteriores, sólo han juzgado necesario que un curador intervenga en el desempeño de la tutela por el tutor. De nues-

tros Códigos forma radical excepción en el punto que nos ocupa, el de Tlaxcala, que como en otra parte lo indicamos, no hace para nada mención (núm. 111), de otra autoridad protectora del menor ó incapacitado, que de la tutela.

119. Una de las más importantes condiciones de la tutela en el derecho moderno, es su unidad, principio implantado en la legislación en vista de las enseñanzas de la experiencia de la cual dan patente prueba las mismas varias distinciones del antiguo derecho, para impedir los inconvenientes que resultaban de la multiplicidad de tutores. En Roma podían presentarse tres hipótesis: ó se dividía la gestión de los bienes, ó se nombraba un sólo administrador, estando otras personas encargadas del cuidado del menor, ó se consideraba como común y solidaria entre varios la administración. En el primer caso, y pudiendo hacerse la división, ya por el testador (1), ya por el magistrado (2), cada tutor tenía el derecho y el deber exclusivos de administrar en el radio que le era señalado: *Vel in partes, vel in regiones: et, si ita fuerit divissa, unusquisque exceptione summovebitur pro ea parte vel regione quam non administrat* (3), y se le consideraba como tutor honorario respecto de sus colegas (4), á quienes debía vigilar en el desempeño de sus funciones (5) y hasta podía hacerlos destituir (6). Esto último se entiende en el caso de que la tutela hubiera sido encomendada en su integridad á todos los tutores (7). En el segundo caso, ó sea, el de un administrador único, que podía ser nombrado por el testador (8) ó por la mayoría de los tutores (9), sin

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 15.

(2) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 9.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 4.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 52, l. 2.

(5) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 2.

(6) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 2.

(7) Van Wetter. -- *Droit romain*, tom. 2, § 632.

(8) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 1.

(9) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 7.

que tal derecho perteneciera nunca al magistrado (1), podía suceder que de varios tutores testamentarios ó dativos, uno de ellos reuniese la administración íntegra en sus manos, mediante la oferta de un fiador, lo cual no estaba obligado á hacer (2), ó que todos se pusiesen de acuerdo en nombrar un gerente único, quien entonces tenía sólo el derecho y el deber de administrar, siendo considerados los otros como tutores honorarios en el sentido antes dicho. En el tercer caso, ó sea cuando la administración era común, porque todos los tutores ofreciesen fiador ó persistiesen en administrar juntos, sus derechos y deberes en el ejercicio de sus funciones eran solidarios (3), bastando la autorización de uno solo para la validez de los actos del impúber (4), salvo que se tratase de su arrogación, la cual exigía por su grande importancia la intervención de todos los tutores. Más adelante hablaremos de la responsabilidad de los tutores en estos varios supuestos, en todos los cuales fuerza es reconocer que el voto de la ley era la unidad en el desempeño de la tutela, *sane enim facilius unus tutor et actiones exercet et excipit ne per multos tutela spargatur* (5). Lo mismo que decimos de la tutela, sucedía con la curatela (6).

Toda esta legislación pasó al Código de las Partidas para el caso de que hubiese acuerdo entre los varios tutores, ya sobre que todos administrasen, ora para que lo hiciese uno solo. Pero en el supuesto de que tal acuerdo no existiese, el Código Alfonsino, á diferencia de la ley romana, prevenía que el Juez escogiese aquel que en su superior conocimiento apareciera como más capaz y provechoso para los intereses del menor. Otra diferencia puede también señalarse con el derecho roma-

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 8.

(2) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 1, 17 y 19, § 1.

(3) *Cód.*, lib. 5, tít. 40, l. 1.

(4) *Cód.*, lib. 5, tít. 59, l. 5.

(5) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, § 6.

(6) *Dig.*, lib. 26, tít. 7, l. 3, initio y § 5.

no, respecto de la curatela, la cual era rigurosamente una, en cuanto á la persona encargada de ejercerla (1).

En derecho francés puede decirse que domina el mismo principio de la unidad de la tutela, á pesar de que no ha dejado de opinarse que, no estando prohibido por la ley de una manera expresa el nombramiento de más de un tutor, podría éste tener lugar siempre que lo exigiese el mayor interés de los menores (2). Pero la doctrina contraria ha prevalecido, fundada tanto en la discusión que precedió al Código de Napoleón (3), como en la consideración de las intrincadas complicaciones y de los graves perjuicios que se seguirían al menor por la división del personal de la tutela (4). Se conviene, sin embargo, generalmente en que hay dos casos en las cuales cabe la dualidad de la tutela: aquel en que por pasar la madre viuda á segundas nupcias, (núm. 65), si es mantenida en la tutela de los hijos, el consejo de familia debe darle por *co-tutor* al segundo marido según el art. 396; y aquel en que por poseer el menor bienes en las Colonias, manda el art. 417, que la administración de tales bienes sea confiada á un *pro-tutor*, quien habrá de proceder en ella con absoluta independencia del tutor.

La unidad de la tutela es también principio aceptado expresamente por nuestra legislación nacional (arts. 325 del Código de Estado de México, 377 del de Veracruz, 303 del de

(1) *Part.* 6, tít. 16. l. 1. 9 y 11.—Gutiérrez Fernández, *Códigos Españoles*, lib. 1. cap. 3, art. 2.—Alvarez, *Ob. cit.*—Febrero, edición de Galván, lib. 1, tít. 10, cap. 1, núm. 14 y cap. 2, núm. 6.—Hevia Bolaños, *Curia Philípica*, part. 1. § 18, núm. 11.—Curia Mexicana, pág. 286, núms. 859 y 860.—Sentencia de los Juzgados 1.º y 2.º de Letras de la ciudad de Guanajuato, 28 de noviembre de 1853. (Gaceta de los Tribunales tom. 3, pág. 233.)

(2) Argau, *Institution au droit français*, tom. 1, pág. 51.—Merlin, *Rep. "tutela"*, sect. 2, § 2, art. 1.—Arrets: Paris, 15 Messidor, an XII Rouen, 3 mai 1842. (Dal'oz. *Rep. "Minorité"*, núms. 59, 1.º y 393); Dijón 14 mai 1862. (Dalloz. 1862, 2, 121).

(3) Loaré, *Legislat. civ.*, tom. 7, pág. 220.

(4) Delvincourt, tom. 1, pág. 105, not. 1.—Toullier, tom. 2, núm. 1123.—Demante, tom. 1, núm. 406.—Demolombe, tom. 7, núm. 231.—Laurent, tom. 4, núm. 369.

Tlaxcala, 434 del del Distrito Federal de 1870 y 407 del actual. Deben, sin embargo, señalarse desde luego dos importantes excepciones: es la primera el caso de los tutores interinos que tienen por objeto, según en su oportunidad veremos, representar al menor en ciertas ocasiones, aún teniendo ya tutor definitivo; y consiste la segunda en el derecho que al testador extraño asiste, conforme lo expondremos al hablar de la *tutela testamentaria*, de nombrar tutor sólo para la administración de los bienes que deja al menor sobre quien no ejerce patria potestad, ni está bajo la de otra persona. Aunque los Códigos no hablan de esta segunda excepción y aún parecen rechazarla por los términos absolutos en que están redactados los textos que proclaman la unidad de la tutela, nos vemos obligados á consignarla en esta parte de nuestro comentario, para evitar las dudas á que aquellos pudieran dar lugar. Lo mismo sucedía en el antiguo derecho (1).

120. ¿Puede un sólo tutor desempeñar la tutela de varios incapaces? No obstante que inconveniente racional no existe ni ha existido nunca para la resolución afirmativa de este punto, cualquiera que sea el sistema seguido por la ley en orden á la tutela, la verdad es que, si no se encuentra una prohibición formal á este respecto, tampoco puede señalarse una permisíón clara y terminante en la generalidad de los Códigos, que disipe toda duda en cuanto á tal amplitud de poder, concedida á un sólo tutor. Nada claro encontramos en el derecho romano, ni en las leyes españolas, salvo algunas indicaciones en contrario de donde podría deducirse cómo desde el Fuero Juzgo era perfectamente legal que varios incapaces estuviesen bajo la guarda de un sólo tutor (2). Tal es, al ménos, el sentido que sería dable á la letra de ciertos textos. En derecho

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tít. 3, l. 3.—*Fuero viejo*, lib. 5, tít. 4, l. 1.—*Fuero Real*, lib. 3, tít. 7, l. 1.—*Part.* 6.ª, tít. 17, l. 2.

(2) *Partida* 6, tít. 16, l. 8.

francés, puede afirmarse lo mismo, y ni el menor reparo hacen sus comentadores sobre esta cuestión. Tal silencio ha sido roto por nuestra legislación nacional, muy especialmente por los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala. En efecto, éstos declaran en términos que no admiten duda, que un solo tutor y un solo curador pueden desempeñar la guarda de varios incapaces (arts. 435 del de 1870, 408 del actual y 304 del de Tlaxcala). Los Códigos de Estado de México y de Veracruz (arts. 333 del primero y 386 del segundo) sólo declaran este mismo punto respecto de la *tutela testamentaria*. Así es que podría decirse con el viejo adagio: *affirmatio unius est exclusio alterius*; pero creemos que, cualquiera que sea la exactitud de esta regla de interpretación, debe ceder á la consideración de que nada autoriza á pensar que el poder de la ley en la tutela legítima y el del magistrado en la dativa pueda ser inferior al de la voluntad privada en la testamentaria. Quizá por ser esto tan evidente, no juzgaron necesario los legisladores de los Estados de México y Veracruz, otorgar expresamente para las dos primeras tutelas lo que ya establecían en términos claros para la última. Si á esto se agrega que puede no haber incompatibilidad para el desempeño de varias tutelas por una sola persona, habrá que convenir en que esta materia pertenece á aquellas en que sólo las circunstancias de cada caso son las que pueden hacer necesaria la inhabilidad del que ya es tutor para el ejercicio de otra tutela. Más adelante volveremos á tocar este punto, cuando nos ocupemos de la capacidad y excusas de los tutores.

121. ¿Puede ser nombrado el tutor ó el curador, á plazo, *à die* ó *ad diem*, ó bajo condición? En el antiguo derecho era indudable la respuesta afirmativa sobre esta cuestión, en orden á la tutela testamentaria, pues la voluntad del testador era soberana en cuanto á las condiciones con que, después de su muerte, podía disponerse de sus bienes y aún ejercerse cualquier derecho respecto de las personas sobre quienes en vida

tuviera el omnímodo poder de *pater familias* (1). Pero no era igual la decisión, tratándose del tutor legítimo ó dativo, pues en este caso y á juzgar por el conjunto de los textos, no cabían ni condición ni plazo para una función que, como la tutela, parece requerir la perpetuidad y la unidad (2). ¿Qué decidir á este respecto en el moderno derecho? Laurent califica de ociosa la cuestión, considerando que importa evitar los cambios de tutor, así para la educación de los hijos, como para la administración de los bienes (3). No nos parece, sin embargo, que el solo silencio de la ley francesa sea razón suficiente para proscribir las tutelas condicionales ó á plazo, y la opinión entre los comentadores está de tal manera dividida, que pueden señalarse tantos sufragios por uno como por otro lado (4). Demolombe asienta la doctrina de que el Consejo de familia es en definitiva, quien debe decidir si la tutela condicional ó á plazo, encomendada á determinado individuo por el testador, ha de subsistir ó no, según lo dicten los intereses del incapacitado (5). Lo que, sin duda, no pasa de ser una opinión prestigiada por el nombre de su autor, ha pasado á nuestra legislación nacional, al rango de un texto obligatorio, como es de notarse en los arts. 336 del Código del Estado de México, 389 del de Veracruz, que se refieren al consejo de familia y 341 del Código de Tlaxcala, que sólo habla del tutor, estableciendo que el Juez, ya sea con aquel ó con éste, debe consultar, si las condiciones y demás modalidades establecidas por el testador para el ejercicio de la tutela, son convenientes ó dañosas á los intereses del menor. En los Códigos del Distrito Federal, si

(1) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 8, § 1.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 14, § 3.—De la Serna, *Derecho romano*, tom. 1, lib. 1, tít. 14, § 3.—Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 619.—*Part. 6.*^a, tít. 16, l. 8.—Gutiérrez Fernández, *Códigos fundamentales* lib. 1, cap. 5, art. 2, § 2.—De la Serna y Montalvan, *Derecho civil de España*, tom. 1, núm. 277.

(2) Toullier, tom. 2, núm. 1105.—Duranton, tom. 3, núm. 439.—*Moulé, Des tuteles*, 1.^{er} part., pág. 312.

(3) Laurent, tom. 4, núm. 370

(4) Dalloz, *Rep. "minorité"*, núms. 128, 159 y 160.

(5) Demolombe, tom. 7, núm. 230.

bien no se contiene una disposición tan expresa sobre el punto que nos ocupa, existe el reconocimiento de la facultad que al testador asiste para poner al nombramiento de tutor condiciones ó plazos, para cuyo evento el Juez debe proveer de tutor interino al menor, y aún puede invocarse, principalmente si se trata del Código vigente en el Distrito Federal, la muy importante circunstancia de que éste reconoce la omnimoda soberanía del testador, para imponer condiciones en orden á la disposición de sus bienes, después de la muerte. Tal es la solución consagrada por nuestros Códigos, que en su respetó al derecho de propiedad, y ya que la tutela se refiere también á la administración de los bienes, han querido que su propietario pueda establecer condiciones y plazos aún después de su muerte. La ley, en efecto, debe, en cuanto sea compatible con la libertad humana, consentir en esta disposición de ultratumba, que es en último análisis la sanción del derecho inviolable y eterno del propietario, más allá de los límites de esta vida. ¿Por qué no habría de respetarse lo que el testador ha establecido en la expresión auténtica de su última voluntad, para la mejor conservación de los bienes que deja á aquellos con cuyo concurso ó por cuya inspiración los ha adquirido en vida? Todo lo dicho, por de contado debe entenderse en orden á la tutela testamentaria, pues respecto de la legítima y dativa, ya veremos en su oportunidad cuándo debe cesar, para ser reemplazada respecto de la persona que la ejerza, por aquella que se juzgase más conveniente á los fines de una función, que, en definitiva, no tiene otro objeto que reemplazar la patria potestad.

122. La creación del derecho moderno del curador ó protutor, cuyas principales atribuciones se reducen á vigilar la conducta del tutor y á interponerse entre éste y el menor, cuando los intereses de uno y otro estén en oposición, ha producido la necesaria consecuencia de que aquellos cargos, no sólo sean incompatibles en una misma ó idéntica persona, sino también

entre dos que estén ligadas respectivamente por los vínculos de un estrecho parentesco. Inútil es buscar rastros de esta disposición en el derecho antiguo, ni aún en el caso de concurrencia de varios tutores, cuando unos eran considerados como honorarios respecto de los otros, y ejercían también un verdadero poder de vigilancia (núms. 104 y 119). La legislación francesa no contiene sino un sólo precepto (art. 423) acerca de esta materia: según él, el tutor no debe votar por el nombramiento del tutor subrogado, el cual tiene que ser designado entre las personas pertenecientes á aquella de las dos líneas de parentesco á que el tutor fuere extraño. Sólo hay una excepción de este principio: el caso de primos hermanos. Si el menor no tiene parientes sino en la línea del tutor, la tutela subrogada debe ser confiada á un extraño, sin que le valga ninguna excusa para relusar la protutela (1). La excepción establecida respecto de los primos hermanos, se refiere exclusivamente al caso en que el tutor y protutor sean primos hermanos entre sí. Tal es, á lo menos, la interpretación más natural á que se presta el art. 423, aunque debe reconocerse que es generalmente profesada la doctrina de que el texto legal se refiere á la hipótesis de que el tutor y el protutor sean primos hermanos del menor (2). Se establece también con generalidad entre los autores que la excepción del art. 423 se aplica lo mismo á los parientes afines que por la sangre, y muy particularmente á los maridos de primos hermanos.

Nuestro derecho nacional contiene también disposiciones sobre el punto que nos ocupa, más explícitas y terminantes, á no dudarlo, que las del derecho francés. Guardan absoluto

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 421, § 106.—Demolombe, tom. 5, núm. 367.

(2) Duranton, tom. 3, núm. 518.—Marcadé, *sur l'art. 423*, núm. 1.—Taulier, tom. 2, pág. 40.—Aubry et Rau, tom. 1, pág. 421.—Por la primera interpretación: Laurent, tom. 4, núm. 425.—Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 893.—Demolombe, tom. 7, núm. 369.

silencio sobre la materia los Códigos de Veracruz y de Tlaxcala, no siendo esto de extrañar igualmente en ambos, pues mientras el segundo, como ya lo hemos hecho notar (núm. 111), no habla de curador ó protutor, el primero sí trata de esta institución, cuyo objeto es garantizar mejor la buena conducta del tutor. El Código del Estado de México (art. 361) expresamente declara que el tutor y protutor no pueden ser parientes entre sí por consanguinidad ó afinidad, dentro del tercer grado civil. Los Códigos del Distrito Federal han restringido aún más la prohibición impuesta por razón de parentesco, pues establecen que la tutela y curatela de un incapaz no pueden ser desempeñadas por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado en la línea recta ó dentro del cuarto en la colateral. Por manera que, según el Código del Estado de México, el tutor no puede ser padre del protutor, ni su abuelo, ni su bisabuelo, ó viceversa; pero sí, su tatarabuelo y así sucesivamente en la línea recta. En cuanto á la colateral, el tutor no puede ser hermano del protutor ni su tío, ó viceversa; pero sí, su primo hermano, y así sucesivamente también. Respecto del parentesco por afinidad se observan las mismas reglas que en el consanguíneo. Los Códigos del Distrito Federal extienden, sin límite, la prohibición en la línea recta, comprendiendo, por lo que hace á la colateral, hasta el cuarto grado ó sea á los primos hermanos, fuera de los cuales dicha prohibición cesa (1). De esta exposición de nuestros Códigos debe inferirse desde luego, cómo ellos han evitado, con toda claridad, la duda á que hemos aludido en orden á la legislación francesa con respecto á si el parentesco de que aquí se trata, debía ser del tutor ó protutor con el menor, ó sólo de los dos primeros entre sí. Los mismos Códigos del Distrito Federal, llevando hasta el extremo las precauciones con que han querido asegurar el buen desempeño de la tutela, declaran que este cargo y el de

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 307 y siguientes.

protutor ó curador no pueden ser ejercidos por una misma persona. Tal declaración merece sin duda el calificativo de redundante, pues la dualidad de las personas para aquellos distintos cargos, se impone por la naturaleza de las funciones encomendadas al curador, sin que haya una sola de éstas que aparezca compatible con la tutela (arts. 436 y 437 del Código de 1870, y 409 y 410 del actual). Y sin duda por este motivo nuestras demás leyes no contienen disposición semejante.

123. Los diversos orígenes que tiene la tutela, han sido tomados en cuenta por algunas legislaciones, para clasificar en cuatro especies aquel cargo. En efecto, si el testador, como lo hemos manifestado ántes (núm. 119), tiene derecho de nombrar tutor, unas veces en ejercicio de la patria potestad, otras, aún siendo un extraño por el solo hecho de dejar bienes á un incapaz ó menor de edad, para después de su muerte, claro es que ese origen de la tutela tiene que imprimir su nombre á la función civil que de aquel deriva. Y como desde la legislación romana se ha creído que entraba en el poder del propietario poner condiciones para la transmisión de los bienes después de la muerte, la tutela testamentaria es el primer tipo que se presenta en la materia, no viniendo ocasión para las otras tutelas, sino á falta de ésta, como si la ley hubiera querido ante todo respetar la voluntad del testador en la designación de la persona que ha de hacer sus veces después de la muerte, de la misma manera que la respeta tratándose de los bienes. Si tal ocasión llega, puede suceder una de dos cosas: ó bien que haya parientes de los llamados por la ley para el ejercicio de la tutela, ó bien que tales parientes no existan. Si lo primero, interpretándose siempre la voluntad del testador, la ley designa entre ellos el que ha de servir la tutela; si lo segundo, el Juez en algunas legislaciones, el consejo de familia en otras, hace el nombramiento de tutor, ó confirma el hecho por el menor, con tal de que éste haya cumplido cierta edad. Tales son los tres orígenes de la tutela á que debe agregarse el exclusivamente

judicial para el caso de las tutelas interinas (1). Estas simples indicaciones creemos bastantes por el momento, á reserva de ampliarlos cuando nos ocupémos en particular del estudio de cada una de dichas tutelas. De nuestros Códigos sólo los del Distrito Federal y de Tlaxcala mencionan en sus *generalidades* sobre la materia que nos ocupa la cuádruple clasificación de la tutela. (arts. 307 de Tlaxcala, 447 del Distrito federal de 1870 y 413 del actual).

124. Una de las más importantes condiciones para que la tutela exista, tiene que ser, sin duda alguna, que se halle perfectamente comprobado que es llegado el caso de ser aquella necesaria, ya porque se trate de un menor de edad, ora de un incapacitado á quien sería peligroso para él mismo y aún para la sociedad permitir que ejecutase libremente los actos de la vida civil. Esa comprobación establecida conforme á la ley, es lo que se llama en el lenguaje de la ciencia declaración de *interdicción*, ó simplemente de *estado*, como si con esta locución genérica se hubiera querido dar á entender que la minoridad ó la incapacidad mental constituyen la materia *sine qua non* de la tutela. Si en orden á la primera, quizá por ser patente é indudable, ya que consistía, según lo hemos expuesto, en no haber cumplido la persona catorce años, si era hombre, ó doce si era mujer, el antiguo derecho romano y pátrio no nos ha transmitido ningunas reglas para la declaración de estado; lo contrario se observa respecto de la incapacidad mental, que debía ser previamente establecida, mediante los procedimientos que en concepto de los legisladores debían de disipar toda duda acerca de su existencia, y evitar los abusos y atentados á que las pasiones, sobre todo la codicia, podían arrastrar.

En efecto, según el derecho romano, la interdicción debía ser decretada con conocimiento plenisimo de causa, y con empla-

(1) Sentencia de la 4.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de 25 de Enero de 1881, considerando 7.º [El Foro, tom. 16, núm. 52.]

zamiento, audiencia y citación de las personas á quienes aquella interesaba, no menos que nombrándosele previamente curador *ad litem* al presente incapacitado (1). Este mismo sistema fué seguido por la jurisprudencia española, la cual, á falta de textos expresos en las leyes, obedeció las indicaciones que le aconsejaba la prudencia en cada caso particular (2).

En derecho francés no se habla de procedimiento alguno para la interdicción del menor de edad, que se supone en rigor fuera de los alcances de ella, porque sus facultades mentales están en incesante desarrollo, sin que su estado meramente incompleto haga necesario otra cosa que la intervención complementaria del tutor (3). La interdicción, pues, solamente ha sido establecida para los enajenados, y á esta idea responden los arts. 490 á 502 y 505 del Código de Napoleón. Estos textos se ocupan de las personas que pueden pedir la interdicción, contra quién, según que el incapacitado sea menor ó mayor de edad, ante qué Tribunal, de las formas que deben observarse para la declaración de estado, en orden á las pruebas de los hechos de imbecilidad, demencia ó furor y de las obligaciones que en este caso incumben al Consejo de familia.

Análogo sistema han seguido entre nosotros los Códigos de Veracruz y Estado de México, los cuales tampoco tratan de la declaración de estado ó de la interdicción, sino en orden á la incapacidad por razón de locura, tomada esta palabra en su sentido genérico. Pero los dos Códigos del Distrito Federal (4) y el de Tlaxcala han considerado que también la minoridad debe ser previamente establecida para que se defiera la

(1) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 6.—Godofredo, nota á esta ley.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 3.—*Dig.*, lib. 24, tít. 3, l. 22, § 8 *initio*.—*Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 23, § 4.—*Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 1.

(2) Serna y Montalvan, lib. 1, tít. 6, núm. 287.—Sentencia de la Excm. 1.^a Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, de 20 de Junio 1851. [Gacet. de Trib., tom. 1, pág. 513].

(3) Laurent, tom. 5, núm. 347.

(4) Sentencia del Juzgado de lo Civil de Guanajuato, sin fecha [Foro, tom. 7, 2.^a época, núm. 19].

tutela (arts. 449 del Código de 1870, 414 del actual y 308 del de Tlaxcala). ¿Cuáles sean los procedimientos que deban observarse según estas varias legislaciones para la declaración de estado en uno ó en otro caso?—Materia es ésta que una innegable razón de método ha hecho excluir del Código que comentamos, y que se encuentra extensamente tratada en los Códigos de los otros Estados de la República, lo cual no ha impedido que de ella también se ocupen las leyes respectivas de Procedimientos. Aprobando, como aprobamos, la reforma llevada á cabo por nuestro legislador de 1884, debemos limitarnos á indicar los textos que establecen dichos procedimientos.

Esos textos son: en el Código del Estado de México, los arts. 484 á 493 y 514; en el Código de Veracruz, los arts. 535 á 538 y 562; en el Código del Distrito Federal de 1870, los arts. 450 á 461 y 477 á 479; y en el de Tlaxcala, los arts. 309 á 311.

125. El Código vigente en el Distrito Federal se ocupa en los arts. 418 y 419 de la duración de la tutela y de la interdicción; pero de ésto trataremos al comentar el cap. 13 sobre *extinción de la tutela*.

CAPITULO II.

Del estado de interdicción.

Art. 420. Son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los menores de edad y por los demás sujetos á interdicción, antes del nombramiento del tutor, aunque sea interino, si la menor edad ó la causa de la interdicción eran patentes y notorias en la época en que se ejecutó el acto administrativo ó se celebró el contrato.

Art. 421. Son nulos igualmente los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad no emancipados, después del nombramiento del tutor, si éste no los autoriza.

Art. 422. Lo son también los de los menores emancipados, que sean contrarios á las restricciones legales.

Art. 423. Por último, son nulos todos los actos y contratos de los demás incapacitados, posteriores al nombramiento de tutor interino, si no son autorizados por éste ó por el tutor definitivo en su caso.

Art. 424. La nulidad á que se refieren los artículos anteriores, sólo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación, ni por los comuneros en ella.

Art. 425. La acción para pedir la nulidad prescribe en los mis-

mos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

Art. 426. Los menores de edad no pueden alegar la nulidad de que hablan los arts. 420 á 423, en las obligaciones que hubieren contraído sobre materias propias de la profesión ó arte en que sean peritos.

Art. 427. Tampoco pueden alegarla los menores, si han presentado certificados falsos del registro civil, para hacerse pasar por mayores, ó han manifestado dolosamente que eran mayores.

SECCION II.

126. En virtud de la reforma de que antes hicimos mérito, llevada á cabo por el legislador del Distrito Federal en 1884, (núm. 124), el *estado de interdicción* no es considerado en el Código que sirve de base á nuestro comentario, sino desde el punto de vista de la validez ó nulidad de los actos practicados por el que está ó debe estar sujeto á tutela. Vamos, pues, á ocuparnos de esta materia, que está íntimamente ligada con la administración de la tutela, objeto de un comentario posterior, ya que debemos arreglarnos, en cuanto sea compatible con el método y la claridad, al sistema seguido por el legislador. Como en el derecho romano, después de dividirse la edad del hombre en dos grandes épocas que se llamaban *impubertad* y *pubertad*, correspondiendo la primera, según lo hemos expuesto en otra parte (núms. 99 y 101), á la edad de catorce y doce años, y abrazando la segunda todo el tiempo transcurrido desde esa edad hasta los veinticinco años, dentro todavía de la menor edad, pues desde entónces solamente era considerado el hombre en toda la plenitud de su desarrollo físico y moral; una atenta observación de la naturaleza humana inspiró á los jurisconsultos romanos la idea de descomponer, por explicarnos así, aún la primera época en dos partes, que se denominaban *infancia*, y *mayor edad de infancia*. En la primera se halla-

ba el hombre desde su nacimiento hasta cumplir los siete años; y eran mayores de infancia los que, teniendo ya esta edad, caminaban á los catorce ó á los doce años, según el sexo. De los primeros se decía que eran incapaces aún de hablar: *qui fari non possunt*, aplicándose á los segundos la proposición contraria: *qui fari possunt*. El menor de edad, que se hallaba en la infancia, como nada podía hacer por sí, era preciso que el tutor obrase siempre por él, aún en aquellos actos que exigían la intervención personal del pupilo: (*infans nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quod agit*) (1). Pero si éste se encontraba en la mayoría de infancia, se entraba por la jurisprudencia en la distinción sobre la naturaleza de los actos del sujeto á tutela, para saber cuáles podían ser ejecutados por él, sin la asistencia del tutor, y cuáles requerían imprescindiblemente esta condición, pues entonces se había creído deber interpretar la ley más benignamente: *benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant quod pubertate proximi*. Al efecto, se asentaba un principio que podemos llamar fundamental en esta materia: los pupilos podían, sin la autorización de su tutor, hacer su condición *mejor*; pero no hacerla *peor*. La razón era que para actos cuyo resultado era el primero, no se necesitaba sino alguna inteligencia (*aliquem intellectum*); mientras que para los del segundo, era indispensable una madura reflexión y cierto poder de cálculo, que permitiese estimar, si eran mayores los provechos que las pérdidas en el negocio (*animi judicium*). ¿Cuáles eran los actos de la primera naturaleza, y cuáles los de la segunda? Respecto de éstos, el tutor podía intervenir de dos maneras: ó dejando ejecutar el acto jurídico por el impúber á quien autorizaba (*tutoris auctoritas*), ó ejecutándolo él mismo sin aquel (*tutæ gestio*). Si por regla general el tutor tenía la elección libre entre estos dos modos de intervención (2), estaba obligado á la vía de la autoriza-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 3, tit. 19, § 10.

(2) *Dig.*, lib. 26, tit. 7, l. 1, § 4.—La palabra *autorización*, no significa,

ción, tratándose de actos que por su naturaleza eran personales del pupilo y no admitían por tanto representación (1); y á la vía de la gestión de la tutela, respecto de actos que el pupilo no podía verificar por hallarse enajenado ó ausente, ó por considerarlo así conveniente el tutor (2). Conforme á la regla asentada, los pupilos podían por sí solos recibir una donación, ser libertados de una deuda (3), y en general adquirir para sí, pues todos estos actos, por su naturaleza, solo servían para hacer mejor la condición del pupilo (4). Al contrario, era necesaria la intervención del tutor siempre que se trataba de que el pupilo enajenase lo que le pertenecía, de libertar á su deudor, de pagar á un acreedor, etc., etc., porque en estos y otros actos semejantes, era á lo menos posible algún daño para el sujeto á tutela. En otros términos, y hablando de una manera general, se decía que el pupilo podía *estipular*, porque esto no era sino una manera especial de obligar á los otros hacia sí; pero no podía *prometer*, porque esto importaba una obligación hacia los otros.

127. No se crea, sin embargo, que las obligaciones contraídas por el pupilo sin el requisito de la autorización de su tutor, eran tan radicalmente nulas, que no produjeran ningun efecto ni respecto de él ni de su co-contratante en todos los casos. Un principio, que seguramente fué introducido por la victoria del derecho natural sobre el positivo ó civil, había establecido que nadie pudiera enriquecerse á expensas de otro (5), y conforme

aquí lo que en nuestro moderno lenguaje forense, es decir, un simple permiso, para que álguien haga una cosa, que no podría verificar válidamente sin tal requisito. En derecho romano la *auctoritas* del tutor importaba de toda necesidad su presencia, su concurso en el acto ejecutado por el pupilo, aumentando la persona incompleta de éste: *augebat; auctor fiebat*. (Ortolan, *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21). No es, pues, sino un grave error de Vinnio la afirmación contraria. (*Comentario de las Inst.*, lib. 1, tít. 21).

(1) *Cod.*, lib. 6, tít. 30, l. 5.

(2) Ulpiano, *Reg.* 11, § 25.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 9.—*Cod.*, lib. 5, tít. 59, l. 1.—*Dig.*, lib. 46, tít. 4, l. 2.

(4) *Dig.*, lib. 41, tít. 1, l. 11.

(5) *Dig.*, lib. 50, tít. 17, l. 206.—*Id.* lib. 26, tít. 8, l. 5, § 1.

á él, si, *verbi gratia*, el pupilo había celebrado un contrato de venta, no estaba obligado á entregar la cosa vendida; pero habiendo recibido el precio, sí lo estaba á restituirlo, salvo que lo hubiera perdido, pues lo contrario equivaldría á justificar un evidente despojo. En cuanto al tercero con quien el pupilo hubiera contratado, como el acto no adolecía de ningún vicio respecto de él, no tenía derecho de pedir la rescisión, la cual era puramente relativa al pupilo (1). Como el acto ejecutado por éste sin el requisito que nos ocupa, tenía una verdadera existencia jurídica, pudiendo sólo ser rescindido en lo que le perjudicase, no había ningún inconveniente en que fuese confirmado por él, después de que ya se hubiera hecho capaz (2) ni tampoco en que la obligación que de tal acto resultaba, se garantizase por una hipoteca, ó por fiadores (3), ó fuese revahada por el tutor mismo, ó novada por el impúber (4).

128. De la regla conforme á la cual el pupilo no podía hacer *peor* su condición sin la autorización del tutor, se seguía que no podía por lo mismo hacer *adición de herencia*, pedir *posesión de bienes*, ni recibir una *herencia fideicomisaria*, pues todos estos actos, á pesar de su apariencia lucrativa, importaban obligaciones para el heredero ó poseedor, sin que de ellos pudiera decirse lo que ántes expresamos respecto de los contratos onerosos, porque en éstos no puede negarse que al menos intervenía la voluntad perfecta del co-contratante, mientras que en los que ahora nos ocupan, tendría que obrar sólo la personalidad incompleta del pupilo (5).

129. Si de los sujetos á tutela, pasamos á los que la ley romana sometía á curatela, ya porque fuesen menores de veinticinco años, aunque mayores de catorce ó doce, ora porque estuviesen privados de razón ó fuesen pródigos, encontraremos

(1) Van Wetter, *Droit romain*, tom. 2, § 628.

(2) *Cód.*, lib. 2, tít. 46, l. 2.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 1, l. 25.—*Cód.* lib. 2, tít. 24.

(4) *Dig.*, lib. 39, tít. 5, l. 19, § 4.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21.

análogas disposiciones á las indicadas, con la natural diferencia que imponían por un lado la pubertad y por el otro, la menor suma de poder otorgado por la ley al curador. Este, como lo hemos dicho en otra parte (núm. 101), era dado á los menores púberos, teniendo solamente que *consentir* en sus actos (*consensus*), sin necesidad de interponer su autoridad (*auctoritas*) como el tutor (1). Los menores púberos eran adultos, que tenían una persona civil completa; por consiguiente el curador sólo vigilaba sus actos, ú obrando como cualquier procurador, podía gestionar sus intereses. En cuanto á los enajenados, como eran absolutamente incapaces, nada podían hacer sino por medio de su curador que los reemplazaba en un todo (2). Exceptuábanse los débiles de espíritu y los pródigos á quienes estaban vedados solamente los actos onerosos (3). A los segundos se les permitían, sin embargo, el matrimonio y la aceptación de una herencia, porque entónces no era de temerse la prodigalidad (4).

130. Tanto el menor impúber como el púber *sui juris* gozaban del beneficio de restitución *in integrum* contra los actos que hubieran ejecutado, ya por sí solos, ya con la autorización de su tutor ó con el consentimiento de su curador, ora contra la gestión de uno ú otro, si de ellos les resultaba daño ó perjuicio grave á sus intereses (5). Detengámonos un momento á estudiar este recurso en lo que respecta á los menores. Lo que dis-

(1) Ortolan, *Inst. de Just.*, tom. 1, lib. 1, tít. 23, pág. 300.—Van Weter, *Droit rom*, tom. 2, § 627.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 3, tít. 19, § 8.—*Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 7, *init.*

(3) *Dig.*, lib. 45, tít. 1, l. 6.

(4) *Dig.*, lib. 23, tít. 2, l. 20.—*Id.* lib. 29, tít. 2, l. 5, § 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 29, *init.*—*Id.* lib. 4, tít. 1, l. 8, *init.*—*Cód.*, lib. 2, tít. 25, ll. 2 y 3.—*Id.* lib. 5, tít. 71, l. 11 *in fine.*—*Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 7, § 6.— Véase el apéndice letra A [Lo vasto de esta materia, sobre todo en el antiguo derecho, en donde bastó por sí solo á llenar *in folios* en gran número y de extensísimas proporciones, nos obliga á reducir el presente comentario á lo que juzgamos estrictamente indispensable para la inteligencia de aquella, confiando en que más amplios datos pueden ser recogidos por nuestros lectores en las sentencias que insertamos por vía de apéndice al fin de este volumen.]

tingue la *restitutio in integrum* es su origen pretoriano (1). Tres eran las condiciones para que procediese respecto de los menores: 1.º el daño ó perjuicio sufrido debía ser de importancia á juicio del pretor, porque la *in integrum restitutio* era un recurso excepeional, y el pretor no se ocupaba de reparar daños insignificantes: *de minimis non curat pretor* (2); 2.º no debía el menor haberse hecho pasar fraudulentamente por mayor (3), ni constar que había confirmado el acto por juramento (4). La razón era que, si por regla general el remedio de la restitución no tenía lugar en favor del demandante, cuando el daño ó el perjuicio habían provenido de su falta (5), el pretor había querido proteger á los menores aún en este caso (6), con tal de que su conducta no fuese dolosa ni se faltara á la religión del juramento (7); y 3.º la restitución *in integrum* era un remedio subsidiario, que no se daba sino á falta de otro (8).

131. En general no tenía lugar más que contra la persona que se había inmediatamente aprovechado del acto dañoso ó perjudicial; pero no contra los terceros detentadores, salvo que aquella estuviese insolvente ó que éstos fuesen adquirentes de mala fe (9), porque entónces la acción restitutoria ó resoisoría se volvía *in rem*.—Según el derecho pretoriano la restitución podía ser exigida hasta dentro del año de cumplida la mayor edad; pero en el derecho posterior, ese breve plazo se amplió hasta cuatro años, estableciéndose que después se entendería tácitamente confirmado el acto, y que por lo mismo la pres-

(1) *Dig.*, lib. 50, tit. 1, l. 26, § 1.—*Cód.*, lib. 2, tit. 47, l. 3.

(2) *Dig.*, lib. 4, tit. 1, l. 4.—Véase el apéndice, letra B.

(3) *Cód.*, lib. 2, tit. 43, l. 1.—Véase el apéndice, letra C.

(4) *Cód.*, lib. 2, tit. 28, l. 1.

(5) *Dig.*, lib. 4, tit. 6, l. 16.

(6) *Cód.*, lib. 2, tit. 35, l. 1.

(7) Antonio Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 18.

(8) *Dig.*, lib. 4, tit. 4, l. 16, *init.*—Véase el apéndice, letra D.

(9) *Dig.*, lib. 4, l. 13, § 1.—Ant. Gómez, *de contract. Var. Resol.*, cap. XIV núm. 6.

cripción no empezaría á correr sino á partir del vencimiento de dichos cuatro años (1).

132. Los efectos de la restitución se hallan expresados con toda claridad en la siguiente fórmula de la ley romana: *Restitutio ita facienda est, ut unusquisque in integrum jus suum rescipiat* (2), devolviendo la persona con quien el menor contrató la cosa adquirida aún con sus frutos, y éste á aquella el precio recibido. La denominación, pues, corresponde perfectamente á la casa: *res debet esse integra* (3).

133. La antigua legislación española es fiel trasunto de la romana en toda esta materia, que se ve agrandada y muy minuciosamente explicada en el Código del rey *Sabio*. La misma distinción que hemos notado antes entre el menor impúber y el menor púber; entre la *auctoritas* y la *gestio* del tutor, tanto respecto de actos judiciales como extrajudiciales; su validez, si ellos eran notoriamente ventajosos para el pupilo, y su nulidad, si se trataba de actos onerosos y, en fin, la necesaria presencia del tutor en ellos, cosas son todas de que se trata ampliamente en nuestra legislación pátria, con particularidad en el más grande de sus monumentos ó sea el inmortal Código de las *Siete Partidas* (4). En cuanto á la restitución *in integrum*, nuestros antiguos comentadores la han estudiado en todas las más delicadas cuestiones á que da lugar, como vamos á exponerlo, mencionando al menos las principales.

134. El menor de veinticinco años, púber ó impúber, debía ser restituido en todos los casos en que, habiendo obrado por sí mismo ó con la autoridad de su tutor ó curador, resultaba

(1) *Cód.*, lib. 2, tít. 53, l. 7.

(2) *Dig.*, lib. 4, tít. 4, l. 24, § 4.

(3) Véase el apéndice, letra B.

(4) *Part.* 6, tít. 16, l. 17.—*Part.* 3ª, tít. 7, l. 2.—*Part.* id. tít. 2, l. 11.—*Part.* 5, tít. 2, l. 4.—*Part.* id., tít. 14, l. 4.—*Part.* id., tít. 11, l. 4.—Bartolo, *in leg. Marcellus, de fidejussor.*—*Id.* *in leg. fin.* § *si pupillus* en el tít. del *Cód. de integ. restit.*—*Id.* *in leg. 1, de Novat.*—Sánchez, *de matrim.* lib. 6, disp. 33.—Molina, *de Justitia*, tom. 1, disp. 224.—Pichardo, *de Auct. tut.*—Hermosilla *in leg.* 3, tít. 1. *Part.* 5, gloss. 4, núms. 1 y sig. y l. 5, gloss. 1.

lesionado, no sólo en el sentido de daño (*damno emergente*), sino aún en el de perjuicio (*lucro cessante*). De este principio se deducía que si el menor se pretendía lesionado en un contrato de compra-venta, de arrendamiento, de sociedad ó en cualquiera otro oneroso, procedía el remedio restitutorio en sentido favorable al pupilo. Supóngase que éste había celebrado un contrato que no le convenía; el contrato se tenía por no hecho. Pero si la lesión era relativa al precio, ya porque el menor hubiese vendido á uno inferior, ya porque hubiera comprado á uno mayor que el conveniente para sus intereses, la restitución tenía lugar, no contra el contrato, sino contra el precio (1).

135. De la misma manera se decidía que el menor gozaba de beneficio de la restitución cuando hubiera renunciado tácita ó expresamente el término probatorio en un juicio (2). El beneficio procedía tambien en favor del menor contra sentencia definitiva en causa civil ó criminal que le hubiera inferido lesión, ya por error ó impericia del juez, ora por culpa ó facilidad del menor (3). El menor no debía de probar en cualquiera de estos casos, sino que era menor y que había sido lesionado. Ocurría, sin embargo, la duda sobre si la restitución procedía aún en favor del menor que fuese Doctor ó Abogado, y unánimemente se asentaba lo contrario conforme al principio: *malitia supplet aetatem* (4). El mismo carácter de subsidiario que tenía el remedio de la restitución, no podía ménos que producir la consecuencia de que, siendo como era establecida principalmente en contra del co-contratante del menor ó incapacitado, no se hiciese efectivo sino despues del recurso ordina-

(1) Ant. Gómez, *Var. Resol. de restit. minor*, cap. XIV, núm. 1.---Contra, *Morla, Emporio*, tít. 5, quæst. 1, núm. 30.

(2) *Recop.*, lib. 4, tít. 8, l. 6.---Antonio Gómez, *Var. Resol.*, cap. XIV, núm. 5.

(3) *Part.* 3, tít. 56, ll. 1, 2 y 3.---Véase el apéndice, letra D.

(4) *Raz, Praxis*, tom. 1, tempor. 8, núm. 115.---Cevallos, *quæst.* 805.

rio sobre reintegración del daño ó perjuicio en contra del tutor ó curador, salvo que por culpa de éstos hubiera sido lesionado aquel, pues entonces las leyes concedían una perfecta elección al menor, llevando siempre la mira de que le fuesen reparados dichos daños ó perjuicios de la manera más pronta y eficaz (1).

136. La esencia de los principios del antiguo derecho en orden á la validez ó nulidad de los actos del sujeto á tutela, debe reconocerse que ha sido recogida por la legislación moderna, no siendo las diferencias que pudieran señalarse, sino de mera forma en la generalidad de los casos, pues el fondo se ha conservado inalterable. En efecto, ¿qué importa que la *auctoritas* de una ley que, como la romana, daba tanta importancia á las formas y solemnidades de los actos, haya sido reemplazada en el moderno derecho, menos pagado que aquella de las palabras, por un verdadero mandato general en virtud del cual el tutor resulta el representante omnímodo del pupilo? La causa que ha hecho necesaria la tutela, es la misma en el uno y en el otro sistema, pues vemos que en ambos se trata de proveer á la inexperiencia é incapacidad del pupilo, por medio de la intervención de otra persona que, unas veces obrando como mero auxiliar de aquel, otras sustituyéndosele por completo, llena igualmente los fines de la institución. Y tal es, en verdad, la principal diferencia que separa entre sí los dos criterios á que ha obedecido el natural y justísimo afán del legislador, para que no queden abandonados á sí mismos todos aquellos seres en quienes la menor edad ó alguna enfermedad están indicando, á falta de la natural tutela de sus padres, la necesidad de que un extraño haga sus veces. Así, no puede ser más sencillo el art. 450 del Código de Napoleón, que dice: El tutor cuidará de la persona del menor, y lo representará en todos los actos civiles, administrando sus bienes como buen

(1) *Part.* 6, tít. 19, l. 2, y *glos.* de Greg. López.—Gutiérrez Fernández, *Códigos*, tom. 1, lib. 1, cap. 5, § 13, art. 1.—Febrero Mexicano, tom. 1, lib. 1, tít. 10, cap. 6, núm. 3.

padre de familia — La omnipotencia del tutor es, pues, la regla; su incapacidad, ó sea la capacidad del pupilo, es la excepción (1).

A reserva de exponer después más ampliamente las condiciones con que la ley francesa ha establecido que el tutor y el menor ó incapacitado se conduzcan respectivamente durante la tutela, nos limitamos por el momento á consignar que se pueden clasificar en cinco grupos los actos relativos al patrimonio del sujeto á tutela. El primero comprende aquellos que el tutor puede ejecutar solo; el segundo, aquellos que exigen la autorización del Consejo de familia; el tercero, los que exigen la autorización del Consejo de familia y la homologación del Tribunal; el cuarto, los que además de estas condiciones, exigen ciertas formalidades particulares, y el quinto, los que son prohibidos al tutor. Fuera de estos actos, no quedan en el sistema del Código de Napoleón, sino aquellos que por su naturaleza no pueden menos que ser ejecutados personalmente por el menor mismo, sin que en éstos ni en aquellos deba admitirse algo parecido á la antigua *cuctoritas* de la ley romana. En otros términos, el sistema francés hace desaparecer por completo la personalidad del menor, debiendo surgir en su lugar el tutor, salvo, repetimos, muy contados actos que la ley determina de un modo claro y preciso. Estos actos personalísimos del menor son: primero, el matrimonio á los diez y ocho ó á los quince años (art. 144); segundo, las capitulaciones matrimoniales (arts. 1387 y 1398); tercero, el testamento, á la edad de diez y seis años (arts. 904, 905 y 226); cuarto, el reconocimiento de un hijo natural (arts. 336, 337 y 339); quinto, el enganche militar, si el menor tuviere veinte años, etc., etc. Pero por de contado que ningunos actos puede ejecutar válidamente el menor ántes de las edades señaladas.

137. ¿Cuál es la suerte de los actos ejecutados, sea por el tutor,

(1) Arré s: Cass. 3. Fev. 1873.—(Sirey, 1873--1--61).

sea por el menor solo, cuando, conforme á la ley, debieran serlo por el tutor? Pocos puntos han dado margen en el Derecho francés á mayores controversias, que éste, á causa sin duda de lo defectuoso de los textos aplicables. Dos sistemas se dividen el campo de la cuestión, y en ambos viene á palparse, como consecuencia de haberse hecho desaparecer la diferencia romana entre el menor y el pupilo, el cambio más radical operado por el derecho moderno sobre el antiguo. Según un primer sistema, siempre que el menor no emancipado hubiera ejecutado un acto, que no podía serlo sino por su tutor, hay lugar á la rescisión ó restitución, si además de tal circunstancia se verifica la de haber habido lesión: *minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam lesus* (art. 1305 del Cod. de Napoleón). En cuanto á los actos ejecutados por el tutor con todas las formalidades que la ley prescribe, su validez es incontestable, aun cuando hubiera habido lesión, y obligan al menor lo mismo que al co-contratante, sin perjuicio de la acción de aquel por daños y perjuicios contra el tutor: *factum tutoris, factum pupilli* (art. 450 del mismo Código). Este sistema está apoyado en Francia por el mayor número de sufragios, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia (1).

El segundo es el que ha introducido en el derecho moderno la distinción entre la nulidad por falta de forma, y la rescisión por lesión. Como los menores son *incapaces*, se dice, resulta que siempre que un menor no emancipado, bajo la obligación, por consiguiente, de ser representado por su tutor, hubiera ejecutado por sí mismo un acto cualquiera, habría lugar á nulidad, y el menor podría hacer anular el acto, por la sola razón de

(1) Proudhon *sur Valette*, tom. 2. chap. 16, sec. 2.—Merlin *Quest. de droit*, "Hypothèque."—Duranton, tom. 10, núm. 273.—Marcadé *sur l'art. 1305*.—Demolombe, tom. 7, núms. 818 y 821.—Moli-or, *Obligat.* tom. 1, núm. 41.—Fenet, tom. 13, pág. 288.—Larombière, *des Obligat.* tom. 4, núm. 11.—Arrêts: Cass. 18 juin. 1844 (Dev. 1844, 1, 497); 8 Août 1859 (Dalloz 1860, 1, 460).—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1157 y 1158.—Laurent, tom. 16, núms. 24 á 34 y 45 á 48.

de que emanaba de él; es decir, de un incapaz para contratar. Si al contrario, el acto es regular; si ha sido ejecutado por el representante legal del menor no emanciparlo, hay lugar á la restitución por lesión (1). Este sistema descansa sobre la verdadera naturaleza de la representación tutelar en el derecho francés, la cual, como ántes dijimos, consiste en una completa sustitución de la persona del pupilo por la del tutor, y en la interpretación literal de los arts. 1108, 1124 y 1125 del Código francés.

138. Sea de esto lo que fuere, y ya que, como acabamos de ver, en el uno y el otro sistema se reconoce al menor el derecho de ser restituido en caso de lesión, resulta que dos cosas debe probar éste para lograr su intento; la primera es su menor edad, y la segunda es la lesión (2).

139. Pero ¿en qué ha de consistir la prueba de la lesión? A falta de un texto expreso en el Código francés, la jurisprudencia ha establecido que la cuestión sobre si el menor ha sido ó no lesionado, debe ser decidida segun las circunstancias, la naturaleza de los compromisos, la condición social y los elementos pecuniarios del menor (3).

140. Segun el art. 1306, "el menor no es restituible por causa de lesión, cuando no resulta sino de un hecho casual ó imprevisto." Una sentencia nos suministra ejemplo de la especie á que este texto se refiere: un menor celebra un contrato de reemplazo á un precio elevadísimo, porque era tiempo de guerra. Poco despues se hace la paz, y el menor pide la rescisión del contrato por lesión; la demanda fué rechazada, porque el precio que se habia pagado, no excedía del justo en la época del contrato, y porque si la terminación de la guerra hizo bajar súbita-

(1) Troplong *des hypothèques*, tom. 2, núm. 488.—Toullier, tom. 6, núm. 105.—Troplong *de la Vente* núm. 156.

(2) Laurent, tom. 18, núm. 536.

(3) Mourlon, tom. 2, pág. 798, núm. 1510.—Arrêts: Bruxelles, 20 pluviöse, an 13; Dalloz, *Rep. "Obligation"*, núm. 2907, Paris, 20 avr. 1822 (Id. id., núm. 2906).

mente el precio de aquel servicio, era por efecto de un acontecimiento independiente de la voluntad de las partes y no sujeto á su previsión (1).

141. Como la ley romana, la francesa no entiende conceder restitución al menor sino por lesiones de importancia, y así se ha practicado en la jurisprudencia desde la época del derecho consuetudinario (2). "La simple lesión," frase contenida en el art. 1305 del Código de Napoleón, importa, pues, en el sentido de la jurisprudencia y de la doctrina, un daño notable cuya calificación toca al juez hacer (3).

Como los demás aspectos bajo los cuales es considerada la restitución *in integrum* por la ley francesa, coinciden en más de un punto con aquel de nuestros Códigos nacionales que, como despues veremos, exclusivamente trata de aquella, nos reservamos hacer su estudio para más adelante, teniendo entonces ocasión oportuna de exponer ambas legislaciones sobre esta materia. Otro tanto decimos en orden á la validez ó nulidad de los actos del incapacitado.

142. Entre nosotros el papel del tutor en orden á los actos del menor, es el mismo que hemos descrito al presentar la legislación francesa en toda su absoluta sencillez, libre del formulismo romano, conforme al cual el menor sujeto á tutela gozaba de una personalidad jurídica, ni tan perfecta que hiciese innecesaria la intervención del tutor; pero tampoco tan nula que no se le considerase capaz de figurar como actor principal é indispensable en los contratos (núm. 126). Ese término medio de la *auctoritas* que solo alcanza á comprender una profunda sutileza, tenia que determinarse clara y precisamente en los Códigos modernos ante cuyo criterio exigente y práctico ninguna

(1) Marcadé *sur l'art. 1305*.—Larombière, *sur l'art. 1306*, núm. 2.—Arrêt: Bourges, 8. Mars. 1815.—(Dalloz, *Rep.* "Obligat." núm. 2912.)

(2) Coutume de Berri, tit. 2, art. 4.

(3) Jaubert, *Discours au Tribunal* (Loché, tom. 6, pág. 219).—Toullier, tom. 4 núm. 677.—Larombière *sur l'art. 1305*, núm. 16.

institución jurídica valía la pena de ser conservada, si no respondía á una realidad tangible de la vida social. El legislador de nuestros días, hallándose en presencia de seres incapaces por razón de edad, y convencido de que sólo desde la de veintiún años en adelante, lo mismo el hombre que la mujer, alcanzan la plenitud de su capacidad física é intelectual, no podía consentir que se fuese capaz é incapaz al mismo tiempo, con aptitud jurídica en un sentido é ineptitud innegable en otro, persona completa para los actos de la vida civil, y sin embargo deficiente hasta el extremo de requerir el complemento del tutor. Todas estas vaguedades se desvanecieron al golpe del art. 450 francés de que son un eco en nuestra legislación nacional los arts. 442 del Código de Veracruz, 400 del de Estado de México, 385 del de Tlaxcala, 594 del del Distrito Federal de 1870 y 497 del actual, según todos los cuales el tutor representa al menor en juicio y fuera de él en todos los actos civiles, con excepción del matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros de la misma clase.

143. De esta organización de la tutela no podía menos que brotar la consecuencia, de que son nulos todos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores de edad, no emancipados, después del nombramiento de tutor, si no consta que éste los había autorizado. Tal es el texto de los arts. 326 del Código de Tlaxcala, 513 del del Distrito Federal de 1870, y 421 del actual. El mismo principio se encuentra consignado en los Códigos de Veracruz (art. 483), y de Estado de México (art. 436), si bien expresado en diferente forma, comprendiendo la intervención del consejo de familia, institución que estas legislaciones han tomado de la francesa. Si á esto se agrega que igual prescripción se encuentra en nuestros Códigos con respecto á los incapacitados (arts. 495 de Estado de México, 545 de Veracruz, 329 de Tlaxcala, 515 del Distrito federal de 1870 y 423 del actual) no podrá menos que reconocerse cómo nuestros legisladores se

han guiado en esta materia por el sistema que en Francia, defendieron juristas tan eminentes como Troplong y Toullier (núm. 137), y que hace derivar la nulidad de los actos del sujeto á tutela, independientemente de toda lesión, de la sola circunstancia de incapacidad por causa de menor edad ó de enfermedad.

144. Mas ¿qué decir respecto de los actos ejecutados por el menor ó por el incapacitado antes del nombramiento de tutor? En derecho romano la cuestión apenas podía ser propuesta, siendo unánimes las leyes lo mismo que sus comentaristas en el sentido de que la interdicción no podía tener efecto sino desde el día de la sentencia que la pronunciara, pues hasta entonces se podía afirmar que los actos adolecían, sin asomo de duda, del vicio de incapacidad por parte del agente (1). Aunque la legislación española nada contiene expreso á este respecto, es probable que los tribunales hayan seguido el mismo principio en orden á la incapacidad por causa de locura. En el derecho moderno francés es de creerse que las opiniones se hayan dividido con respecto á la menor edad, pues ya hemos visto (núm. 137), cómo, según un sistema, los actos del menor sujeto á tutela, y ejecutados por sí solo, eran nulos por razón de incapacidad, conforme á las reglas generales de los contratos; mientras que según otro, solo eran anulables, si había habido lesión. Respecto del menor, no sujeto todavía á tutela, el Código de Napoleón no contiene ningún texto expreso, como el relativo á los sujetos á interdicción por causa de locura. El art. 503 dice, en efecto, que los actos anteriores á la interdicción podrán ser anulados, si la causa de la interdicción existía notoriamente en la época en que estos actos han sido ejecutados. Desde luego se advierte que el legislador francés ha procurado establecer una perfecta diferencia entre los actos del incapacitado después de la declaración de interdicción y sin la autorización

(1) *Dig.*, lib. 28, tit. 1, l. 18.—*Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 12, § 1.

de la persona que deba darla, y los actos del mismo incapacitado, anteriores á dicha declaración. Los primeros son nulos de pleno derecho, sin que valga ninguna prueba dirigida á establecer que dichos actos han sido llevados á cabo á lo menos en un intervalo lúcido (1). Los segundos son meramente anulables, correspondiendo á la persona que entabla la acción contra ellos, probar no solamente el estado de demencia simultáneamente al acto, sino tambien su notoriedad (2). Nuestro derecho contiene análoga disposición con las diferencias que siguen. El Código de Veracruz ni en los principios generales sobre validez de los contratos, contiene nada en orden al punto que exponemos. El de Estado de México se expresa en el art. 495, segunda parte, como el 503 francés. Los del Distrito federal (arts. 511 del de 1870 y 420 del actual) y el de Tlaxcala (art. 328) declaran solemnemente que son nulos todos los actos de administración ejecutados y todos los contratos celebrados por los menores de edad y por los demás sujetos á interdicción, antes del nombramiento del tutor, aunque sea interino, si la menor edad ó la causa de la interdicción eran patentes y notorias, en la época en que se ejecutó el acto administrativo ó se celebró el contrato. A muy importantes comentarios dan lugar estas disposiciones de nuestro derecho, tanto sobre la clase de actos á que se refieren, como á las condiciones y efectos de la nulidad que pronuncian.

145. Desde luego ocurre preguntar: ¿la nulidad tanto de los actos posteriores al nombramiento de tutor y ejecutados por el sujeto á tutela sin la autorización de aquel, como de los anteriores á dicho nombramiento, se refiere á toda clase de actos? En cuanto á los menores, indudablemente que no, pues ya queda dicho que la autorización tutelar solo es necesaria para los

(1) Aubry et Rau, tom. 1, pág. 522, § 127.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 987.

(2) Laurent, tom. 5, núm. 314.—Demolombe, tom. 8, núm. 655.

actos relativos á la gestión del patrimonio, quedando fuera de su alcance los actos morales cuya naturaleza exige la intervención personal del interesado (núm. 142). Muy claramente se desprende esto de los términos mismos de que se han servido sobre el particular nuestros legisladores. Por consiguiente, tratándose de actos como el matrimonio, el reconocimiento de hijos, el testamento y otros análogos, debe decirse que son válidos, aun los ejecutados por el menor posteriormente al nombramiento de tutor y sin su autorización, porque ésta no es necesaria en tales actos (1). En cuanto á los incapacitados, debemos distinguir con toda claridad los dos sistemas que hasta la fecha se han dividido el imperio de nuestra legislación, pues algunos de nuestros Códigos aceptan la interdicción parcial, y otros establecen que la interdicción tiene siempre que ser absoluta. Si, pues, tratándose aun de actos personalísimos del incapacitado, anteriores al nombramiento de tutor, debe decirse que todas nuestras leyes, excepto el Código de Veracruz, los someten, en cuanto á su validez ó nulidad, á los principios generales que rigen cada uno de esos actos (2); si se trata de estos mismos, pero ejecutados posteriormente á la declaración de interdicción, serán nulos ó válidos según la ley á que deban sujetarse. Vamos á explicarnos. Como lo hemos expuesto en otra parte (3), hasta hace muy poco tiempo ha venido la ciencia de la patología mental á establecer el principio de que las facultades del entendimiento y de la voluntad, aunque distintas en la exposición que de ellas han hecho siempre los tratadistas, forman un todo armónico é inseparable en la acción, que siempre resulta un efecto complejo de las unas y de las otras. Esta idea que hoy ya apenas se discute, porque ha salido radiante de luz del crisol incontestable de reiteradas

(1) Véanse los tomos III, núm. 380, y IV, núm. 193 de esta obra.

(2) Véase el apéndice, letra E.

(3) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 212 y siguientes.

observaciones psicológicas, no era la aceptada por el antiguo derecho, ni lo es todavía en el moderno por todos los Códigos vigentes. A la par del francés, que en su art. 499 reconoce la posibilidad de que el enfermo mental sea incapaz para ciertos actos ó para todos, y capaz para otros, los nuestros del Estado de Veracruz (arts. 539 y 540), de Estado de México (arts. 488 y 489), de Tlaxcala (art. 333) y del Distrito Federal de 1870 (arts. 466, 467 y 515) expresan esa misma posibilidad, y de aquí resulta que los actos del incapacitado, sujeto á tutela y ejecutados sin la autorización del tutor, serán ó no válidos, según que se ajusten ó no á las restricciones marcadas en la sentencia de interdicción. (1) El Código actual del Distrito Federal, poniéndose de acuerdo con las últimas revelaciones de la ciencia y sobre todo procurando hacer descansar los derechos y las obligaciones del hombre en una base fija y segura, se ha separado del primitivo sistema, y al efecto proclama de una manera absoluta (art. 423) que son nulos *todos* los actos y contratos de los incapacitados, posteriores al nombramiento de tutor interino, si no son autorizados por éste, ó por el tutor definitivo en su caso.

146. Respecto de los actos del incapacitado, anteriores al nombramiento de tutor, es muy de notarse la diversa redacción que respectivamente emplean los Códigos que de esto tratan. En efecto, mientras los dos del Distrito Federal y el de Tlaxcala se sirven de la frase: *son nulos*, para calificar esos actos, el Código de Estado de México dice que *podrán ser anulados*. Así se expresa también el Código de Napoleón, y fuerza es reconocer que no ha sido una misma la idea expresada por todas estas legislaciones. La diferencia se explica atendiendo siempre al concepto científico de la locura aceptado por unas y otras. Para una ley, que parte del supuesto de que la locura nunca puede ser parcial, lógico es que sean nulos los actos del inca-

(1) Véase el apéndice, letra F.

pacitado, sin necesidad de averiguar previamente las varias circunstancias que pueden modificar las perturbaciones mentales. En cambio, ante una legislación que no reconoce la unidad completa del humano espíritu, sino que acepta los intervalos lúcidos y la localización de los padecimientos psíquicos en determinadas regiones del cerebro, ó afectando limitativamente solo ciertas funciones, nada resulta más natural que la necesidad de escudriñar todas estas modificaciones, antes de decidir si los actos de que se trata, fueron ó no ejecutados con todas las condiciones de validez. Así los Códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870, fieles á este segundo sistema, se muestran inconsecuentes al declarar nulos actos que, ejecutados solamente por un presunto incapacitado, pues aún no se ha pronunciado sentencia de interdicción contra él, bien merecían ser examinados, antes de todo, desde el punto de vista de los diversos grados que, se reconoce, puede recorrer la locura y de las distintas fases que es capaz de presentar. Los Códigos de Estado de México y el actual del Distrito Federal son, pues, los que deben servirnos para razonar sobre cuáles hayan de ser las pruebas del que demanda la nulidad de los actos que nos ocupan.

147. Conforme al segundo, creemos que todo el deber del juez ante quien se pide la nulidad de un acto de esta especie, se reduce á investigar si está comprobado que en la época en que el acto se ejecutó, primero, el agente estaba loco, y segundo, la locura era patente y notoria. No puede negarse, sin embargo, la inutilidad de esta última circunstancia, que indudablemente solo se refiere al co-contratante del incapacitado. ¿De qué se trata, en efecto, al prescribir, como cualidad indispensable para la nulidad de los actos anteriores á la interdicción del incapacitado, su *notoriedad*? ¿Se quiere decir con esto que la incapacidad ha de ser conocida del co-contratante para que dichos actos sean nulos? Ningún objeto tiene tal declaración porque, como más adelante veremos, la acción de nulidad no correspon-

de en este caso, sino al incapacitado ó á sus legítimos representantes. Nos parece, pues, fuera de toda indicación ese requisito, como no se trate de las únicas personas para quienes la ley abre la acción de nulidad; pero entonces no es la *notoriedad* la que debiera prescribirse, sino el dolo del menor ó incapacitado mismo, lo cual es cosa muy diversa. Por lo demás, la nulidad de los actos, una vez probada la incapacidad del presunto incapacitado, se presume según el art. 420 del Código que comentamos, de derecho, sin que valga el intento de la parte contraria para demostrar que la locura no era sino parcial en la época del acto que se trata de anular, ni menos que éste fué ejecutado en tales circunstancias por el co-contratante, á sabiendas de la incapacidad y aceptando de antemano todas sus consecuencias. Sin embargo, una sentencia del Juzgado 3.º de lo Civil del Distrito Federal y con la cual no estamos de acuerdo sino en lo que respecta á la personalidad del actor, parece haber decidido que no es nulo el matrimonio celebrado en una época en que consta que la pretendida esposa estaba privada de la integridad de sus facultades intelectuales, morales y afectivas, pues aparecía igualmente que tal incapacidad era conocida por el otro contrayente, desde antes de la celebración del acto, notándose por lo mismo que todo el móvil del litigio había sido anular un matrimonio contraído por fines innobles y bastardos. Si la incapacidad de uno de los otorgantes del matrimonio está demostrada, según reconoce la sentencia, no comprendemos cómo consideraciones muy respetables de orden moral hayan dado fundamento para violar tan manifiestamente el art. 420 del Código que comentamos (1).

148. Mas como el Código del Estado de México reconoce la posibilidad de la incapacidad parcial, por lo cual declara que los actos del incapacitado anteriores á la interdicción solamente

(1) Sentencia del Juzgado 3.º de lo civil del Distrito Federal de 9 de Agosto de 1891 (Anuario, sección de jurisprudencia, pág. 399.)—Véase el apéndice, letra E.

pueden ser anulados, no bastará, según él, que se pruebe la locura del agente en la época del contrato, sino que será necesario demostrar además la especie de locura de que se trata, su existencia en el momento del acto y que ella impidió el conocimiento y la libertad del agente. Si no basta, para anular el acto, que su autor haya sido un incapacitado, puesto que el juez tiene una facultad discrecional para anularlo ó no, preciso será, para ilustrar la sabiduría del magistrado, que se le presenten pruebas sobre todas las circunstancias conexas con el acto cuya nulidad se pide, debiendo atenderse, no sólo al carácter de la enfermedad mental que se afirma, sino también al lugar donde el acto se ha verificado y á la mayor ó menor dificultad de actividad intelectual que el acto haya exigido en relación con la persona del presunto incapacitado. Se comprende á cuántos errores y arbitrariedades puede arrastrar este sistema, que no apoya sus decisiones sobre una base científica y segura.

149. Las leyes modernas se han ocupado, como las antiguas, de la nulidad de ciertos actos practicados por el menor de edad emancipado (núm. 101), pues, según en otra parte lo hicimos notar, se ha creído que el que no era mayor, aunque ya hubiese pasado de la edad de la pubertad, aún adolecía de cierta inexperiencia y falta de reposo principalmente para algunos actos graves de la vida (núm. 116). Más adelante expondremos extensamente, siguiendo el orden de nuestros Códigos, todo lo relativo á la *emancipación*, y como, según entonces veremos, los efectos de este cambio en la personalidad jurídica del menor no son tan extensos que lo asimilen por completo al mayor de edad, natural es que los actos de aquel para los cuales las leyes han creído conveniente establecer determinadas formalidades, no subsistan, si éstas no han sido cumplidas. Son, pues, nulos algunos actos de los menores emancipados que, al ejecutarlos, no han sido asistidos de la persona á que las leyes han determinado sujetarlos. ¿Cuáles son esos actos por lo que res-

pecta á la tutela? El Código francés establece que el menor emancipado no podrá intentar una acción sobre bienes raíces, ni defenderse contra ella, ni recibir ni dar descargo de un capital mueble, sin la asistencia de su curador (art. 482). Este mismo Código menciona otros casos en que se halla restringida la administración de bienes en orden al mismo menor, mediante prohibiciones que no creemos por el momento oportuno exponer. El Código de Veracruz no menciona para nada la intervención del tutor ó curador en orden á los incapaces de que hablamos. Los de Estado de México (arts. 476, inciso III y 482), el de Tlaxcala (art. 460, inciso IV), el del Distrito Federal de 1870 (art. 692, inciso III) y el actual (art. 593, inciso id.), imponen la necesidad, el primero, de un curador dativo, y los tres últimos de un tutor de la misma clase, para los asuntos judiciales del menor de edad emancipado (1). En cuanto á la nulidad de estos actos cuando no hayan sido ejecutados con la asistencia del tutor ó curador, puede afirmarse que ella está establecida por todas las legislaciones que de la materia tratan, á lo menos en el sentido de que, siendo requisito indispensable para la validez de tales actos la formalidad establecida, aquella se infiere de los textos relativos, conforme al principio de que las partes nada pueden hacer que sea contrario á la esencia de los contratos (2). Así procede ciertamente el Código del Estado de México, de cuyo art. 1267 se debe deducir la nulidad de ciertos actos practicados por el menor emancipado, si no los autoriza el curador á que los sujetan los arts. 476 y 482.—Pero sin duda por el equívoco á que podría dar lugar este sistema, los Códigos de Tlaxcala y los dos del Distrito Federal

(1) Sentencia del Juzgado 2.º de lo civil del Distrito Federal, de 25 de Noviembre de 1881—“considerando 1.” (El Foro, tom 23 núm. 111.)—Id. del mismo Juzgado de 16 de Julio de 1890—“considerando 3.”—(Anuar. de leg. y jurisp. secc. de jurisp. tom VII, pág. 497.)

(2) Laurent, tom. 5, núm. 215.—Demolombe, tom. 8, núm. 272.—Duranton, tom. 3, núms. 1670 y 671.—Toullier, tom. 2., núm. 1296.

pronuncian expresamente la nulidad, como es de verse en los arts. 327 del primero, 514 del del Distrito Federal de 1870 y 422 del que comentamos, todos los cuales declaran que son nulos los actos de administración ejecutados y los contratos celebrados por los menores emancipados, que sean contrarios á las restricciones legales.

150. Hemos enunciado en otra parte que algunas de las modernas legislaciones sujetan á tutela ó curatela á los pródigos (núm. 115). Esto supuesto, se pregunta ¿cuál es la suerte de los actos del pródigo, si no se han respetado las restricciones á que las leyes los sujetan? Conforme al Código francés (art. 513), pertenece á los tribunales enumerar los actos que son prohibidos al pródigo, si ha de ejecutarlos sin la asistencia del consejo judicial á que se le sujeta. En esta virtud, esos actos prohibidos al pródigo, sin tal requisito, son nulos de pleno derecho (1). Pero ¿á qué momento debe atenderse para establecer esa nulidad? El art. 502 responde que el nombramiento del consejo judicial produce sus efectos desde el día de la sentencia lo mismo que la interdicción (núm. 115). ¿No se aplicará á los pródigos el art. 503 que hemos visto aplicarse á los incapacitados (núm. 144)?—Así se ha pretendido por algunos autores y tribunales (2); pero la interpretación contraria ha prevalecido, fundándose en la innegable diferencia que existe entre la locura y la prodigalidad, pues si la primera es capaz de ser notoria, la segunda no importa una causa natural de incapacidad y sólo existe en virtud de una sentencia (3). Aquellos de nuestros Códigos que consideran la prodigalidad como una verdadera causa de interdicción, están uniformes en declarar nulos

(1) Laurent, tom. 5, núms 358 y 359.

(2) Demolombe tom. 8, núm. 772.—Toullier tom. 2, núm. 1333.—Arrêts: Paris, 16. dec. 1859. (Sirey, 1860, 2, 307.); Paris, 10. mars, 1854 (Id. 1854, 2, 597.)

(3) Demante, tom. 2, núm. 285 bis X.—Emmery, *Expos. des motifs*, núm. 12.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 1192.

los actos del pródigo posteriores al nombramiento de tutor ó curador y que sean contrarios á las restricciones fijadas en la sentencia de interdicción (arts. 481 y 515, del Distrito Federal de 1870; 512 y 495 del de Estado de México, y 545 y 560 del de Veracruz.)

151. Mas ¿qué decir en orden á los actos del pródigo, anteriores á la sentencia de interdicción?—El Código del Distrito Federal de 1770 (art. 512), el de Estado de México (art. 515), y el de Veracruz (art. 563) responden que esos actos son válidos, con tal de que hayan sido ejecutados *antes de la demanda de interdicción*, siendo nulos cuando se han verificado entre la demanda y la ejecutoria. El segundo exige para esto último la circunstancia de que la prodigalidad hubiera sido manifiesta, ó, como el Código de Veracruz, que el tribunal hubiera ya nombrado administrador interino. Indudablemente son justas estas disposiciones, si no por razón de la prodigalidad, á lo menos por fundarse en los principios generales del derecho, que autorizan siempre la anulación de los actos ejecutados en fraude de la ley, por dolo, y en perjuicio de incontestables derechos.

152. ¿A quiénes compete la acción de nulidad de los actos y contratos ejecutados por los menores ó incapacitados, sin los requisitos legales?—Según el antiguo derecho, la incapacidad de las partes era en general una simple causa de rescisión del acto jurídico en favor del incapaz, puesto que no había sido establecido sino en su interés. Así leemos en el Digesto: *si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus; nam qui emit, obligatus est pupillo; pupillum sibi non obligat* (1). Del mismo modo dicen las Institutas: *Unde in his causis, ex quibus mutue obligationes nascuntur, in emptionibus et ditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt*

(1) *Dig.*, lib. 10, tit. 1, l. 12, § 29.

obligantur: at invicem pupilli non obligantur (1). La propia decisión era seguida en nuestra legislación patria, que se basaba para esto en el carácter esencialmente personal de la acción de nulidad por razón de minoridad ó de incapacidad mental. Tal acción, pues, establecida sólo en beneficio del sujeto á tutela ó curatela, no competía á su fiador, quien permanecía obligado, sin poder oponer, ni por vía de excepción, una nulidad que le era absolutamente extraña. No se hacía en esta materia sino aplicar el principio, que tendremos oportunidad de exponer ampliamente cuando hablemos de la fianza, y conforme al cual debían ser clasificadas las excepciones en reales (*respectu rei*), y en personales (*respectu personæ minoris et ejus ætatis*). Y como sin duda alguna la nulidad de que tratamos, había sido aceptada únicamente en consideración á la incapacidad del menor ó del interdicto, no podían aprovecharse de ella las personas extrañas, es decir, los fiadores, socios ó compañeros de aquellos, pues éstos sólo sin razón osarían reclamar en nombre de su inexperiencia ó incapacidad (2).

El derecho moderno se ha inspirado en el mismo principio, como es de verse en el art. 1125 del Código de Napoleón, según el cual las personas capaces de comprometerse no pueden oponer la incapacidad del menor, ni del interdicto con quien han contratado. Esto quiere decir que la incapacidad que engendra la nulidad de que tratamos, se refiere solo al incapaz; y que por tanto la segunda es sólo relativa á éste, sin que ningunas otras personas, ni el co-contratante, ni los obligados mancomunada ó subsidiariamente con el incapaz, puedan invocarla. Nuestros Códigos son en esta materia fiel trasunto de iguales ideas; y de ello dan irrecusable prueba los arts. 546 y 1577 del Código de Veracruz, 496 y 1446 del de Estado de México; 330

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 21, § 1.—Pothier *Du Caut.* núm. 321
(2) *Part.* 5, tít. 12 l. 4.—Antonio Gómez, *Var. Resol.*, tom. 2, cap. 14, núm. 9.—Futiérrez Fernández *Códigos españoles* lib. 1, cap. 5, art. 7, § 13.—Balde, sobre la l. *Tam mandatori, Cod. de non numerata pecunia*.

del de Tlaxcala, 516 del del Distrito Federal de 1870, y 424 del actual, según todos los cuales la nulidad fundada en incapacidad de uno de los contratantes, ya por razón de edad, ora por alguna de las otras causas que motivan aquella, solo puede ser alegada, sea como acción, sea como excepción, por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus legítimos representantes; pero no por las personas con quienes contrató, ni por los fiadores que se hayan dado al tiempo de otorgarse la obligación, ni por los mancomunados en ella. Así, pues, según nuestro derecho civil, la nulidad de los actos del menor de edad ó del incapacitado, es también puramente relativa y por lo mismo, excepto las personas á quienes por declaración expresa se concede, no puede ser invocada como acción ni como excepción por otras, cualquiera que sea el carácter con que en el acto ó contrato hayan intervenido. Hay, por tanto, una grande analogía entre esta materia y la nulidad de los actos de la mujer casada, ejecutados sin los requisitos legales (1).

La jurisprudencia de nuestros tribunales nos suministra un caso en que se ve con toda claridad el caracter eminentemente personal de la acción de nulidad que nos ocupa. Una persona embarga un bien raíz, perteneciente al intestado de otra; posteriormente se presenta una tercera proponiendo tercería excluyente de dominio sobre lo embargado y acompañando, como fundamento de su acción, la escritura de cesión de los derechos hereditarios que el intestado tenía hecha á favor del causante del tercer opositor. Ejecutante y ejecutado oponen á la tercería la excepción de nulidad de la cesión, pretendiendo apoyarse en que el cedente se hallaba en estado de enajenación mental al verificar aquella. La sentencia que recayó, decide: que si por parte del ejecutado, sucesor universal del cedente, ó sea del que se pretendía incapacitado, no podía menos que reconocerse perfecta personalidad para promover la

(1) Véase el tomo 2 de esta obra, núms. 406 y 411.

nulidad de la cesión, no sucedía lo mismo respecto del ejecutante, que era un individuo del todo extraño en el sentido legal al mismo incapacitado (1).

153. Mas ¿qué debe entenderse, cuando la ley dice que la nulidad de que tratamos, sólo puede ser invocada por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus *legítimos representantes*? ¿Querrá esto significar que solamente el tutor ó curador del incapacitado pueden invocar tal nulidad? El mismo fallo á que antes hemos hecho referencia, se hace cargo de este punto resolviendo, como acabamos de verlo, que la excepción de nulidad de la cesión, opuesta por el ejecutado, no era incompatible respecto de él, á pesar de ser heredero del pretendido incapacitado. ¿Por qué? Porque el heredero *representa legítimamente* la persona del difunto, sucediéndole en todos sus bienes, derechos y obligaciones (2). Y como legítima representación tienen también los que ejercen la patria potestad respecto de los sujetos á ella; el marido, respecto de su esposa; el albacea, respecto del difunto, mientras dura en su cargo, y el mandatario respecto del mandante, se sigue que todas estas personas tienen la personalidad jurídica necesaria para hacer valer aquella nulidad á nombre del incapacitado.

154. Sin embargo del carácter relativo de esta nulidad, como establecida en debida reparación tan solo de la inexperiencia ó incapacidad de los sujetos á tutela, fuerza es reconocer que ella puede convertirse en una nulidad absoluta, cuando la incapacidad coexiste de una manera completa con el acto ó contrato de que se trata, pudiendo entonces ser invocada por cualquiera persona. Habría en este caso motivo indiscutible para afirmar la inexistencia de lo ejecutado, por falta de una de las condiciones esenciales de todo acto libre, que no puede subsistir

(1) Sentencia de la 3.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, de 20 de Mayo de 1890 (*Anuario de leg. y jurisp.*, secc. de jurisp., tom. 7, pág. 282.—Véase además el apéndice, letra E).

(2) Véase especialmente el considerando 3 de dicha sentencia.

sino mediante la observancia de aquellas (1). Volveremos á hablar sobre este punto cuando tratemos sobre los *contratos en general*.

155. Este aplazamiento no debe, sin embargo, impedirnos que hablemos de una grave contradicción que á lo menos, atentos los términos de la ley, podría señalarse entre los textos que hemos citado de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala sobre el carácter personalísimo de la acción de nulidad de que nos hemos venido ocupando y los arts. 1789 y 1765 respectivamente de los Códigos del Distrito Federal de 1870 y del actual, y 1276 del de Tlaxcala. Estos textos declaran que "la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contratantes, no puede alegarse por el otro, *si no prueba que al tiempo de contratar ignoraba la incapacidad*." Seguramente que de referirse tal declaración á la incapacidad por menor edad ó enfermedad mental, guarda la más evidente antinomia con los otros textos, que de una manera especial tratan de la nulidad de los actos de los sujetos á tutela. Basta, se podrá decir, que el co-contratante del menor ó incapacitado pruebe que ignoraba esa circunstancia, para que también le pertenezca la acción de nulidad contra el contrato, no obstante que en principio hemos visto que ella es exclusiva del incapaz, como establecida privativamente en su favor. La contradicción es, pues, evidente, y que en tal sentido pueden ser entendidos, conforme á su letra, aquellos textos, nos lo demuestra el "considerando 18" de la Sentencia del Juzgado 3.º de lo civil del Distrito Federal de 9 de Agosto de 1890, donde expresamente se reconoce, con motivo de una demanda de nulidad de matrimonio, que se pretendía por el marido, como contraído por la mujer en estado de demencia, como "es verdad que la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contrayentes, no puede alegarse por el otro, si no prueba que al tiempo de contratar

(1) Véase el tomo 3 de esta obra, núms. 208 y siguientes.

ignoraba la incapacidad (1)." Empero la antinomia no es sino aparente, porque no se concibe que el legislador, tras de consignar en términos que no admiten ni sombra de duda, que la acción de nulidad proveniente de incapacidad de los contratantes sólo puede intentarse en los términos establecidos (arts. 1778 del Código del Distrito Federal de 1870, 1664 del actual, y 1268 del de Tlaxcala), haya agregado casi inmediatamente lo contrario, convirtiéndose así un remedio, exclusivo de los incapaces por menor edad ó locura, como fundado sólo en su inexperiencia é ineptitud mental, en aprovechable también nada ménos que por el co-contratante, á quien no exculpa de sus yerros en tales contratos, ni su ignorancia misma de la incapacidad conforme al principio: *qui cum alio contrahit, non debet esse ignarus conditionis ejus*. Es necesario, pues, so pena de aparecer la ley en este punto como la expresión del absurdo, buscar á las palabras más adecuado sentido al sistema ya terminantemente planteado por el legislador, y no encontramos otro que el de reconocer que los textos enunciados se refieren á incapacidad muy diversa de la aludida por los que hemos comentado. Un hombre contrata con otro, suponiéndolo revestido de la capacidad civil para obligarse, ya porque no le esté prohibido hacerlo en virtud de declaración judicial, *verbi gratia*: suspensión de derechos civiles por causa de un proceso; ya porque se presente como propietario de la casa sobre que el contrato versa, ora porque se le creyera con la representación de otra persona, sin tenerla. Si el co-contratante, que está siempre obligado á conocer la condición del otro, no prueba que ignoraba la incapacidad, el contrato subsistirá en cuanto á él, produciendo la eficacia de las obligaciones contraídas. Tal es, en nuestro concepto, la única interpretación racional de los textos legales relacionados. Volveremos á hablar sobre

(1) Véase el apéndice, letra E.

este punto, al tratar del *error de hecho*, como motivo de nulidad de los contratos.

156. Igual promesa hacemos respecto á la duración de la acción de nulidad en orden á los actos y contratos de los menores de edad, é interdictos en general, para cuando hablemos de la prescripción, conformándonos por hoy con manifestar que, según los arts. 497 del Código de Estado de México, 547 del de Veracruz, 517 del del Distrito Federal de 1870 y 425 del actual, la acción para pedir dicha nulidad prescribe en los mismos términos en que prescriben las acciones personales ó reales, según la naturaleza del acto cuya nulidad se pretende.

157. La nulidad de los actos de los menores de edad ha tenido, desde la antigua legislación, dos importantísimas excepciones que, fundadas en una indiscutible justicia, hacen que aquel remedio establecido sólo para escurrir la inexperiencia contra los abusos de la malicia humana, no se convierta en patente de impunidad en casos en que todo indica la inconveniencia de tener por seres dignos de protección á los que se han mostrado capaces de emplear aún los recursos del dolo y de la perversidad. Ante la realidad que disipa aún la menor duda sobre la pericia y hasta maldad del pretendido incapacitado ¿habría sido justo mantener el remedio de la nulidad, motivado sólo en favor de la ignorancia inculpable y de la inocencia que mueve siempre á sincera compasión? Seguramente no, y en el mismo sentido en que hemos estudiado este punto respecto de los sujetos á patria potestad (núm. 16), debemos estudiarlo hoy en orden á los menores sujetos á tutela. Ya hemos dicho en otra parte cuáles eran las disposiciones del antiguo derecho sobre este particular (núms. 130 y 135). Sus motivos nos los expone con toda claridad una sentencia del Juzgado sexto de lo civil del Distrito Federal, si bien sólo en orden á los menores de edad que sean abogados: "Considerando 1º, dice este importante fallo, que según la común opinión de los intérpretes del derecho, en la aplicación de las leyes, más

se debe atender á su sentido y fines, que á la letra de ellas: 2º que si bien es cierto prohíben éstas á los menores de veinticinco años comparezcan en juicio por sí, y previenen se les nombre curador *ad litem*, también lo es, que el objeto de esa disposición es que no sean engañados los relacionados menores y por otra parte, que no se nulifique el *cuasi contrato* que envuelve todo juicio por la restitución *in integrum*, que tienen derecho de gozar los menores, inconvenientes que no caben en el caso presente por ser el menor abogado titulado, y como tal, en su calidad de perito en la profesión del derecho, por lo que no puede presumirse sufra engaños en asuntos de su profesión, en cuya razón se funda la doctrina de que no goza el beneficio de restitución *in integrum* el abogado menor en los negocios judiciales, enseñada por el común de los tratadistas, entre otros el Febrero de Pascua, lib. 1º, tit. 1º, cap. 1º, núm. 16: que estando prohibido al menor de 17 años ser abogado por sí ó por otro (ley 2ª, tit. 6, P. 3), es evidente, que en negocios propios el abogado mayor de diez y siete años y menor de veinticinco puede defender sus derechos, supuesto que por su título y por la ley se halla facultado para defender los negocios ajenos, por graves que sean, porque de lo contrario, resultaría la anomalía de que la mujer, el ciego de ambos ojos, y otras personas, que naturalmente deben suponerse incapaces, puedan defender en juicio sus derechos propios, como lo previene la ley 3ª del mismo título y Partida antes citada, y el abogado menor, tan sólo por ser menor, no pudiera defender sus derechos, á la vez que todo mayor de 17 años puede abogar en su causa, ó resultaría el absurdo de que el abogado menor sería á la vez el patrono de su curador *ad litem*, cuando por su profesión debe presumírsele la ciencia y experiencia necesarias en negocios judiciales: 4º que en el caso presente el menor demanda los honorarios ganados en su profesión, los cuales pertenecen á su *peculio cuasi castrense*, del que puede disponer libremente tanto *inter vivos* como por causa de muer-

te: 5° que en el peculio *cuasi castrense* se debe considerar á los menores como padres de familia, y en consecuencia, pueden demandar en juicio sin necesidad de curador, según el Febrero Mexicano, edición de D. Mariano Galván, tomo 3°, tít. 2°, cap. 2°, núm. 4; y glosa de Gregorio López á la ley 6°, tít. 17, Part. 4ª (1)."

Los mismos principios han sido seguidos por algunos de nuestros Códigos, como es de verse en los arts. 331 y 332 del de Tlaxcala, 518 y 519 del del Distrito Federal de 1870, y 426 y 427 del actual, según todos los cuales los menores de edad no pueden alegar la nulidad á que antes nos hemos referido en las obligaciones contraídas sobre materias propias de la profesión ó arte en que sean peritos, ni tampoco pueden alegarla, si han presentado certificados falsos del Registro Civil, para hacerse pasar por mayores de edad, ó han manifestado dolosamente que lo eran. La sencillez de estos textos nos evita entrar en explicaciones innecesarias. Los Códigos de Veracruz y Estado de México no se ocupan de este punto de una manera expresa; pero puede decirse comprendido en los principios generales que rigen las condiciones de validez de los contratos.

158. El fallo anterior, así como algunas indicaciones que quedan hechas en su oportunidad (núms. 130 á 135), nos muestran cómo, aparte de la nulidad de sus actos, tenían, desde el antiguo derecho, los sujetos á tutela ó curatela el remedio de la *restitución in integrum*, ó sea la rescisión del contrato cuando había habido lesión. Si en el lenguaje de los modernos legisladores no deja de haber cierta lamentable confusión entre la acción en nulidad y la de rescisión, expresiones de que aquellos hacen uso casi indiferentemente, débense sin embargo establecer las importantes diferencias que entre ambas exis-

(1) Sentencia del Jefe de lo Civil del Distrito Federal de 30 de Enero de 1861. [*Gacet. de Trib.*, tom. 2, pág. 77]. Véase también el apéndice, letra B, segunda sentencia.

ten, no obstante que parecen confundirse sobre todo en su carácter esencialmente personal y en sus resultados á favor del menor ó incapacitado. Esas diferencias pueden reducirse á dos sustanciales. La primera consiste en que la nulidad se funda en la falta de alguna de las condiciones necesarias para la validez del acto ó contrato en cuestión. Así el demandante en nulidad no debe probar sino ésto, siendo indiferente que haya habido ó no lesión. Al contrario la restitución se funda precisamente sobre la verdad del daño ó perjuicio causado por el acto al menor ó incapacitado. De esto resulta la segunda diferencia: mientras la nulidad produce, como su nombre lo indica, el aniquilamiento del acto ó contrato, la restitución se limita á reparar el daño ó perjuicio en que se hace consistir la lesión. En este sentido son terminantes los arts. 1108 y 1305 del Código de Napoleón (1). En nuestra legislación sólo el código del Distrito federal de 1870 destina todo un título á la *restitución in integrum*, pues los demás, ó expresamente la han suprimido, como los códigos de Veracruz, arts. 482 y 483, de Estado de México, arts. 435 y 436, y de Tlaxcala, art. 272 ó han omitido hablar de ella, apareciendo que en su lugar unos y otros han dejado el recurso de nulidad y la acción de responsabilidad contra el tutor ó curador. Los primeros de esos Códigos dicen: "Nunca habrá recurso de restitución para el menor, quien para indemnizarse de los perjuicios que reciba en sus negocios, sólo podrá dirigirse contra su tutor, protutor, vocales del consejo ó Juez que haya intervenido; pero nunca contra un tercero, pues los menores en sus negocios sólo tendrán los mismos derechos que los mayores de edad y el recurso de nulidad del acto cuando haya faltado en él alguno de los requisitos necesarios para la validez del acto ó contrato."—Al reformarse en 1884 el Código del Distrito Federal, vigente desde el año de 1870, la resti-

(1) Laurent, tom. 18, núm. 526.—Duranton, tom. 12, núm. 525.—*Contra*: Demolombe, tom. 28, núm. 26.

tución de los menores fué uno de los puntos que más llamaron la atención de los legisladores. "Las leyes, dice en su dictamen la 1ª comisión de Justicia de la Cámara de Diputados, las leyes españolas, fiel trasunto de las romanas en esta materia, disponían que á los menores de catorce años se les diera tutor, y á los mayores de esta edad y menores de veinticinco, curador. El tutor tenía la administración plena de los intereses del menor, antes de que éste llegara á los siete años; pero después de esta edad, el menor se hallaba facultado por la ley para comparecer en juicio y celebrar contratos, autorizándolo para ello su tutor ó curador. Los menores, en estos actos que celebraban por sí mismos, solían cometer errores que dañaban sus intereses; pero como la ley presumía que eran personas hábiles para ejecutarlos, no se les podía atacar de nulidad, y fué preciso que el derecho pretoriano entre los romanos les concediera una excepción que pudiera servirles de defensa contra su propia debilidad, cuando resultaran perjudicados. De aquí se originó la restitución *in integrum*, remedio que se daba al menor, no en calidad de menor, sino en consideración al daño que hubiera sufrido: *Minor restituitur, non tanquam minor, sed tanquam læsus*. Con el transcurso del tiempo, la legislación romana exageró su solicitud en defensa de los intereses de los menores, pues extendió la excepción de restitución aun á los casos en que el menor contrataba asistido de su tutor, y á aquellos en que éste celebraba los contratos con todos los requisitos legales, si el menor sufría algún daño en su fortuna. La legislación española, que estuvo vigente en el Distrito Federal hasta que se expidió el Código Civil, adoptó los preceptos de las leyes romanas y la ampliación que á ellos dió la jurisprudencia, y entonces pudo verse prácticamente que este exceso de precauciones en favor de los menores, lejos de serles ventajoso, les era desfavorable en muchas ocasiones. Efectivamente, los menores viven rodeados de las mismas circunstancias que cualquiera otra persona: para administrar sus bienes y hacerlos

progresar, necesitan sus representantes celebrar diversos contratos y contraer las responsabilidades consiguientes; mas como siempre se tenía en expectativa el temor de la restitución, nadie podía celebrar convenios con los tutores ó curadores sino obteniendo un lucro excesivo que compensara del riesgo en que se estaba de que el contrato fuera rescindido más tarde. Había, pues, en primer lugar dificultades gravísimas para la administración; y en segundo lugar, se tenían que sufrir pérdidas ciertas cuando había absoluta necesidad de contratar, porque no era posible conseguir quien quisiera arriesgar sus fondos en estos negocios tan inciertos, sino bajo el concepto de obtener utilidades de gran cuantía. Esto era positivamente dañoso para los menores, y así lo comprendieron los juriscónsultos más eminentes. Por estas razones comenzó á sostenerse la teoría que inició Savigny en su Tratado de Derecho Romano, que consiste en que se deben aumentar las precauciones al celebrarse los contratos sobre bienes de menores; pero una vez perfeccionados con todos los requisitos legales, habrán de considerarse tan inviolables y asegurados como las convenciones que se otorgan entre los mayores de edad. Siguiendo esta doctrina, las legislaciones modernas han quitado la distinción que había antiguamente entre tutela y curatela, dando á estas palabras una significación muy diversa de la que tenían antes. Hoy todos los menores, desde su más tierna edad hasta que cumplen veintiún años, tienen absoluta incapacidad legal para contratar y se hallan asistidos por un tutor y un curador: el primero cuida de la persona del pupilo, lo representa en juicio y administra sus bienes, y el segundo vigila la conducta del tutor, examina las garantías que éste presta, é interviene en todos los actos que pudieran ser gravosos para el menor.

“El tutor necesita de autorización judicial, que no se le puede conceder sin audiencia del curador, para enajenar ó gravar los bienes inmuebles y las alhajas y muebles preciosos, para transigir en los negocios del menor, comprometerlos en

árbitros, para pagar los créditos, para celebrar arrendamientos por más de nueve años y para pedir dinero prestado. Además debe rendir cuentas justificadas de su administración cada año, y ha de caucionar su manejo con una hipoteca bastante ó con fianza otorgada por persona que posea bienes inmuebles libres de todo gravamen. Asegurados de esta manera los intereses de los menores, la restitución *in integrum* ya carece de objeto; pues si se celebrara algún convenio sin los requisitos establecidos por la ley, sería nulo de pleno derecho y no produciría efecto legal de ninguna especie."

ADICION.

CÓDIGO DEL DISTRITO FEDERAL DE 1870.

TITULO UNDECIMO

DE LA RESTITUCION "IN INTEGRUM"

Art. 679. Corresponde el beneficio de restitución á todos los sujetos a tutela, que fueren perjudicados, ya en los negocios que hicieren por si mismos con aprobación del tutor, ya en los que éste haga en nombre de ellos.

Art. 680. Para intentarlo deberá acreditarse:

- I. Que se sufrió el daño durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela.
- II. Que el daño causado excede de la cuarta parte del justo precio de la cosa ó interés que ha sido materia del negocio.
- III. Que el daño proviene del negocio mismo.

Art. 681. El juicio de restitución será sumario y admitirá los recursos que le correspondan, segun el interés de que se trate.

Art. 682. Otorgada la restitución, las cosas se repondrán al es-

tado que tenían antes de que sufriese el daño el incapacitado; y en consecuencia, éste y el tercero quedan obligados á la devolución de la cosa que fué materia del negocio, con todos sus frutos, ó de su precio con los intereses.

Art. 683. El efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo los bienes del tutor ó del fiador y del curador en su respectivo caso.

Art. 684. El tercero con quien se ha contratado, puede elegir la indemnización ó la rescisión del contrato.

Art. 685. El menor podrá pedir la restitución durante la menor edad y cuatro años después. Respecto del sujeto á tutela por otro motivo que no sea la menor edad, los cuatro años comenzarán á contarse desde que haya cesado el impedimento.

Art. 686. No hay lugar á la restitución:

I. En los convenios y actos del tutor ó curador que hayan sido aprobados judicialmente:

II. Cuando el que la pide, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor.

Art. 687. Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no haya lugar á otro alguno.

Art. 688. En todo juicio de restitución será oído el Ministerio Público.

159. Méenos de un año después de promulgado el Código Civil á que pertenece el título anterior, ya se publicaban contra éste estudios en que se hacía notar cómo él había hecho retroceder en la materia que nos ocupa, la legislación civil, á tiempos en que, por regir ciertos principios en orden á los menores de edad, *verbi gratia* la facultad de éstos para tomar ó no curador (núm. 101), no era extraño que el legislador se hubiera preocupado de establecer un recurso en favor de la inexperiencia y para evitar los peligros á que ella podía dar lugar. El ilustrado juriseconsulto mexicano D. José H. Ramírez, desde

las columnas del acreditado Semanario jurídico "El Derecho," escribía en 30 de Septiembre de 1871: "En el día y con las seguridades de que rodea la ley al menor, el beneficio de restitución es un privilegio enteramente inútil á la par que no oivo á la sociedad; es una fuente de pleitos y de fraudes en los contratos. Quitado el único fundamento racional que tenía la existencia de este privilegio; con el nombramiento de dos tutores que intervengan en todo negocio de los menores, y la intervención del Ministerio Público; garantizados éstos por cuantos medios puede pedir la más activa y exquisita vigilancia; *nulificados* aquellos actos en que falta la intervención del tutor, ¿qué objeto, volvemos á preguntar, lleva ese beneficio?"

Ya antes hemos expuesto los principales rasgos de la legislación antigua sobre la restitución de los menores sujetos á tutela. Para completar esta materia que del Código civil mexicano, que de ella trata, la han tomado las legislaciones de la mayor parte de los Estados de la República, ampliemos algo más las explicaciones dadas, no sin lamentar que sea éste uno de los puntos sobre que hasta hoy jamás se hará notar bastante la diversidad de leyes en el seno de una misma nación.

160. El beneficio de la restitución ¿corresponde solamente á los menores sujetos á tutela? La respuesta afirmativa no admite la menor duda, atento el texto del art. 679 que queda transcrito. Esto no quiere decir que los menores, no sujetos á tutela, porque lo estén á patria potestad ó porque carezcan de la edad necesaria para consentir legalmente, ejecuten sin embargo actos válidos, contra los cuales el legislador ningún remedio ha tenido cuidado de establecer. En uno y en otro caso no es la restitución el recurso que debe entablarse, sino la nulidad, pues ésta procede en los contratos, siempre que se otorgan sin alguna de las condiciones necesarias para su existencia, y entre ellas figura en primer término el consentimiento de los otorgantes. Así, supóngase que un hijo de familia ha celebrado un

contrato de compraventa; ¿debe éste subsistir? No, porque el hijo de familia, en virtud de su misma sujeción al que sobre él ejerce la patria potestad, no puede obligarse por sí solo (núm. 16), como incapaz de consentir. Mas, no se invoque en este caso el beneficio de la restitución, porque sería confundir dos hipótesis jurídicas, absolutamente diversas: la falta de contrato y su rescisión (1).

161. El art. 680 del Código civil del Distrito Federal de 1870 se ocupa de lo que debe acreditarse para obtener la restitución; y según él, ésta no procede sino para reparar un daño (*damno emergente*). Por manera que el beneficio no tiene lugar para que el menor se indemnice de los perjuicios que ha sufrido (*lucro cessante*). Diríamos que tal declaración importa una capital reforma respecto del antiguo derecho (núm. 134), si otros textos no nos obligaran á pensar que tal reforma no es sino aparente. En efecto, no debemos creer que el legislador haya empleado en materia tan importante, términos que sólo para el vulgo pueden ser indiferentes; y los arts. 679 y 683 no dejan lugar á duda sobre que los perjuicios del menor sujeto á tutela pueden también ser indemnizados por la restitución.

162. El art. 679 corta una antigua controversia sobre los casos de aplicación del beneficio que nos ocupa. ¿Hay lugar á éste aun para los actos del sujeto á tutela, que él por sí solo ejecute? En la antigua legislación creemos que no había duda, y así lo hemos expuesto en otra parte (núm. 130), lo que significa que en esta materia al ménos no se hacía ninguna distinción entre la nulidad y la rescisión. El texto de nuestro Código obra de otro modo, y como se lee en la parte expositiva, siendo de tres clases los negocios que pueden referirse á los menores: los hechos por ellos con autorización del tutor, los hechos por éste en representación de aquellos y los hechos

(1) Sentencias del Juzgado 4.º de lo Civil del Distrito Federal de 3 de Julio de 1869 y de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del mismo, de 7 de Diciembre de 1870 (El Derecho, 2.ª época, tom. 1, paga. 245 á 247).

por los menores mismos, independientemente, la ley sólo se ocupa de los dos primeros, pues éstos últimos son radicalmente nulos, como que en ellos "ha faltado la persona legal."

163. El art. 680 establece las condiciones para intentar la restitución. Si en cuanto á la primera y tercera, ó sean la relativa á que el daño que se trata de remediar, haya tenido lugar durante la menor edad ó la incapacidad que dió origen á la tutela, y la que expresa que no debe deferirse al beneficio sino cuando el daño de que se trata proceda del negocio mismo y no de caso fortuito ó fuerza mayor, nada tendríamos que hacer observar, ya que la restitución se funda en la debilidad de la edad y en la incapacidad proveniente de una enfermedad, y cuando nada es más racional que el que para la restitución se alegue que el daño es imputable á falta de administración ó á engaño del co-contratante, según también se verificaba en la antigua legislación (1), algo especial merece notarse respecto de la segunda de las condiciones puestas por nuestro Código, porque ella marca el esclarecimiento de un punto que hasta en la ley francesa se dejó á la soberana apreciación del juez; nos referimos al monto del daño que debía haber resultado al menor para que la restitución procediese. Hemos visto (núms. 130 y 141) que tanto en el antiguo como en el moderno derecho, ese daño debía ser considerable; de aquí la inevitable consecuencia del arbitrio judicial, ejercido en cada caso según sus particulares circunstancias. Parece ser que en vista de los peligros y abusos á que la falta de una ley precisa sobre esta materia daba lugar, la práctica de los tribunales introdujo la interpretación de que era necesario que el daño experimentado por el menor importase la sexta parte del interés que en el negocio se versaba, siendo este antecedente el que Goyena sigue en el art. 1169 de su *Proyecto*; si bien quizá por el afán

(1) *Part. 6, tit. 19, l. 2.*

de restringir lo más posible el beneficio, este juriconsulto establece que el monto del daño debía exceder de la cuarta parte del justo precio de la cosa, ó del interés, materia del contrato. En los propios términos se expresa nuestro art. 680, inciso II.

164. Era cuestión muy debatida en el antiguo derecho la de si por efecto de la restitución debían las cosas volver al estado que guardaban antes de causarse el daño, al extremo de que el beneficiado por ella recobrase lo que había entregado, sin obligación por su parte de devolver lo que había recibido (núm. 134). El art. 682 de nuestro Código declara también que tal es el efecto de la restitución; pero el legislador cuidó de agregar (art. 686, inciso II), que ella no tiene lugar cuando el que la pide no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Se ve, pues, que con ésto se ha quitado á la restitución antigua algo que podía tener de gravemente odioso, pues importaba el enriquecimiento, muchas veces injusto, del menor á expensas de su co_contratante, quizá inocente.

165. Según el antiguo derecho, hemos visto también (núm. 135) que el menor ó incapacitado tenía un derecho perfecto para ejercitar su acción de restitución, tanto contra su tutor ó curador, como contra el co_contratante, pues la mira de los legisladores era que los daños ó perjuicios causados, explotando la inexperiencia, fuesen reparados de la manera más pronta y eficaz. El co_contratante del menor no tenía, en consecuencia, ninguna opción á este respecto. "Esto se hacía más palpable, dice el Sr. Goyena (1), en la venta de la cosa del menor por menos de su justo precio, aunque el daño excediese de la mitad: el comprador, intentada la restitución, tenía que devolverla con los frutos, sin poder usar de la alternativa que tendría contra un mayor de edad, que reclamase la restitución por lesión enorme." Como sin duda alguna tal sistema estaba

() Goyena, *Proyecto*, art. 1, 171.

en pugna con la más clara equidad, los legisladores modernos tenían que reformarlo, mediante el mantenimiento de las garantías en favor del menor; pero haciéndolas efectivas primero en las personas inmediatamente obligadas respecto de aquel, y después en el co-contratante. Ahora bien, si la restitución no beneficia á los menores sino en los negocios que hicieron por sí mismos con aprobación del tutor y en los que éste hiciere en nombre de ellos, nada más justo que el deber del resarcimiento recaiga, antes que en cualquiera otro, en el tutor responsable, ya como coactor del menor, ora como su gestor en virtud de las mismas facultades de su cargo. Y como, sin salirnos de este orden de ideas, la más obvia reflexión enseña que en el mismo caso del tutorse encuentran el curador y el fiador de aquel, se sigue que la propia obligación de resarcimiento tiene que preceder también en estas personas, para hacerse efectiva en cualquiera otra. Tal es la gradación que el art. 683 establece, diciendo que el efecto de la restitución es rescindir el contrato ó indemnizar al que ha sufrido el daño, en la parte en que no hayan alcanzado á repararlo *los bienes del tutor, ó del fiador y del curador*, en su respectivo caso.

166. La reforma sobre este punto se ha extendido en el moderno derecho hasta la manera de hacer efectiva la restitución, ya frente á frente sólo del co-contratante del menor. Acabamos de indicar (núm. 164) cómo debiendo ser la restitución la reintegración de las cosas al estado que guardaban antes del contrato, las leyes modernas habían resuelto la antigua controversia sobre si el beneficio tenía que ser tan absoluto é incondicional en favor del pupilo; que le aprovecharse hasta el extremo de enriquecerse con mengua de su co-contratante, y sin obligación de devolver á éste lo que en virtud del contrato aquel hubiera recibido. Así la restitución ya no tiene lugar sino en el sentido de una recíproca devolución. Mas como quiera que aún quedara la duda acerca de si era el pupilo quien tenía el

TOMO V.—P. 23

derecho de elegir lo que más conviniese á sus intereses, la rescisión del contrato ó la indemnización de los perjuicios, nuestro legislador encontró justo, en su afán siempre de no conservar del privilegio de la restitución sino lo estrictamente exigido por la equidad, establecer que aquel derecho de elección perteneciese al tercero con quien el menor había contratado, realizándose así que el beneficio no tanto diese ventajas al pupilo, cuanto le evitara daños. Tal es el texto del art. 684 de nuestro Código.

167. Los 685 y 687 del mismo expresan principios del antiguo derecho, sin la menor modificación. El primero, trata del término durante el cual puede pedirse la restitución (núm. 131); y el segundo, se refiere al carácter subsidiario del recurso. De este último tenemos una acertadísima aplicación hecha por la 1ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal en un célebre litigio sobre restitución contra un juicio ejecutivo ya en estado de trance y remate de los bienes embargados. El menor peticionario del recurso trataba de hacerlo valer, después de que, habiendo apelado de la sentencia y desertado de esa apelación, no había hasta entonces opuesto la excepción de restitución. Nuestra 1ª Sala dice á este respecto: "Considerando: Que en lo concerniente al remedio contra el juicio, ninguno de los artículos que constan citados en el escrito de introducción, ameritan la casación, y antes por el contrario, la ley 3ª., tít. 25 de la Partida 3ª., contradice la solicitud, al ordenar que el remedio de la restitución *in integrum* puede pedirse ante el mismo Juez que pronunció la sentencia ó ante su mayoral, cuyo concepto se aclara en la glosa segunda de la misma ley con estas palabras: "*Potest peti coram superiore restitutio ad appellandum a sententia;*" de manera que habiendo apelado el representante de la señora recurrente de la sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo, entonces y ante el mayoral, como dice la ley, pudo hacer valer el derecho de restitución por vía de agravio, si creía que lo tenía; pero apelar, de-

sertar del recurso y después entablar el juicio restitutorio ante el Juez, no puede permitirse en la jurisprudencia sin atacar el orden que establece para el ejercicio de las acciones. Y no se alegue que el art. 687 del Código Civil que dice: "Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablarse cuando no hay lugar á otro recurso," deroga la ley de Partida, porque si se interpreta aquel por ésta, se comprenderá que, lejos de derogarla, la confirma, supuesto que habiendo habido el recurso de apelación de la sentencia de que se trata, el expresado art. 687 le niega el de restitución, como lo hace la ley 3, del tít. 25 de la Partida 3^a (1).

168. No sin razón puede criticarse, como incompleto, el título de nuestro Código que trata de la *restitución in integrum*. En efecto, al ocuparse el art. 686 de los casos en que no hay lugar á aquella, sólo menciona dos: aquel en que los actos y convenios del tutor ó curador han sido aprobados judicialmente, y aquel en que el que pide la restitución, no puede devolver la cosa que en virtud del contrato recibió su tutor. Sin negar cuán importante es la reforma á que responde el primero, ya que en el antiguo derecho la restitución tenía lugar indistintamente para todos los actos en que el menor hubiera sido lesionado, siquiera en ello apareciese haber intervenido aun la misma autoridad judicial, cuya respetabilidad no era tanta en el concepto de los legisladores, que quitase todo temor de malignidad ó ignorancia por su parte, ni sobrepujase al excesivo celo en beneficio de los menores de edad (2), fuerza es reconocer cuánto deja que desear en esta materia la enumeración de esas dos solas excepciones, en ninguna de las cuales nada se indica ni con respecto al dolo ó precocidad del pupilo, ni por lo que hace á la naturaleza y condiciones del acto con-

(1) Sentencia de la 1.^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 11 de Enero de 1884 (*Anuario, Sec. de casación*, 1884, pág. 12).—Véase el apéndice, letra G.

(2) *Cód.*, lib. 5, tít. 71, l. 11.

tra el cual se solicita el beneficio, ya que éste deba ser, no la reparación arbitraria é injusta de lesiones imaginarias, sino el escudo puesto por la ley en esa lucha desigual entre la malicia y la inexperience. Desde tal punto de vista no cabe dudar sobre la visible inferioridad de nuestra ley comparativamente con las antiguas y la francesa que las sigue. ¿Habrá de proceder la restitución en favor del menor que se ha fingido mayor para engañar á un tercero, y no se cerrará la puerta al mismo beneficio aun cuando se trate de un acto que, como decía la ley de Partida, hubiera sido ejecutado de tal manera que "todo ome de edad cumplida é de buen entendimiento lo hubiera fecho assi?" El Código de Napoleón (art. 1307) menciona el primer supuesto, ni más ni menos que como lo hacía la legislación antigua (núm. 130). Esta decía también que la restitución estaba prohibida en contra del matrimonio del menor, como si habiendo éste creído contraerlo con una persona rica, resultaba que era pobre (1), é igual decisión expresa el art. 1309 del Código francés.

169. Nada de esto se contiene en el Código que examinamos, habiéndose omitido también otra excepción importantísima contra la restitución, y es la que consiste en que el menor sea profesor ó perito en la obligación que se trata de rescindir, pues de ningún modo podrían aplicarse aquí los arts. 518 y 519 relativos á la nulidad y de que hemos hablado en otra parte, (núm. 157).

(1) Antonio Gómez, *Var. Resol.*; cap. 14, *addit.* núm. 3.—Larrea, *Decis. granat.*, 59, 13.

CAPITULO III.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

Art. 428. Los que ejercen patria potestad, aunque sean menores, tienen derecho de nombrar tutor en su testamento, á aquellos sobre quienes la ejercen, con inclusión del póstumo.

Art. 429. El que en su testamento, aun cuando sea un menor no emancipado, deja bienes, sea por legado, sea por herencia, á un incapaz que no está en su patria potestad ni en la de otro, puede nombrarle tutor sólo para la administración de los bienes que le deja.

Art. 430. Puede también nombrarse tutor testamentario á los hijos espúrios para la administración de los bienes que se les dejen.

Art. 431. El nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre ó por la madre, excluye de la patria potestad á los ascendientes en quienes hubiera de recaer ese derecho en defecto del padre ó de la madre.

Art. 432. El padre no puede excluir de la patria potestad á la madre.

Art. 433. El nombramiento de tutor hecho por cualquiera otro ascendiente, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren.

Art. 434. En el caso del art. 431, si el ascendiente en quien debe recaer la patria potestad es de segundo ó ulterior grado, y á la muerte del testador está impedido de ejercer aquella, cesando el im-

pedimento cesa la tutela, y el ascendiente entra al ejercicio de la patria potestad, á no ser que el testador haya declarado expresamente que la tutela continúe aun despues de que haya cesado el impedimento.

Art. 435. Si fueren varios los menores, podrá nombrárseles un tutor común, ó conferirse á persona diferente la tutela de cada uno de ellos.

Art. 436. En el primer caso, si los intereses de alguno ó de algunos de los menores fueren opuestos á los de los otros, el tutor lo pondrá en conocimiento del juez, quien nombrará un tutor especial que defienda los intereses de los menores que él mismo designe, mientras se decide el punto de oposición.

Art. 437. El padre que ejerce la tutela de un hijo sujeto á interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario, si la madre ha fallecido ó no puede legalmente ejercer la tutela.

Art. 438. La madre en su caso podrá hacer el nombramiento de que trata el artículo anterior.

Art. 439. En ningún otro caso hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado.

Art. 440. Tampoco hay lugar á la tutela testamentaria del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno, que esté legalmente emancipado.

Art. 441. Siempre que se nombren varios tutores, desempeñará la tutela el primer nombrado, á quien sustituirán los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción.

Art. 442. Lo dispuesto en el artículo anterior, no regirá cuando el testador haya establecido el orden en que los tutores deben sucederse en el desempeño de la tutela.

Art. 443. Deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por el testador para la administración de la tutela, que no sean contrarias á las leyes, á no ser que el juez, oyendo al

tutor y al curador, las estime dañosas á los menores, en cuyo caso podrá dispensarlas ó modificarlas.

Art. 444. Si por un nombramiento condicional de tutor, ó por cualquier otro motivo, faltare temporalmente el tutor testamentario, el juez proveerá de tutor interino al menor conforme á las reglas generales sobre nombramiento de tutores.

SECCION III.

170. Una de las principales manifestaciones del poder paterno en Roma era su ejercicio para después de la muerte por medio del nombramiento de tutor á los hijos que habrían de continuar y perpetuar el nombre de la familia. La designación de tutor se hacía, á juzgar por la fórmula contenida en la ley de las XII Tabas, en términos imperativos y que revelaban la plena soberanía de que estaba revestido el *pater-familias*, aun al disponer de sus bienes y de la persona de los hijos, más allá de los límites de esta vida: *uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*. Este poder existía no sólo respecto de los hijos ó hijas actualmente sujetos á la patria potestad, sino tambien en orden á aquellos que lo estaban de una manera mediata, si á la muerte del testador no recaían bajo la sujeción de un ascendiente intermediario (1). El mismo poder podía ejercitarse no sólo con los hijos vivos, sino también con los simplemente concebidos, dándose por razón que estaba en su interés tener un tutor testamentario más bien que otro (2). El nombramiento de tutor se hacía al principio sólo en testamento; pero este rigor se relajó después bajo el Imperio, permitiéndose aquel aun en forma de codicilo (3). El tutor designado debía tener capacidad para recibir *mortis causa* (4); pero si ca-

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 3.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 13, § 4.

(3) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 3.

(4) *Dig.*, lib. 26, tít. 2, l. 21.

recía de la *testamenti factio*, el nombramiento podía ser confirmado por el magistrado aun sin previa información, procedimiento que era necesario si se trataba de tutor nombrado por la madre y aun por un extraño (1). La persona designada como tutor debía ser una persona cierta, expresa y claramente nombrada, pues indicaciones vagas eran indignas de tomarse en cuenta, porque no garantizaban al impúber (2). Como lo hemos notado en otra parte (núm. 119), el tutor debía ser uno, no permitiéndose que fuese dado para negocios determinados, porque esto traería la multiplicidad y el consiguiente desorden en la administración de la tutela; era lo que expresaba la regla: *tutor personæ, non causæ vel rei, datur* (3). Finalmente, el tutor testamentario, como queda también ya dicho (núm. 121), podía ser nombrado bajo condición ó á término, lo cual podía igualmente suceder de una manera tácita (4). Las leyes antiguas españolas no innovaron esta legislación, sino en puntos de insignificante importancia, de los cuales no creemos necesario por el momento ocuparnos.

171. En lo esencial estos antecedentes no han recibido verdadera reforma en las legislaciones modernas, como pasamos á hacerlo manifiesto. Es siempre la patria potestad la que hace decir en el Código de Napoleón (art. 397), que el derecho individual de elegir un tutor, pariente ó extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. ¿Por qué? porque el derecho de designar un tutor para después de la muerte, no puede ejercitarse sino en el caso de que ó falte persona á quien corresponda la patria potestad, ó pertenezca la tutela por precepto legal.

Y como, según lo hemos ya manifestado (núm. 11), la tutela

(1) *Inst. de Just.*, lib. 1, tit. 13, § 5.—*Cód.*, lib. 5, tit. 29, l. 2.—*Dig.*, lib. 26, tit. 3, ll. 1, § 1, 2, y 4.

(2) *Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 20, § 27 *in fine*.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 20, § 4.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 2, tit. 20, § 2.

pertenece de derecho á la madre, muerto el padre, claro es que aquella no tendrá el derecho de nombrar tutor sino en el caso de que fallezca con posterioridad á éste, quien á su vez no tiene el derecho de hacer el mismo nombramiento, sino cuando fallezca después de la madre, porque ella, es conforme á la ley, tutora legítima de sus hijos.—Tal es el texto del art. 397 francés, según el cual el derecho individual de elegir un tutor pariente ó aun extraño, no pertenece sino al último moribundo de los padres. Se dice: "derecho individual," porque en principio, cuando el tutor no es designado por la ley, su nombramiento no pertenece sino al consejo de familia (núm. 123). Se dice: "al último moribundo de los padres," porque si quedara un supérstite, éste y no otra persona sería el tutor legítimo,

172. El nombramiento de tutor testamentario sólo puede hacerse, según la legislación francesa, en las formas que ella misma prescribe para el de los consultores que el padre tiene derecho de nombrar á la madre supérstite y tutora, y bajo ciertas excepciones y modificaciones. Así lo prescribe el art. 398 del Código de Napoleón, cuyo sentido se comprenderá suficientemente con sólo referirnos á lo que hemos dicho en otra parte (núm. 51). En cuanto á las excepciones y modificaciones á que se alude, de ellas tratan los arts. 399 y 400 del mismo Código. Según el primero, la madre viuda y no mantenida en la tutela de los hijos de su primer matrimonio (núm. 65), no puede nombrarles tutor. La razón es, que no siendo la madre vuelta á casar, tutora cuando su muerte, no puede transferir un poder que no tiene, y además se ha creído encontrar en su conducta fundamento de legítima sospecha después de que el consejo de familia la ha separado de la tutela. Pero por de contado que esta excepción no se refiere á los hijos del último lecho, respecto de los cuales, á no dudarlo, y por lo mismo que desempeñaba su tutela después de la muerte del último marido, podría ejercer el derecho consignado en términos generales en el art. 397.

173. El segundo de los textos legales citados, ó sea el art. 400, declara: que cuando la madre viuda, pero mantenida en la tutela, hubiera hecho designación de un tutor á los hijos de su primer matrimonio, tal designación no sera válida sino en tanto que la confirme el consejo de familia. Este texto merece explicarse, pues se incurriría en grave error, si se pensara que la nulidad de tal nombramiento ó designación, por no ser confirmada por el consejo de familia, llegaba hasta el extremo de dar lugar á la tutela legítima, como si absolutamente faltara la testamentaria. A reserva de explicar más adelante este punto, creemos necesario decir por el momento que, si bien es cierto que el consejo de familia debe confirmar la designación hecha por la madre viuda y mantenida en la tutela, la falta de esa confirmación sólo produce el efecto de que el tutor designado no desempeñe la tutela; pero no el de que se llame desde luego al tutor legítimo. Por manera que si existe algun ascendiente, éste podrá ser nombrado sólo en calidad de tutor dativo (1).

174. No poco diversa de la anterior es nuestra legislación nacional en la materia de que tratamos, pues á causa de lo que en varios puntos de esta obra hemos hecho notar, no existe entre nosotros la tutela desempeñada por los padres, porque esto se ha considerado, salvo el caso de la tutela legítima de los dementes, depresivo de la patria potestad. Inútil, en consecuencia, buscar en nuestra legislación la taxativa puesta por la francesa en orden á que ha de ser precisamente el último moribundo de los padres el que nombre tutor en testamento. En efecto, no hay, según las leyes mexicanas, ningún inconveniente en que el padre nombre tutor testamentario para cuando falte la madre, ó al contrario, como se desprende de la generalidad de términos en que han sido redactados los

(1) Baudry Lacantinerie, tom. 1, núm. 1,014.—Arntz, tom. 1, núm. 704.—Laurent, tom. 4, núm. 398.

arts. 329 del Código del Estado de México, 335 del de Tlaxcala, 526 del del Distrito Federal de 1870 y 428 del actual, según todos los cuales los que ejercen patria potestad tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes la ejercen. Sólo el Código de Veracruz (arts. 382 y 384), sigue otro sistema, estableciendo que en principio, la facultad de nombrar tutor en testamento pertenece al padre, no correspondiendo sino en su defecto á la madre. Es siempre una modificación del art. 397 francés, según el cual, como hemos visto, nada importa que el padre muera primero para atribuirle el derecho de nombrar tutor, que no debe ser designado sino por el último moribundo de los padres, sea el hombre ó la mujer.

175. Si sobre el orden en que los padres tienen derecho de ejercitar la facultad de nombrar tutor testamentario, existen las diferencias señaladas entre nuestras leyes y la francesa, no sucede lo mismo respecto de otros puntos que pasamos á exponer. Ciertamente, los textos acabados de citar de nuestros varios Códigos, reconocen á una que el derecho de designar tutor en testamento, no pertenece á los padres sino á condición de que, al verificar este acto, se hallen en ejercicio de la patria potestad de la cual se deriva precisamente ese derecho (1). Decimos *al verificar este acto*, porque para juzgar de la capacidad del testador, debe atenderse al estado en que se hallaba al hacer el testamento (arts. 3424 del Código Civil del Distrito Federal de 1870, 3987 del actual y 2725 del de Tlaxcala). Por manera que, aunque al tiempo de morir una persona, ya hubiera vuelto al ejercicio de la patria potestad; si de ella estaba privada ó suspensa por alguna de las causas de que hemos hablado en otra parte (núms. 37 á 45), al otorgar testamento, la designación hecha en éste del tutor, no valdría

(1) Duranton, tom. 3, núm. 436.—Aubry et Rau, tom. 1, § 99 bis.—Dermombe, tom. 7, núm. 161.—Laurent, tom. 4, núm. 397.

en virtud de que resultaría inconsecuente que quien había dado mérito para ser destituido de la autoridad paterna, ejercitase sin embargo uno de los más importantes derechos que de esa autoridad proceden.

176. ¿Qué edad deben tener los padres para nombrar tutor testamentario?—Ociosa parece esta cuestión, que no era tratada en el antiguo derecho sino desde el punto de vista general de la facción testamentaria (1). Sin duda por tal motivo el Código francés guarda silencio sobre este punto, conformándose con expresar en términos también generales la facultad del último moribundo de los padres para nombrar tutor. Nuestro derecho nacional, en obvio de cualquiera duda fundada en la incapacidad proveniente de no haber cumplido la persona la mayor edad, establece expresamente que los que ejercen patria potestad, *aunque sean menores*, tienen derecho de nombrar tutor testamentario á aquellos sobre quienes ejercen esa autoridad. Por de contado que la minoridad á que se refiere la ley mexicana, no es ni podía ser inferior á la época del desarrollo físico y moral fijada desde antiguo para el matrimonio y la testamentifacción, ó sea la edad de catorce años en el hombre y de doce en la mujer, pues seguramente el legislador no podía menos que considerar cómo antes de esos límites se estaba en la absoluta imposibilidad de ejercitar actos válidos. Es que los afectos naturales despertados por la paternidad han parecido suficiente garantía de que el testador no hará, á pesar de su inexperiencia del mundo, una desacertada elección de la persona que haya de reemplazarle, después de la muerte, en la dirección de los hijos. Fuerza es convenir, sin embargo, en lo aventurado de esa esperanza en la mayoría de los casos. Veremos más adelante cuán serias precauciones han tomado los legisladores para evitar los funestos errores del joven emancipado, cuando se trata de la enajenación ó gravámen de sus

(1) Dig., lib. 26, tít. 2, l. 1

bienes raíces y de los asuntos judiciales en que pudiera comprometerse. Y ¿será negocio menos importante que éstos el nombramiento de tutor testamentario? Pero tal es nuestra ley y tal se ha mostrado también la jurisprudencia francesa (1). Los textos de nuestros Códigos que tratan de este punto, quedan citados en el número anterior.

Débase, con todo, señalar una no poco importante excepción del sistema anterior, y es la que se refiere al caso de los hijos naturales reconocidos. Los comentadores franceses están divididos sobre este punto, opinando unos, en virtud del absoluto silencio de la ley, que en el supuesto aludido debe recurrirse á la tutela dativa (2), y enseñando otros que aun entonces debe seguirse el principio general establecido por la ley (3). Tal es también nuestro parecer, sin que nada signifique en contra la propia reticencia que en la ley mexicana pudiera hacerse notar, toda vez que ella no es sino aparente, desde que se considera que los textos legales se refieren á los padres que ejercen la patria potestad. Y ¿no hemos dicho que ésta se ejerce también sobre los hijos naturales reconocidos (núm. 12)? Esto nos parece evidente. Pero queda una dificultad: hemos expuesto en otra parte (4) que nuestra legislación se muestra dividida sobre la edad necesaria en el autor del reconocimiento, pues mientras unos Códigos establecen que para tal acto el padre ó la madre ha de ser mayor de diez y ocho años, otros expresan que basta que tengan un año más de la edad requerida para contraer matrimonio, ó sea quince años el hombre y trece la mujer. Esto supuesto, debemos decir, en obediencia rigurosa á la lógica, que según los primeros de nuestros Códigos

(1) Aubry et Rau, tom., 1, § 99, bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 152.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. 1, núm. 585.—Demolombe, tom. 8, núm. 386.

(3) Aubry et Rau, tom. 6, § 571.—Laurent, tom. 4, núm. 416.—Taulier, tom. 2, pág. 23.—Magnin, tom. 1, núm. 465.—Arrêt, Trib. Civ. de la Seine, 19 mai 1868 (*Le droit*, 28 mai 1868).

(4) Véase el tomo 4 de esta obra, núm. 193.

gos, tratándose de hijos naturales reconocidos, no cabe nombrarles tutor testamentario por el autor del reconocimiento, si no es que éste tenga mas de diez y ocho años cumplidos, como según los otros tampoco cabe, á no ser que los padres hayan cumplido la edad indicada.

177. Los mismos textos citados y que tratan en general de la facultad perteneciente á los que ejercen patria potestad de nombrar tutor testamentario, se ocupan de las personas para quienes tal nombramiento puede hacerse. Hemos visto (núm. 97) cuán amplia era esta facultad en el antiguo derecho, extendiéndose al hijo simplemente concebido y aun al desheredado, quien no por la falta de derecho sobre los bienes del testador, dejaba de estar sometido al omnímodo poder que las leyes conferían al *pater familias*. En el moderno derecho, no es por cierto el Código francés el modelo de nuestra legislación sobre esta materia, acerca de la cual deja mucho que desear este cuerpo de leyes, que no habla ni sobre la desheredación, ni respecto de los póstumos, ya que aquella no es considerada con el carácter de facultad perteneciente al testador en ciertos y determinados casos. Nuestros Códigos, empero, inspirándose á una en las tradiciones romanas y españolas, proceden de otro modo que, á no dudarlo, cuadra mejor con las indicaciones de la naturaleza humana. Si los bienes materiales no constituyen sino el lado secundario de la felicidad del hombre, que debe esperarlo todo más bien de la educación y del cultivo de la inteligencia, nada parece más natural que el que el padre de familia, no obstante no dejar al morir bienes á su hijo, le nombre la persona que haya de dirigirlo en cuanto á la moralidad de sus acciones. Y como innegables motivos de justicia y de humanidad imponen el deber de considerar como nacido á los seres simplemente concebidos, siempre que se trate de su utilidad, pues en otra parte lo hemos ya dicho (1),

(1) Véase el tomo 1.º de esta obra, núm. 95.

en el término fatal de la naturaleza esos seres tienen que ser co-participantes, como los ya nacidos, de la vida civil; las leyes positivas sobre la tutela testamentaria no podían mostrarse indiferentes en orden á ellos, más dignos de solicitud y cuidado, mientras más expuestos al desamparo de la orfandad y á la falta absoluta de las caricias paternas. Nuestros Códigos no han defraudado en ninguno de esos dos conceptos á los votos de la naturaleza, y así vemos que todos, sin excepción, expresan que el que ejerce patria potestad tiene el derecho de nombrar tutor en su testamento, lo mismo al desheredado que al póstumo. Del primero no habla el Código actual del Distrito Federal, para mostrarse consecuente con el principio de la libre testamentifacción, implantado entre nosotros desde el año de 1884.

178. Hasta aquí parece que la facultad de nombrar tutor testamentario sólo ha sido reconocida por las leyes en favor de los que ejercen patria potestad y sobre los seres sujetos á ella. Esa facultad, que es como una prolongación después de la muerte de la autoridad ejercida durante la vida, no deriva á primera vista sino de la misma patria potestad, no teniendo por consiguiente razón de ser respecto de personas que son extrañas al testador. Mas, como según ya lo expusimos en otra parte (núm. 121), el respeto de la ley al derecho de propiedad, aun más allá de la muerte, es causa de que las leyes, desde el antiguo derecho, hayan considerado sin más excepción que su oposición con la justicia expresa en aquellas, las condiciones todas que al testador plazca poner en la disposición de sus bienes, el nombramiento de tutor testamentario ha entrado bajo el imperio de este principio, estableciéndose que por el solo hecho de dejar una persona, al morir, bienes á otra, que se encuentre por razón de edad ó de incapacidad en el caso de no poder administrarlos por sí misma, tiene el derecho de nombrarle tutor, independientemente de cualquiera relación de superioridad por razón de parentesco. De la aplicación de este

principio á la materia que nos ocupa, podría derivarse la gravísima consecuencia de quedar sacrificados los derechos inviolables del padre de familia sobre el hijo que le debe estar sujeto en su persona y bienes, para que sólo prevalezcan los fueros del propietario que por una mera liberalidad ha beneficiado á aquel, instituyéndolo heredero ó legatario. Ante tal conflicto la ley ha debido retroceder, pues nunca el respeto á la propiedad podía llegar hasta el extremo de menospreciar una institución que, como la de la patria potestad, radica en la misma naturaleza humana. En esta virtud, después de reconocer las leyes el derecho que al propietario asiste de nombrar tutor testamentario al menor ó incapaz á quien deja bienes, para sólo el efecto de la administración de éstos, han cuidado de expresar que el ejercicio de tal derecho sólo tiene lugar, cuando el heredero ó legatario no se encuentre bajo la patria potestad de otro, lo cual quiere decir, que si lo contrario sucede, la administración de tales bienes pertenecerá á la persona á quien el heredero ó legatario esté sujeto, no obstante cualquier nombramiento de tutor hecho por el testador. En este sentido son terminantes en nuestro derecho los arts. 330 del Código del Estado de México, 383 del de Veracruz, 337 del de Tlaxcala, 527 del del Distrito Federal de 1870 y 429 del actual.

179. Esto supuesto, ocurre la siguiente importantísima cuestión: ¿deberá subsistir el nombramiento de tutor testamentario en favor de un extraño, que carecía de padre conocido, aun después de que ha sido reconocido por alguien conforme á la ley? Por mucho que á primera vista repugne que el autor de un reconocimiento tardío y tal vez interesado, adquiera la administración de bienes dados al hijo, que en su desamparo llegó hasta á inspirar compasión á un extraño, la verdad es que las leyes no han reparado en este punto, sino en lo que respecta á los derechos sucesorales *ab-intestato*, seguramente atendiendo á que es un derecho que de ningún modo puede disputarse

á la patria potestad, el de administrar los bienes de los que están sujetos á ella (núms. 19 y 22). Considérese á qué graves y funestísimos conflictos para la familia, primera escuela donde el hombre aprende la trascendental virtud de la obediencia y respeto á los mayores, daría lugar esa independencia del hijo respecto de sus padres por el sólo hecho de haber heredado bienes de un extraño. Si por otra parte, se toma en cuenta que el reconocimiento de un hijo natural es meramente declarativo y no atributivo de la paternidad (1), habrá que convenir en que existiendo ésta desde que el hijo adquirió aún la existencia intrauterina, ningún acto posterior puede servir para que la paternidad no sea considerada con todos los derechos y prerrogativas que la ley, de acuerdo con la naturaleza, le ha otorgado. Así, pues, el nombramiento de tutor testamentario á que nos hemos referido, ya no producirá ningún efecto desde que aparezca el padre del menor favorecido por la herencia, porque sólo á él pertenece la administración de los bienes de éste.

180. Del principio conforme al cual puede nombrarse tutor testamentario aun á la persona sobre quien no ejercemos patria potestad, si le dejamos bienes, y sólo para el efecto de la administración de éstos, se sigue que esa facultad tiene lugar en favor de los hijos espúrios sobre quienes, rigurosamente hablando, la patria potestad no existe. Hacemos, empero, sobre este punto las reservas que hemos expresado en otra parte (núm. 13). Tal es el texto de los arts. 528 del Código del Distrito Federal de 1870 y 430 del actual.

181. Una de las cuestiones más controvertidas, desde á raíz de publicado el Código francés, es la de si cabe también tutela testamentaria para los incapacitados. Después de numerosas y contrarias decisiones, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es Merlin quien logró fijar el verdadero sentido de

(1) Véase tomo IV de esta obra, número 205.

la ley acerca de este punto, pues mediante sus vigorosos razonamientos como procurador general, la Corte de casación estableció que un padre no podía en su testamento nombrar tutor á su hijo mayor de edad é incapacitado, pues la tutela de esta especie es siempre dativa (1). Se ve que el derecho francés se ha inspirado para esta materia en la primitiva legislación romana (núm. 102). ¿Qué motivos pueden haber guiado á los legisladores franceses para obrar así?—Merlín mismo, después de reconocer que el único caso de tutela legítima en favor del incapacitado, es el del marido respecto de su esposa caída en ese estado, agrega que lo que ha obligado al legislador á confiar el nombramiento del tutor para el incapacitado en general exclusivamente al Consejo de familia, es que semejante tutela resulta siempre más difícil de desempeñar que la de los menores, por lo cual conviene que el nombramiento de la persona que la desempeñe, se haga por elección y con perfecto conocimiento de causa (2). Sin embargo, ya desde la legislación pretoriana se había reconocido la necesidad de respetar el nombramiento de curador que el padre hiciera en testamento para el hijo incapacitado, aún mayor de edad; si *furioso puberi*, dice una ley del Digesto, *quamquam majori a-norum viginte quinque, curatore pater testamento dederit, cum Prætor dare debet, secutus patris vol ntatem* (3). La misma disposición existía respecto del pródigo.

Nuestro derecho nacional es uniforme sobre esta materia, pues los Códigos del Estado de México (art. 502) y de Veracruz (art. 552) expresamente declaran, que en todos los casos en que el padre ó la madre pueden dar tutores á sus hijos menores de edad, podrán también nombrar curador por testamento á los mayores de edad, locos, dementes, imbéciles ó sordo-mu-

(1) Dalloz, *Rep.*, "Interdiction," núm. 158.

(2) Delvincourt, tom. 1, pág. 131.—Laurent, tom. 5, núm. 287.—Marcadé *sur l'art.* 506.

(3) *Dig.*, lib. 27, tít. 10, l. 16.

dos, salvo que éstos se encuentren casados, ó teniendo hijos varones mayores de edad, ó en el caso de que sobreviva su madre. En consecuencia, fuera de estas tres excepciones, es absoluta la libertad del padre ó de la madre para nombrar curador testamentario al hijo incapacitado, y en el mismo sentido se manifiestan nuestros otros Códigos, si bien empleando una redacción diversa y apartándose de la antigua denominación de curador para los mayores incapacitados (núm. 111). Esto se deduce de la combinación de los arts. 340, 346, 347 y 349 del Código de Tlaxcala; 536, 537, 539, 549, 550 y 552 del del Distrito Federal de 1870, y 437, 438, 439, 449, 450 y 452 del actual, según todos los cuales, perteneciendo por mandato de la ley la tutela del incapacitado en primer lugar á su cónyuge, á falta de éste á sus hijos varones mayores de edad, y sólo á falta de uno y otros, á su padre ó madre, no hay lugar á la tutela testamentaria del incapacitado, si no es que se encuentre fuera de estas condiciones. Se comprende el espíritu de la ley, al haber sistemado en esta forma la tutela del incapacitado, creyéndose con arreglo á lo que generalmente sucede, que por aquel infeliz ser tomarán, primero que nadie, interés la esposa, los hijos y sus padres. ¿Para qué, si el incapacitado cuenta todavía con los protectores que la naturaleza le ha dado, prometerse encontrarlos en el ejercicio de la libertad del nombramiento testamentario, que puede ser arbitrario y hasta pernicioso para los intereses de aquel? ¿Y por qué detenerse, como la ley francesa, sólo en el cariño del cónyuge, cuando de seguro hay que reconocerlo también en los hijos y en los padres? Volveremos á tratar de este punto al hablar de la tutela legítima.

182. En cuanto á los incapacitados por prodigalidad, se ocupan también las leyes modernas de su tutela ó curatela testamentaria, como es de verse en los arts. 538 y 539 del Código del Distrito Federal de 1870, 561 del de Veracruz y 513 del de Estado de México, acerca de los cuales sólo podemos hacer notar que, según los primeros, pertenece exclusivamente al padre el

derecho de nombrar tutor testamentario al pródigo, mientras conforme á los otros dos códigos, ese mismo derecho puede ser ejercido aún por la madre y por los abuelos, si están encargados de la curatela del mismo pródigo.

183. Hemos dicho en otra parte (núms. 101 y 116) que desde el antiguo derecho los menores púberos estaban obligados á hacerse representar, para comparecer en juicio, por un tutor ó curador especial, llamado por lo mismo *ad litem*. Como este resto de sujeción en que aún vive el menor aun después de la emancipación, pudiera coexistir con la muerte de los padres, y creerse que pertenecía á éstos el derecho de nombrar á tales hijos tutor ó curador testamentario *ad litem*, nuestros Códigos, excediéndose en claridad, contienen el principio de que no cabe tutela testamentaria respecto del hijo mayor de diez y ocho años y menor de veintiuno. Tal es el texto de los arts. 540 del Código del Distrito Federal de 1870 y 440 del actual. Decimos que esto es un exceso de claridad, porque era bastante, como lo declaran esos mismos Códigos (arts. 558 del primero y 460 del segundo), proclamar que siempre tiene que ser dativa la tutela para asuntos judiciales. Y como igual prescripción se encuentra en los Códigos de Tlaxcala (art. 353) y de Estado de México (art. 476, inciso III), hay completa uniformidad en nuestra legislación acerca de este punto, con solo la excepción del Código de Veracruz (núm. 149).

184. Hemos dicho antes (núm. 178) que, tanto los que ejercen patria potestad, como los que no la ejercen, pueden nombrar tutor testamentario, con la diferencia de que éstos últimos no tienen tal derecho sino respecto de la administración de los bienes que dejan al menor. Esa facultad, que en un caso deriva del ejercicio del poder paterno, y en el otro reconoce por causa el derecho que á todo propietario asiste para poner condiciones en cuanto á la donación de sus bienes, es tan ilimitada que deba prevalecer aún sobre la patria potestad perteneciente, conforme á la ley, á los ascendientes supérstites del

menor?—Esta cuestión presenta, pues, un conflicto entre dos autoridades de la misma naturaleza, como sería la patria potestad ejercida por dos ascendientes, y entre ésta y los fueros siempre respetables del propietario, que, sin obligación alguna, se desprende voluntariamente de sus bienes para dejarlos por testamento á una persona extraña. Si en el primer supuesto, es el rigor de los principios el que, una vez establecido que la patria potestad pertenece á los ascendientes de la línea paterna y materna núm. 7), parece oponerse á que eso deje de suceder alguna vez por la interposición del tutor testamentario, que puede ser una persona extraña; en el segundo son de invocarse hasta consideraciones de utilidad para los menores, que se verían privados frecuentemente de las liberalidades testamentarias, si á todo trance y aun contra la voluntad expresa de los testadores, los bienes dejados hubieran de caer bajo la administración de personas determinadas. En el antiguo derecho el conflicto no podía existir, pues sólo el padre ejercía la autoridad doméstica, por lo que jamás podía darse el caso de que la atacase en otro miembro de la familia, y si se trataba de testador completamente extraño al menor, se seguía el principio de que *voluntas testatoris pro lege habetur* (núm. 22).—Pero las leyes modernas han procedido de otro modo, mediando entre los diversos inconvenientes que presentan ambos extremos. Refirámonos al primer caso, ó sea al del padre testador. ¿Puede éste, por medio de nombramiento de tutor testamentario, excluir de la patria potestad á los demás ascendientes á quienes la ley otorga esa autoridad? Sí, responden todos nuestros Códigos, menos uno, con tal de que no esté de por medio la madre (arts. 385 de Veracruz, 332 de Estado de México, 530 y 531 del Distrito Federal de 1876, y 431 y 432 del actual). Sólo el Código de Tlaxcala (art. 335) establece expresamente que no hay lugar á tutor testamentario, mientras existan ascendientes que deban ejercer conforme á la ley la patria potestad.

185. En cuanto al caso de testador extraño, aun el derecho que hemos visto le asiste (núm. 178) para nombrar tutor testamentario que meramente administre los bienes que deja, no existe si el menor está bajo la patria potestad de cualquiera de sus ascendientes, y en este punto es unánime nuestra legislación (arts. 383 del Código de Veracruz, 330 del de Estado de México, 337 del de Tlaxcala, 527 del del Distrito Federal de 1870 y 429 del actual). Se ve, pues, bien claro cuál ha sido el espíritu de nuestros legisladores, concediéndole todo en esta materia al padre que ejerce la patria potestad con menoscabo de los demás ascendientes, excepto la madre, como negándole todo también, sin excepción alguna, al testador extraño. Si este sistema se recomienda por la prudencia que le ha dictado, no nos parece perfectamente conforme con los principios que en todas nuestras leyes civiles han hecho admitir á los abuelos al desempeño de la patria potestad. Porque si se ha creído conveniente que la autoridad protectora de los hijos sea desempeñada sucesivamente no sólo por el padre y por la madre, sino también por los abuelos, no encontramos razón para que así deje de suceder con sólo que el padre ó la madre nombren tutor testamentario.

186. La legislación civil del Estado de México pone aún otra taxativa á los efectos del nombramiento de tutor testamentario por una persona extraña. El art. 1953 del Código de Procedimientos Judiciales en materia civil, de 9 de Septiembre de 1884, dice textualmente: "El menor podrá oponerse al nombramiento de tutor hecho por la persona que, no siendo el padre ó la madre, le haya instituido heredero, ó dejado manda de importancia, cuando tuviere diez años ó más. Si formulare dicha oposición, el juez dará audiencia al pro-tutor por los trámites de los incidentes; y encontrando fundada la oposición del menor, negará al nombrado el discernimiento del cargo."

187. La declaración de la mayoría de nuestros Códigos acerca del punto que nos ocupa, ha dado lugar á la siguiente

cuestión de derecho transitorio, que creemos oportuno examinar. Hemos dicho (núms. 3 y 5) que conforme á la legislación antigua, la patria potestad pertenecía sólo al padre, quien por lo mismo tenía el derecho de nombrar, para después de su muerte, tutor testamentario para sus hijos aun á una persona extraña. De esta manera, el padre testador podía excluir de toda autoridad sobre los hijos á la madre, y con más razón, á las abuelas. Aquellos, en consecuencia, se hallaban, á la muerte del padre, bajo tutela dativa, legítima ó testamentaria. ¿Qué decidir en orden á los hijos colocados en esta situación, al ser promulgado alguno de los Códigos que á la vez que otorgan la patria potestad á los padres y á los abuelos, han declarado que los primeros pueden excluir á los segundos de tal autoridad por medio del nombramiento de tutor testamentario?—Aplicando en este punto los principios que rigen la retroactividad de las leyes en materia de estado y capacidad de las personas (1), tiene que resolverse que tales hijos deben continuar en tutela, aunque existieran abuelos ó abuelas, pues esto es, como acabamos de verlo, lo que dispone la ley posterior, en virtud de la cual, con excepción de la madre, cede al nombramiento de tutor testamentario, cualquier derecho que pudiera invocar otro ascendiente. Sin embargo, muy otra ha sido la formal declaración del legislador, como es de verse en el art. 9 de la ley transitoria anexa al Código de procedimientos civiles del Distrito federal, de 15 de Agosto de 1872, pues según este precepto, los hijos menores constituidos en tutela al empezar á regir el Código civil, debían recaer en todo caso bajo la potestad de la madre, ó en la de los abuelos, ó abuelas, si no tenían tutor testamentario; y si lo tenían, y además no existían esos ascendientes, ó habían renunciado la patria potestad, tenía que continuar la tutela. Por manera que si respecto de la madre el legislador novísimo ha establecido, con

(1) Véase el tomo I de esta obra, núms. 56 á 58.

irreproachable fundamento que, cualquiera que fuese la legislación anterior, los hijos menores constituidos en tutela debían recaer bajo la potestad de aquella; por lo que toca á los abuelos, á quienes, como ya vemos, puede hoy el padre excluir de la patria potestad, mediante el nombramiento de tutor testamentario, el mismo legislador no ha procedido sino con arreglo á un sistema que no es ni el del antiguo ni el del moderno derecho. Y hé aquí una prueba incontestable de lo que antes hemos asentado (núm. 185) en orden á la inconsecuencia con que la mayoría de nuestros Códigos ha establecido que basta el tutor testamentario para excluir de la patria potestad á los abuelos, que la tienen conforme á los mismos Códigos. La diferencia de épocas será bastante á explicar que en un caso la voluntad del testador no prevalega sobre la ley, y si sea en otro sacrificada á aquella circunstancia? De seguro que nó y nadie pensará que sólo los abuelos de la época anterior al Código civil puedan merecer el entusiasta elogio que se contiene en una sentencia de nuestros tribunales, relativa al caso que nos ocupa, porque los abuelos modernos sean menos tiernos y amorosos con sus nietos (1).

188. La excepción establecida á favor de la madre por lo que toca á la facultad que al padre se reconoce, de excluir á los ascendientes de la patria potestad por medio de la designación de un tutor testamentario, da lugar á la siguiente grave dificultad: Supóngase que un hombre reconoce por testamento, como hijos suyos naturales, á unos niños á quienes ya había reconocido también anteriormente una mujer, la cual se encuentra ya casada con otro hombre, ¿puede esta madre ser privada así de la patria potestad? Por la afirmativa pudiera invocarse la filosofía de la ley que en caso análogo decide que la madre viuda pierde la patria potestad (núm. 65). Por la negativa está, sin embargo, el texto expreso legal

(1) S
lio de 1

del Juzgado 1º de lo civil del Distrito federal, de 6 de Julio, tomo III, núm. 15.)

que prohíbe al padre privar, por medio del nombramiento de tutor testamentario á la madre, de la patria potestad. Hé ahí, pues, muy á pesar sin duda de los legisladores, colocada la madre natural en mejor condición que la madre legítima. Mientras ésta vería alejarse á sus hijos, apenas contrajera segundas nupcias, aquella los conservará á su lado, aun después de haberse ligado con nuevos vínculos, que de seguro no constituyen, propiamente hablando, segundas nupcias, y sin que pueda arrebatárselos ni la voluntad expresa del padre, solemnemente manifestada en un acto público.

189. Puede suceder que, al fallecer el padre bajo testamento en que nombra tutor á sus hijos, la madre ó los abuelos se hallen impedidos, tal vez privados de la facultad para ejercer la patria potestad. Supóngase que estos ascendientes se encuentran en alguno de los casos de que hemos hablado en otra parte (núms. 38 á 43). ¿Vale el nombramiento de tutor testamentario? Consideremos este caso, por lo que respecta á la madre. Si como lo hemos asentado (núm. 184), el padre no puede privar de la patria potestad á la madre mediante la designación de tutor en el testamento, nada se opone á que éste entre al ejercicio de sus funciones, cuando aquella se encuentre, conforme á la ley, privada de la autoridad doméstica, la cual, por lo mismo, ya no sería, al menos mientras durase la privación, obstáculo para la tutela. Sobre este punto nos referimos, para no repetirnos, á lo que en otra parte hemos expuesto con relación, precisamente, á una de las causas que con más frecuencia motivan la suspensión ó pérdida de la patria potestad en orden á la madre; aludimos al divorcio, cuyos efectos sobre la patria potestad, después de muerto el cónyuge inocente, varían, según las causas que lo han hecho pronunciar (1). Así, pues, por absoluto que á primera vista parezca el precepto según el cual no puede el padre privar de la patria potestad á

la madre por medio del nombramiento de tutor testamentario, tal prohibición debe entenderse en términos hábiles, ó sea, cuando, al fallecer el padre, la madre se hallare en aptitud legal de ejercer la misma autoridad. Lo que decimos, se aplica por paridad de razón al caso en que sea el padre quien se encuentre suspenso ó privado de la patria potestad, al fallecer la madre bajo testamento en que nombre tutor.

190. Por de contado que en cualquiera de estos casos, ese salto que puede realizarse por uno de los padres sobre el otro que se supone inhábil para el ejercicio de la patria potestad, reemplazándolo con un tutor, no llega hasta producir siempre el efecto de que tal reemplazo subsista á pesar de que hubiera cesado la causa de la suspensión de la patria potestad. ¿Cómo, si ésta ha renacido en la madre, por ejemplo, después del transcurso de cierto tiempo, ha de continuar, sin embargo, el tutor testamentario cuya autoridad sobre los hijos no tenía otra razón de ser que el impedimento de aquella? *Sublata causa, tollitur effectus*. Es lo que sucedería también en el caso de hallarse uno de los padres en estado de incapacidad mental, al morir el otro.

191. Pero esto que resulta una verdad inconcusa, tratándose de los padres, ¿lo será también en orden á los abuelos? No es uniforme sobre este punto nuestra legislación civil, deduciéndose las diferencias, en algunos Códigos, de textos expresos y terminantes, y en otros, de su absoluto silencio, que obliga al intérprete á atenerse á los principios generales del derecho. En efecto, según el Código del Estado de México (art. 334), cuando se hiciere nombramiento de tutor testamentario, sobreviviendo alguno de los ascendientes que pudieran ejercer la patria potestad, pero que estuviera impedido para ello, *cesando el impedimento, cesará también el tutor y recobrará la patria potestad*. Creemos que este texto legal paga el debido tributo á la justísima consideración de no facultar ilimitadamente á los padres para privar de la patria potestad á los abuelos por me-

dio del nombramiento de un tutor testamentario (núm. 185). Se ve que el legislador reflexionó en que la voluntad del testador no podía ser racionalmente interpretada, en el caso de impedimento de los abuelos para el ejercicio de la patria potestad, sino en el sentido de que ésta renaciese, no habiendo ya lugar á la tutela, cuando el impedimento desapareciera.

Mas supóngase que el testador ha expresado, al nombrar tutor testamentario, que, aun cuando cese el impedimento del abuelo para el ejercicio de la patria potestad, continúe la tutela, ¿habrá de respetarse esa disposición? El Código del Estado de México no trata de este punto expresamente; pero creemos, atenta la declaración contenida en el art. 332 (núm. 184), que está en las facultades del testador proceder de esa manera, desde que se le reconoce en términos absolutos la facultad de excluir de la patria potestad á los abuelos por medio del nombramiento de un tutor testamentario.

¿Qué decidir acerca de ambos puntos conforme al Código de Veracruz? Nada encontramos expreso en esta legislación, ni en orden al caso en que el testador hubiera lisa y llanamente nombrado tutor, ni respecto de aquel en que, haciéndose cargo de estar impedido para ejercer la patria potestad el abuelo, hubiera declarado que aun después de cesar el impedimento continuase la tutela. En consecuencia, y ya que este Código declara, como todos los otros, pero limitándose á esto, que el nombramiento de tutor testamentario hecho por los padres excluye de la patria potestad á los abuelos, creemos que es indiferente cualquiera de las dos circunstancias que mencionamos y que, desde el momento en que el testador ha ejercitado esa facultad que la ley le dá, el acto debe producir sus efectos, aun cuando cesara el impedimento del abuelo. El único caso en que sucedería lo contrario, sería aquel en que el testador dijese al menos que en tanto nombraba tutor testamentario, en cuanto el ascendiente encargado por la ley estaba impedido para el ejercicio de la patria potestad.—La ra-

zón es esa omnipotencia otorgada por la ley al testador en todo lo que no se oponga á aquella.

El Código de Tlaxcala, que, como hemos visto (núm. 184), respeta siempre el derecho de los abuelos para el desempeño de la autoridad doméstica, no es posible que consienta ninguna de las dificultades que estudiamos. Según esta legislación, jamás puede haber lugar á tutela testamentaria sino en faltando cualquiera de los ascendientes á quienes corresponda la patria potestad. Los Códigos del Distrito Federal (arts. 533 del de 1870 y 434 del actual) han procurado obviar toda controversia en la materia que nos ocupa, diciendo, como el Código del Estado de México; pero agregando expresamente que la reaparición de la patria potestad, cuando ha cesado el impedimento del abuelo para ejercerla, no tendrá lugar si el testador ha declarado que es su voluntad, continúe la tutela á pesar de tal circunstancia.

192. La facultad que hemos visto, tienen los padres de excluir de la patria potestad á los abuelos, mediante el nombramiento de tutor testamentario, ¿corresponderá también á los abuelos respecto de los otros ascendientes del mismo ó ulterior grado? Aunque á primera vista choque á la razón natural semejante cuestión,—que si es meramente arbitrario hacer depender de la sola voluntad del padre ó madre testadores la ineficacia del principio que con todo acierto atribuye también la patria potestad á los abuelos, no lo es menos que otro tanto se haga con estos en orden á los ascendientes de su misma clase,—nos obliga á tratar de este punto la circunstancia de que dos de nuestros Códigos, los del Distrito Federal (arts. 532 del de 1870 y 433 del actual) declaran que el nombramiento de tutor hecho por cualquiera de los abuelos, excluye de la patria potestad al cónyuge del testador y á los demás ascendientes que debieran ejercerla, sean de la línea y grado que fueren. No hemos encontrado en ninguno de los principales Códigos civiles, vigentes en el extranjero, la menor indica-

ción que haya podido servir de antecedente á nuestros legisladores para este precepto. Hé ahí puesta en manos temblorosas ya por la ancianidad, una medida que, en caso de no ser inútil, las más veces sólo podrá servir para que un extraño se interponga entre el nieto y los seres más inclinados en su favor por un cariño de que dá patente prueba la experiencia de lo que vemos todos los días. No comprendemos qué fin práctico puede haberse propuesto alcanzar el legislador con una declaración semejante, que se aparta por completo de lo que enseña una observación atenta y desapasionada de la naturaleza humana (núm. 68).

193. Los Códigos de Veracruz y Estado de México contienen una particularidad, relativa al caso en que la madre binuva, que según el sistema de esos Códigos no pierde por tal circunstancia la patria potestad (núm. 65); por haber conservado también la administración de los bienes de los hijos del primer lecho mancomunadamente con el nuevo marido, nombrará á éste tutor testamentario de aquellos. Dichos Códigos (arts. 384 del de Veracruz y 331 del de Estado de México) previenen que para que valga tal nombramiento, es necesaria la aprobación del consejo de familia. El segundo de esos Códigos exige también la confirmación del Juez. Es la aplicación al caso de tutela testamentaria del segundo marido, del requisito exigido por esas mismas legislaciones para que la madre binuva continúe, conjuntamente con el segundo marido, en la administración de los bienes de los hijos del primer lecho.

194. En diversos lugares de este comentario sobre *tutela* (núms. 121 y 178) hemos expuesto que desde la antigua legislación (núm. 170) era principio universalmente reconocido, como lo es por las leyes modernas, el *uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto*. En virtud de esta soberanía que se respeta en el testador, ha habido necesidad de declarar que deben observarse todas las reglas, limitaciones y condiciones puestas por él para la administración de la tutela, con tal de que no

sean contrarias á las leyes, y salvo que, por estimarlas dañosas á los menores, el Juez las dispense ó modifique. Para este caso, unos Códigos, como los del Distrito Federal (arts. 543 del de 1870 y 443 del actual) prescriben que el Juez oiga al tutor y al curador; otros, como el de Tlaxcala (art. 341), por no admitir la curatela (núm. 111), se refieren solo al tutor; y otros, como los de Veracruz (art. 389) y de Estado de México (art. 336), prescriben que el Juez oiga al Consejo de familia. Tal es la sola limitación que á la soberanía del testador ponen las leyes, pues fuera de ella, ya hemos visto (núm. 121) que puede nombrar tutor á plazo, *a die* ó *ad diem*, ó bajo condición. Así lo reconocen todos nuestros Códigos, previniendo que si por tal causa faltare el tutor testamentario, el juez provea al menor de tutor interino conforme á las reglas generales sobre nombramiento de tutores (arts. 544 del Código civil del Distrito Federal de 1870 y 444 del actual). Los Códigos de Veracruz y Estado de México (arts. *cits.*) dicen también que, cuando falte temporalmente el tutor testamentario, el Consejo de familia, con aprobación del Juez, deberá proveer de tutor interino al menor. Según todas estas legislaciones, se trata aquí de un caso de tutela dativa, de que nos ocuparemos más adelante.

195. En ejercicio de ese omnímodo poder del testador, claro es que las leyes tenían que reconocer cómo él podía, ó bien nombrar un tutor para cada menor, ó uno solo común para todos, ó varios para uno solo. Esta facultad es reconocida por nuestros diversos Códigos que, al obrar así, se ocupan de la manera de hacer efectiva la voluntad testamentaria. De esta suerte, si el testador ha nombrado ya un tutor común para varios menores, ó varios tutores para un solo menor, se previene que en el primer caso, si los intereses de alguno ó algunos de los menores fueren opuestos á los de otros, el tutor lo ponga en conocimiento del Juez, quien está obligado á nombrar un tutor especial que defienda los intereses de los menores que aquel de-

signe, mientras se decide el punto de oposición; y en el segundo, desempeñe la tutela el primer nombrado, substituyéndole los demás por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción, salvo siempre la voluntad expresa del testador á este respecto (arts. 386, 387 y 388 del Código de Veracruz; 333 y 335 del de Estado de México; 339 del de Tlaxcala; 534, 535, 541 y 542 del del Distrito Federal de 1876 y 435, 436, 441 y 442 del actual). Se ve que así se salva el principio que en otra parte expusimos, respecto de la unidad de la tutela (núm. 119).

CAPÍTULO VII

DE LA TUTELA DE LOS MENORES

SECCIÓN I. DE LA TUTELA DE LOS MENORES

ARTÍCULO 1.º

La tutela de los menores de edad, se establece en favor de ellos, por el orden de su nombramiento, en los casos de muerte, incapacidad, excusa ó remoción, salvo siempre la voluntad expresa del testador á este respecto (arts. 386, 387 y 388 del Código de Veracruz; 333 y 335 del de Estado de México; 339 del de Tlaxcala; 534, 535, 541 y 542 del del Distrito Federal de 1876 y 435, 436, 441 y 442 del actual). Se ve que así se salva el principio que en otra parte expusimos, respecto de la unidad de la tutela (núm. 119).

CAPITULO IV.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS MENORES.

Art. 445. *Hay lugar á la tutela legitima:*

I. *En los casos de suspensión ó pérdida de la patria potestad, ó impedimento del que debe ejercerla.*

II. *Cuando no hay tutor testamentario.*

III. *Cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio.*

Art. 446. *La tutela legitima corresponde:*

I. *A los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas.*

II. *Por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre.*

Art. 447. *Si hubiere varios hermanos de igual vinculo, ó varios tíos de igual grado, el Juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido ya catorce años, él hará la elección.*

Art. 448. *La falta temporal del tutor legitimo se suplirá en los términos establecidos en los dos artículos anteriores.*

CAPITULO V.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS DEMENTES, IDIOTAS, IMBECILES Y SORDO-MUDOS.

Art. 449. El marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido.

Art. 450. Los hijos varones mayores de edad, son tutores de su padre ó madre viudos.

Art. 451. Cuando haya dos ó más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre ó de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto.

Art. 452. El padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela.

Art. 453. A falta de tutor testamentario y de persona que, con arreglo á los artículos anteriores, deba desempeñar la tutela, serán llamados á ella el abuelo paterno; en falta de éste, el materno; en falta de éste, los hermanos del incapacitado; en falta de ellos, los tíos paternos; y en la de éstos, los maternos. Respecto de los hermanos y de los tíos, se observará lo dispuesto en los artículos 446 y 447.

Art. 454. El tutor de un incapacitado que tenga hijos menores en su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente á quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho.

CAPITULO VI.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

Art. 455. La ley coloca á los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya recogido, la cual tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores.

Art. 456. Los Directores de las inclusas, hospicios y demás

TOMO V.—P. 25

casas de beneficencia donde se reciban niños abandonados, desempeñarán la tutela de éstos, con arreglo á las leyes y á lo que prevengan los estatutos del establecimiento.

Art. 457. En el caso del artículo anterior no es necesario discernimiento del cargo.

SECCIONES IV, V y VI.

196. Cualquiera que en todo tiempo haya sido el respeto de las leyes en orden á la voluntad del testador, por lo que hace á la designación de la persona que desempeñe la tutela de los hijos después de la muerte de aquel, resulta inconcuso que las mismas leyes se han ocupado siempre de la tutela legítima, que es aque la que toma su origen, no ya de la voluntad del hombre, como la testamentaria, sino del precepto expreso del legislador. Y es que había que prever el caso en que la tutela testamentaria faltase, siendo entonces necesario que las leyes procediesen de la misma manera que cuando se trata de la distribución de los bienes después de la muerte del propietario. Así, la genealogía de las ideas es igual en un caso y en otro. Para no hablar, entre las legislaciones más antiguas, sino de la romana, es de observarse que las XII Tablas deferían la tutela al agnado más próximo, heredero legítimo del pupilo (1). La transformación que de agnática convirtió la herencia en cognática, se verificó también respecto de la tutela. Esto explica que la madre fuese llamada á la tutela á falta del agnado como un primer paso en la humanización de la primitiva y austera forma de la familia romana. En el último estado del derecho, según la Novela 118, el más próximo cognado capaz es tutor legítimo: la madre misma y la abuela lo son; pero no sucedía lo mismo anteriormente. Justiniano todavía repite la prescripción de las XII Tablas, según la cual, á falta de tutor testamentario, eran llamados, como legítimos, los agnados, que eran los parientes por el sexo masculino (*per virilis sexus*). La tutela legítima tenía lugar en cuatro casos: 1º cuando el padre de familia había muerto sin testar, ó al menos sin nombrar

(1) Ortolan, "Explicat. hist. des Inst.," lib. 1, tit. 15.

tutor en su testamento; 2º cuando el tutor nombrado moría antes que el testador; 3º cuando el tutor testamentario, después de haber desempeñado durante algún tiempo su cargo, moría ó perdía los derechos de ciudadano, antes de que el pupilo hubiera alcanzado la pubertad: la tutela, entonces, pertenecía á los agnados por todo el tiempo restante; y 4º cuando el testador había nombrado el tutor por cierto tiempo ó bajo cierta condición.

197. Además de la tutela legítima de los agnados, se conocía en el derecho romano la de los patronos, que aunque no expresamente establecida por la ley, fué considerada por los jurisconsultos como invívita en la prescripción de las XII Tablas. Ella tenía lugar sobre el manumitido impúber y en favor del patrono ó de sus hijos. Se conocía también en el derecho romano otra especie de tutela, que era también llamada legítima, á semejanza de la anterior: era la tutela de los ascendientes sobre los hijos ó hijas, nietos ó nietas, ect. ect., emancipados antes de su pubertad (1). Finalmente, existía también la tutela fiduciaria, que era la de los hijos del padre emancipador sobre los hijos ó nietos emancipados, cuando aquel había fallecido antes de la púbertad de estos (2).

198. Hemos visto en otra parte (núm. 5) que la tutela legítima á cargo de la madre existía según el Fuero Juzgo, muerto el padre, sobre los hijos que hubieran cumplido quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, pues en caso contrario, y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. El mismo código visigótico prevenía, para el evento de que no existiera tal hermano, ó de que careciera del requisito expresado, que la tutela fuese encomendada al tío ó á su hijo. Son las leyes Alfonsinas las que de una manera más terminante y siguiendo el sistema de renuencia de la legislación romana para otorgar la patria potestad á la madre, proclaman que la tutela legítima pertenece á la madre y en su defecto á la abuela, con tal de que prometiera no

(1) Ulp. "Reg." 11, § 5.—Gaius, 1, §§ 166 y 195.—"Dig." lib. 26, tit. 4, t. 3, § 10.

(2) "Dig." lib. 26, lib. 4, tit. 4.—"Cód." lib. 5, tit. 31, libs. 4 y 5.—"Dig." lib. 26, tit. 4, lib. 10, § 1.—Novela 108, cap. 5.

volver á casarse y renunciase el beneficio del Senado-consulto Vellyano (1). Son de notarse por la precisión de los casos que expresan y porque ya abiertamente en ellos se impone la tutela legítima á cargo de los parientes por la sangre, sin la menor reminiscencia del lazo civil, las siguientes palabras de una de aquellas leyes: "Sin testamento, dice, muriendo algún ome que oviese fijos, é non les oviese dado guardadores, ó si ficiese testamento, é non los dejase en guarda de ninguno: ó si les dejase guardadores, ó se murieran antes que el padre de ellos: ó si los mozos non oviesen madre nin abuela, mandamos que los parientes más cercanos que ovieren, é que estuvieren en un mismo grado, sean guardadores de ellos é de todos sus bienes; estos atales son llamados legítimos." Como en el derecho romano, la antigua legislación española reconocía la tutela legítima de los patronos (2), y preveía el caso de que hubiese varios parientes de un mismo grado, capaces igualmente de la tutela, expresando que entonces y por ser conveniente que uno sólo se encargara de la administración, cualquiera de ellos podía pedir que se compeliere á los demás á que prestasen fianza, ó que se le diese á él sólo la administración, previo el otorgamiento de la garantía que ofreciese (3).

199. En derecho francés, donde mal disimuladamente se conserva la exclusiva pertenencia de la patria potestad al padre (núms. 7 y 48) existe la tutela legítima también á cargo de la madre, quien, según el art. 390 del Código de Napoleón, tiene la guarda de los hijos menores y no emancipados, después de la disolución del matrimonio, por la muerte natural ó civil de su consorte. Este se encuentra en el mismo caso, si es la madre quien ha fallecido. Hemos explicado en otra parte (núm. 46) con qué diferencia pertenece esta tutela legítima al padre respecto de la madre; y ya sabemos también (núm. 65) que en caso de que la madre contraiga segundas nupcias, conservando la tutela con aprobación del consejo de familia, el segundo marido queda co-

(1) Part. 6, tit. 16, libs. 4 y 9.

(2) Part. 6, tit. 16, lib. 10.

(3) "Part." 6, tit., 16, lib. 11.—"Glos." 4.—"Dig." lib. 26, tit. 7, lib. 3, § 6.

mo co-tutor de ella, y ambos solidariamente obligados por las resultas de la administración. Tal es, supuesta la declaración del Código francés acerca de que la guarda de los menores pertenece de pleno derecho al supérstite de cualquiera de los padres, la primera forma de tutela legítima que esta legislación reconoce. Pero la ley francesa tenía que preveer el caso de que el último moribundo de los padres (núm. 171) no hubiera designado tutor para sus hijos menores. ¿A quién pertenece entonces la tutela legítima? El art. 402 responde, que al abuelo paterno; á falta de éste, al materno, y así sucesivamente, de manera que el ascendiente paterno sea siempre preferido al materno del mismo grado. El art. 403 sancionó esta preferencia otorgada al sexo masculino para el caso de que, faltando los abuelos paterno y materno, hubiera concurrencia de dos ascendientes de grado superior, pertenecientes ambos á la línea paterna del menor, pues se declara que entonces tal tutela pertenece de derecho á aquel de los dos que sea el abuelo paterno del padre del menor. Si la misma concurrencia tuviere lugar entre dos bisabuelos de la línea materna, previene el art. 404 que el nombramiento sea hecho por el consejo de familia, quien forzosamente tiene que elegir á uno de esos dos ascendientes.

Mas ¿cuándo hay lugar á esta tutela legítima? Acabamos de ver cómo resuelve este punto el art. 402 según el cual no se considera sino un caso en el que son llamados los ascendientes al desempeño de la tutela, es á saber, cuando no haya tutor testamentario. Si en cuanto á esto parece no haber ninguna dificultad, no sucede lo mismo con respecto á la manera con que deben reemplazarse los abuelos y ascendientes de grado superior los unos á los otros en sus faltas. Si nos atenemos á la letra del art. 402, sus términos clarísimos no pueden consentir la menor duda, pues la frase "á falta de" sólo violentando el lenguaje podría no significar que por cualquier motivo que fulte un ascendiente, será llamado el que le siga en el orden marcado por la ley. Pero toda esta claridad se oscurece, cuando se lee el art. 405 cuyo texto es el siguiente: "Cuando un hijo menor y no emancipado quedare sin padres, ni tutor electo por és-

tos, ni ascendientes varones, como cuando el tutor se encuentre en los casos de exclusión de que se hablará después ó tenga excusa legal, se proveerá por el consejo de familia al nombramiento de un tutor (1)''

200. Nuestro derecho nacional no es poco diverso del antiguo y del francés, y ni guarda tampoco completa uniformidad, tomados en cuenta los diversos Códigos que rigen en la República. Los Códigos de Veracruz y Estado de México no mencionan sino dos casos en los que tiene lugar la tutela legítima: cuando no hay tutor testamentario y cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio (arts. 390 del primero y 337 del segundo). Según el Código de Tlaxcala la tutela que nos ocupa tiene lugar cuando no habiendo persona que ejerza la patria potestad, no hay tampoco tutor testamentario. Según los Códigos del Distrito Federal, son tres los casos en que ha lugar á la tutela legítima: cuando se suspende ó pierde la patria potestad, ó está impedido el que debe ejercerla; cuando no hay tutor testamentario; y cuando debe nombrarse tutor por causa de divorcio (arts. 545 del Código de 1870 y 445 del actual). Notable es la diferencia que separa estas legislaciones, pues casos que son materia de tutela legítima, como los de suspensión ó pérdida ó impedimento de la patria potestad según unos Códigos, no lo son según otros. Hemos hecho notar en otra parte (núm. 43) las ventajas que á los hijos de padres á quienes se suspende ó priva de la patria potestad, resultan de que estos casos sean motivo para la tutela legítima. Fuera de esta diferencia, y no obstante la que pudiera señalarse en la redacción, no se advierte ninguna otra, bien penetrado el espíritu de aquellos textos legales.

201. Como acabamos de ver, todos nuestros Códigos coinciden, al hablar de la tutela legítima, en decir que ella tiene lugar cuando haya de nombrarse tutor por causa de divorcio. Hemos expuesto ya ampliamente (2) toda la legislación civil mexicana en orden á la privación de los derechos de la patria

(1) Duranton, tomo 3, núm. 547.—Aubry et Kau, tome 1, pág. 414, not. 3.—Baudry.—Lacantinerie, núm. 855.—Demolombe, tomo 7, núm. 187.—Laurent, tomo 4, núm. 405.—Demautes, tome 2, pág. 228.

(2) Véase tomo 3 de esta obra, núm. 191.

potestad por causa de divorcio. No nos resta, pues, sino exponer cuándo por tal motivo debe nombrarse, conforme á la ley, tutor á los hijos de un matrimonio perturbado por tan tristes circunstancias. Se hace necesario entrar en esta explicación, porque hasta aquí sólo sabemos que el cónyuge culpable del divorcio pierde la patria potestad, la cual pasa al inocente, salvo el caso de enfermedad según algunos códigos; y que si ambos cónyuges son culpables, la patria potestad pasa al ascendiente á quien corresponda según la ley.

202. Supóngase que ambos consortes resultan culpables del divorcio; una de dos: ó hay ascendiente á quien corresponda la patria potestad en defecto de los padres, ó no lo hay. Si lo primero, no es uniforme toda nuestra legislación civil nacional acerca de lo que deba hacerse en orden á la patria potestad, pues mientras los Códigos de Veracruz (arts. 237 y 390, inciso 2) y del Estado de México (arts. 196 y 337 inciso 2) previenen que en tal caso, por perderse la autoridad paterna, se nombre tutor á los hijos, nuestros otros Códigos declaran que no hay lugar á la tutela legítima sino á condición de que falte persona á quien corresponda la patria potestad según la gradación establecida por la ley (arts. 178 inciso 2 y 342 del de Tlaxcala; 268 y 545 inciso 3 del del Distrito Federal de 1870, y 245 y 445 inciso 3 del actual). El primer sistema, tomado de Goyena (1), nos parece fundarse en la prudente consideración de que, siendo ambos cónyuges culpables, es de temerse la falta de la necesaria imparcialidad é independencia en el ejercicio de la autoridad paterna, si ésta se confía á cualquiera de los abuelos, que es muy probable se incline en favor de su hijo ó hija aun culpables, con fraude de la absoluta separación que el legislador ha querido realizar entre éstos y los nietos. El otro sistema descansa, pues, sobre una mayor confianza respecto del cariño de los ascendientes.

203. En el caso de que no haya ascendiente, todos nuestros Códigos coinciden en el principio de que debe proveerse de tutor á los hijos, con tal de que no lo haya testamentario, pues

(1) Goyena, "Proyecto." Art. 181.

ya dejamos dicho que la tutela legítima, obra de la ley, es colocada por el legislador sólo á falta de la que es obra de la última voluntad del hombre.

204. Mas hay otra tutela legítima que tiene lugar en ciertos casos, y cuando uno solo de los cónyuges es culpable del divorcio después de muerto el inocente. Nos referimos á lo que en otra parte hemos expuesto (1) en orden á la diversa influencia que las varias causas de divorcio tienen en la subsistencia de la patria potestad, dado el caso que suponemos, y según nuestros distintos Códigos. En concepto de nuestros legisladores la patria potestad puede reaparecer en el cónyuge culpable, cuando ya muerto el inocente que ejercía durante el divorcio aquella autoridad, se ha creído necesario y fuera de todo peligro para los hijos restituir ésta á su fuente natural, que es la paternidad. Inútil entonces tratar aquí de la tutela de que los hijos no han menester, puesto que tienen toda su protección en el autor ó autora de sus días. Mas, como hay causas de divorcio calificadas de tan graves en las leyes, que hacen perder perpetuamente, como incompatibles para siempre con ella, la autoridad paterna, ha sido preciso suplir su falta con la tutela, y los legisladores se han encargado de establecer ésta, como remedio para el desamparo de los inocentes hijos. Aquí es de observarse una notable diferencia entre el Código del Estado de México que decreta la irremediable pérdida de la patria potestad para el cónyuge culpable aun después de muerto el inocente, y las demás legislaciones nuestras que siguen el sistema contrario con la variante que antes señalamos respecto del caso de que hubiera ó no ascendiente á quien corresponda la patria potestad. Si lo primero, los códigos de Tlaxcala, (art. 342) del Distrito Federal de 1870 (art. 272) y el actual (art. 249) respetan los derechos del ascendiente. El Código de Veracruz (art. 240) proclama aún entonces la necesidad de la tutela legítima.

¿A quiénes pertenece la tutela legítima? Nuestra legislación nacional marca una notable novedad á este respecto; tanto por lo que hace al antiguo derecho, como por lo que mira al fran-

(1) Véase tomo 3 de esta obra núm. 191.

cés. Excluidos de la patria potestad la madre y los abuelos, muy natural era que esas leyes los llamaran al desempeño de la tutela á falta del padre, poseedor exclusivo de aquella autoridad, y á falta también de tutor testamentario. Proceder de otra manera, llevando la exclusión de parientes consanguíneos, tan inmediatos á los hijos, hasta el extremo de no considerarlos dignos ni aun de la tutela sobre éstos, no se hubiera antojado sino como uno de los mayores absurdos entre los que pueden cometerse en contra de la naturaleza humana. Y si no deja de serlo hacer de la madre y de los abuelos, personas extrañas á seres que les son naturalmente queridos, algo es, en sentido contrario, que al menos para la tutela se haya pensado que eran los más apropiados. Y como según antes hemos visto, toda nuestra legislación adoptó francamente el sistema de otorgar la autoridad doméstica no sólo al sexo que todo lo reclamaba para sí en la antigüedad, sino también al otro que por su ternura y abnegación ofrece todas las garantías necesarias para el buen ejercicio de aquella, la madre y los abuelos no figuran, entre nosotros, cuando se trata de la tutela, la cual, en el pensamiento del legislador, debe ser solo encomendada, á falta de voluntad expresa en el testamento, á parientes menos inmediatos á los menores. Así es que, todos nuestros Códigos (arts. 391 del de Veracruz); 338 del de Estado de México; 343 y 344 del de Tlaxcala, 546 y 547 del del Distrito Federal de 1870 y 446 y 447 del actual) declaran que la tutela legítima corresponde 1.º, á los hermanos varones, prefiriéndose á los que lo sean por ambas líneas; 2.º, por falta ó incapacidad de los hermanos, á los tíos, hermanos del padre ó de la madre. Esta legislación, precisamente por su laconismo, requiere ser explicada. El no mencionarse de una manera expresa los medios hermanos, no significa que en la mente del legislador se haya querido excluirlos de la tutela que nos ocupa, pues lo único que se infiere del lenguaje de la ley es que, en caso de concurrencia de hermanos por ambas líneas y de medios hermanos, se *preferirá* á los primeros. En cuanto á los tíos, la ley parece haber puesto especial empeño en no llamar á la tutela legítima sino á los parientes co-

Tomo v.—P. 26.

laterales en el tercer grado de la computación civil, ó sea á los tíos, hermanos del padre ó de la madre. Esto quiere decir que los primos hermanos de nuestros padres no son los designados por la ley para la tutela de que tratamos.

205. ¿Mas qué sucederá si hay varios hermanos de igual vínculo ó varios tíos de igual grado? El Código actual del Distrito Federal (art. 447) y el de Tlaxcala (art. 344) dicen, refiriéndose á los hermanos y á los tíos, que en tal supuesto el juez deberá elegir el que le parezca más apto para el cargo de tutor; pero que si el menor ha cumplido ya catorce años, él mismo hará la elección. El antiguo Código del Distrito Federal (art. 547) no contiene esta última prevención, por manera que, segun él, la elección debe ser hecha siempre por el juez. Lo mismo expresa el Código del Estado de México (art. 338); pero añadiendo que el juez deberá oír, antes de la elección, al consejo de familia. El Código de Veracruz (art. 391) expresa en orden á los hermanos que, en igualdad de circunstancias, será preferido el de mayor edad; y en orden á los tíos, que lo será el que parezca al juez más útil á los intereses del menor.

Asi las cosas, y puesto que ya se sabe quien de los parientes debe ser llamado de preferencia al desempeño de la tutela legítima, nos parecen inútiles los arts. 548 del Código del Distrito Federal de 1870, 448 del actual y 345 del de Tlaxcala segun los cuales la falta temporal del tutor legítimo deberá ser suplida de acuerdo con la preferencia de que hemos hablado. ¿No bastaba, en efecto, asentar que los hermanos, principalmente los de ambas líneas, y por su falta los tíos, son los designados por la ley para la tutela, á fin de comprender que, mientras existiera uno de estos parientes, no habia lugar á otra tutela que la legítima?

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS INCAPACITADOS.

206. Lo hemos dicho en otra parte (núms. 102 y 111): los mayores de edad, incapaces de administrar sus bienes por locura, prodigalidad, sordo-mudez y enfermedad perpétua, estaban su-

jetos por la legislación antigua, tanto por la romana como por la española, á la curatela que, encomendada preferentemente á los parientes, tenía por objeto la gestión de los intereses del incapaz; lo, quien, mientras duraba aquella, no tenía ninguna personalidad jurídica por sí solo (núm. 103). Ahora bien, lo que sucedía en el derecho romano, donde esta curatela era encomendada á los agnados y gentiles, acontecía también en la legislación antigua española, según la cual debían ejercer aquella los parientes más próximos (1). En derecho francés es fuera de toda duda que la tutela que nos ocupa, es legítima como puede verse en los arts. 506, 507 y 508 del Código de Napoleón respecto del marido, quien es por derecho tutor de su mujer incapaz; mientras la mujer meramente podrá ser nombrada tutora de su marido. Los padres podrán ser designados como tutores de sus hijos, éstos de aquellos, en estado de demencia (núm. 181).

Nuestro derecho nacional, aunque no empleando siempre la misma denominación (núm. 111), es uniforme en cuanto al carácter de legítima, impreso á la tutela ó curatela de los incapaces. Así, conforme á nuestros varios Códigos el marido es tutor legítimo y forzoso de su mujer, y ésta lo es de su marido. Los hijos varones mayores de edad son tutores de su padre ó madre viudos. El padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, son también de derecho tutores de sus hijos legítimos ó naturales reconocidos, solteros ó viudos, que no tengan hijos varones que puedan desempeñar la tutela (arts. 549, 550 y 551 del Código de Veracruz; 499, 500 y 501 del de Estado de México; 346, 347 y 349 del de Tlaxcala; 549, 550 y 552 del del Distrito Federal de 1870; y 449, 450 y 452 del actual).

207. Dos cosas importantísimas nos parece que son de observarse en cuanto á esta legislación. Es la primera la gradación establecida por los legisladores respecto de los parientes llamados al ejercicio de la tutela legítima del incapaz; grada-

(1) Sala mexicana, tom. 1. pág. 399, núm. 36.

ción que sábiamente se diferencia de las del antiguo derecho y del francés actual. Varias leyes romanas expresan el concepto de que no es conveniente ni debido que el esposo fuese curador legítimo de la mujer incapacitada, y para ello no se daba otra razón que la dificultad muy posible de exigir cuentas á tal curador (1). Con sobrada razón Goyena califica de fútil este motivo, pues la mujer casada, durante el matrimonio, está bajo una verdadera curatela, y nada nos convence de que tal situación hubiera de cambiarse, cuando ella cae en circunstancias de incapacidad. ¿Quien entonces, mejor que su esposo, para continuar cuidándola y representándola en todos los actos de la vida civil? La elección de una persona extraña y aun de los mismos hijos para ese cargo sería atentatoria á la autoridad principal de la familia y trastornaría todo el sistema de las relaciones domésticas. Los abusos, que podrían hacerse valer en argumento contra la tutela ó curatela legítima del marido, presentándolos como más fáciles en estas circunstancias que antes de ellas; aparte de ser poco probable que se cometan, dados el natural afecto del esposo hácia la esposa y la indudable compasión que ésta tiene que inspirar á quien diariamente la contempla en su condición desgraciada, encuentran su preservativo y represión en las prudentes precauciones que la ley ha tomado para evitarlos, como su más perfecto castigo en las sanciones múltiples que igualmente se establecen.

En cuanto á la esposa, muy lógico nos parece que ni en el antiguo derecho ni en el francés se encuentren ni indicaciones de la curatela ó tutela legítima sobre el marido incapacitado. Esas legislaciones no consideran á la mujer digna de la patria potestad. Y ¿habían de otorgarle autoridad sobre el marido? Nuestras leyes, al contrario, han visto "que el amor conyugal es más vivo y solícito en las mujeres, sobre todo para un marido desgraciado (2)." Por todo esto se ha colocado en primer término la tutela legítima de los cónyuges entre sí.

(1) Dig. lib. 27, tít. 10, ll 4 y 14.—Cód., lib. 5, tit. 34, l. 2.

(2) Goyena, "Proyecto," art. 292.

Más ¿esta y la otra tutela tendrán lugar aun en el caso de estar los cónyuges divorciados? Fuera de los Códigos de Veracruz (art. 549) y del Estado de México (art. 499), ni los del Distrito Federal ni el de Tlaxcala proveen este supuesto, acerca del cual podría haber alguna duda, en virtud de los términos absolutos en que han sido redactados los textos que tratan de la tutela legítima de los cónyuges. El Código francés tampoco trata de este caso; pero toda la doctrina y la jurisprudencia en masa sostienen que el marido en tales circunstancias no puede ser tutor de su mujer incapacitada (1). Alguna opinión hace, sin embargo, una distinción que, dado el silencio de la ley y ya que sus votos son que los divorcios terminen por la reconciliación de los esposos, no deja de presentar aspectos importantísimos de conveniencia y hasta de justicia. Se dice: si la separación ha sido obtenida por el marido en contra de la mujer; como ella deja subsistir en provecho del primero los derechos de la autoridad doméstica, no es dudoso que, á pesar de la separación, el marido puede reclamar la tutela. Pero otra cosa sucedería si el divorcio hubiera sido pronunciado contra el marido y á pedimento de la mujer, porque, no habiendo sido esto sino por sevicias ó excesos del uno contra la otra ó por adulterio con la circunstancia de haber tenido él una concubina en la casa conyugal, tiene que considerarse como indigno de la tutela precisamente respecto de la mujer (1). Creemos, con todo, que tal interpretación es contraria á la razón legal por la cual se ha establecido la tutela legítima del marido sobre la esposa demente y *vice-versa*. En efecto, esa razón no es otra que la vida común ó íntima de los esposos, en el momento de sobrevenir la incapacidad de uno de ellos. Se ha creído que la organización misma de la familia exigía que ningún cambio se operase entre los cónyuges, después de que uno de ellos está más necesitado que ántes de las atenciones y protección del

(1) Valette, pág. 374.—Chardon, "Puis marit," núm. 351. Demolombe, tom. 8, núm. 568. Laurent, tom. 5, núm. 288.—Arrêts: Cass. 25 Nov. 1857; Dijon 18 Mars 1857 (Sirey 1858, I, 289; Id. 1857; II, 328).

(2) Dalloz, Rep. "Separat. de corps" núm. 115.

otro. Pero ¿acaso esa vida común será posible después de que las facultades mentales de uno de los consortes han sufrido el eclipse de la locura, no siendo sino objeto de odio ó de desprecio para el otro, según que el divorcio se haya declarado por una ó por otra causa? Si el marido es inocente de la separación, la tutela sobre la esposa culpable, sólo le permitirá ver en ella la víctima merecedora de castigo, si es que la venganza no sustituye á cualquiera otro sentimiento. Y si él es el culpable ¿no se piensa á cuántos criminales abusos ó indecibles atentados puede dar lugar el completo desamparo de la esposa inocente y desgraciada?

208. En la gradación establecida por nuestros legisladores para el personal encargado de la tutela legítima de los dementes, vienen los hijos después del cónyuge. ¿Quién más claramente indicado que ellos para cuidar de su padre ó madre viudos? En este punto el derecho romano se anticipó al moderno en la interpretación de la naturaleza humana (1). Nuestros Códigos, como lo hemos visto, repiten el mismo concepto, exigiendo solo que se trate de hijos del sexo masculino y mayores de edad, pues sin ambas circunstancias carecerían de capacidad para el ejercicio de la tutela.

Y como pudiera darse el caso de que varios hijos estuviesen en las mismas circunstancias, nuestros propios códigos establecen que sea preferido para la tutela aquel que viva en compañía del padre ó de la madre, perteneciendo al juez la facultad de elegir, si acontece que los varios hijos se encuentran en este caso (arts. 500 del Código del Estado de México; 348 del de Tlaxcala; 551 del del Distrito Federal de 1870 y 451 del actual). El de Veracruz (art. 550), siguiendo el proyecto de Goyena (art. 293), establece otro criterio, ó sea el de que deberá designarse para la tutela al hijo de mayor edad.

Mas supóngase que se trata de un incapacitado soltero ó viudo y que no tenga hijos varones que puedan desempeñar la tu-

(1) Dig. lib. 27, tit. 10, ll. 2 y 4.—Id. lib. 26, tit. 5, l. 12, párf. 1.—Cód. lib. 5, tit. 7, l. 3.—Novella 115, cap. 3, párf. 12.

tela, ¿á quién corresponderá ésta? Lo hemos dicho antes: es el padre y por su muerte ó incapacidad la madre que se conserve viuda, los llamados al desempeño de aquel cargo, que resulta aquí en virtud de la incapacidad intelectual del hijo, una imagen viva y necesaria de la patria potestad. La semejanza entre las dos autoridades explica también por qué las segundas nupcias hacen á la madre incapaz de la tutela en algunos de nuestros códigos, no sucediendo lo mismo en otros (núm. 65).

209. Esta declaración da lugar á la siguiente importante controversia. He allí un incapacitado cuyo hijo menor de edad se vuelve mayor y por consiguiente capaz para la tutela con el trascurso del tiempo, ¿después de ésto subsistirá todavía la tutela encomendada á otra persona? Cualesquiera que sean las razones que pudieran invocarse por la afirmativa, consistentes en la conveniencia para el sujeto á la tutela de que la persona encargada de ésta no se cambie sino cuando imperiosamente lo exijan los intereses de aquel, sin vacilar nos atrevemos á proponer una solución negativa, pues los textos legales son demasiado claros y terminantes, para que pudiera creerse que en la gradación de parientes del incapacitado, establecida por el legislador para el desempeño de la tutela, era punto tan indiferente que unas personas fuesen llamadas antes que otras, que en el caso propuesto, por solo el hecho de haber empezado á desempeñar el cargo un pariente, no era obligación llamar á otro que debiera serle preferido.

210. La gradación de que hablamos, es considerada por el legislador de tal manera importante en orden á la tutela legítima de los incapacitados, que, á diferencia de lo que sucede con la de los menores, aquella jamás cede á la testamentaria, sino al contrario, mientras la segunda no tiene lugar precisamente cuando la tercera existe, (núm. 181). En efecto, son el cónyuge en primer término, los hijos en segundo y los padres al fin, los parientes que el legislador ha creído, como más generalmente afectos al incapacitado, que debían ser llamados á la tutela de éste. Si existiendo alguno de ellos, sobreviniera la designación

de un tutor testamentario, ella sería impotente para privar á aquel del cargo, que pertenece por ministerio de la ley á ciertas y determinadas personas.

211. Verdad es que, fuera de esos parientes, pueden existir otros, como son los abuelos, los hermanos y los tíos; pero respecto de éstos el legislador no ha procedido de la misma manera que con aquellos, pues los segundos sólo son llamados á la tutela legítima cuando falte la testamentaria y no exista ninguno de los parientes preferentemente designados por la ley. Así, algunos de nuestros Códigos declaran que entonces deberán ser llamados á la tutela el abuelo paterno; á falta de éste el materno; á falta de éste los hermanos; á falta de éstos los tíos paternos, y á falta de éstos los maternos, observándose, (núm. 205) respecto de los tres últimos, lo que hemos dicho antes al tratar de la tutela legítima de los menores (arts. 553 del del Distrito Federal de 1870; 453 del actual y 350 del de Tlaxcala). Los Códigos de Veracruz y del Estado de México no mencionan á otros parientes que á los expresados al principio, para la tutela legítima del incapacitado, limitándose á proclamar, si no existe ninguno de éstos, la libertad testamentaria del padre ó de la madre para la designación de tutor (arts. 552 del de Veracruz y 502 del de Estado de México).

212. Como algunos de nuestros Códigos á semejanza del francés (núm. 115), mencionan la prodigalidad entre las causas de interdicción, es el caso de averiguar también si esta especie de incapacidad da margen á la tutela legítima. Así es, en efecto, pues vemos que los Códigos del Distrito Federal de 1870, (art. 554); de Veracruz (art. 564) y de Estado de México (art. 516) declaran que el padre es de derecho tutor (curador) del hijo prodigo. En cuanto á la madre, sólo puede ser tutora en este caso por nombramiento del juez, según la primera de esas legislaciones; pero conforme á las segundas, depende del consejo de familia nombrarla ó no.

DE LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS ABANDONADOS.

213. Desde nuestro antiguo derecho patrio se había previsto el caso del abandono de los hijos que eran echados á las puertas de las iglesias, hospitales ú otros lugares, ya por la crueldad de sus padres, ora por carecer éstos de facultades para criarlos y en la esperanza de que fuesen recogidos por la piedad de personas extrañas. (1) Severísimas eran las penas decretadas para este delito, no siendo la menor, la pérdida de la patria potestad y de todos los derechos que á los padres pudiesen corresponder sobre el hijo y sus bienes (2).

Pero ¿bajo qué autoridad estaban los hijos expósitos?

Aunque no de una manera expresa, la ley 3, título 20 Partida 4, declaraba que el hijo expósito estaba obligado á honrar y reverenciar en todo, como á su padre á la persona que lo había recogido, y tal era sin duda la única suerte de estos desgraciados seres entre nosotros, hasta que el inmortal benefactor de la humanidad, Ilustrísimo Señor Lorenzana, fundó en 11 de Enero de 1767 la Casa de Niños expósitos, que hasta hoy existe, y que basta por sí sola para obligarnos á eterna gratitud, como que esa obra constituye el más grande monumento de la caridad en favor de la niñez desvalida. El sucesor de ese insigne Prelado, Señor Arzobispo Haro y Peralta expidió las constituciones que aún hoy día gobiernan ese Establecimiento, aunque muy ligeramente modificadas, y se encuentran en la cédula de 19 de Julio de 1774. Conforme á ellas "las personas que hubieren de prohiar niños ó niñas de esta casa, han de ser de buena opinión, han de tener algunas conveniencias y no han de ejercer los oficios más bajos, y han de hacer escritura de prohibición en la forma acostumbrada ante el Escribano de la casa; y hecho el concierto y traída la razón del Escribano de estar otorgada la escritura, se anotará la prohibición al margen

(1) "Nov. Recop.", lib. 7. tit. 37, l. 5 arts. 23 y 24.—"Fuero Real." lib. 4, tit. 23, l. 3.

(2) "Partida" 4, tit. 20, l. 4.

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

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

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

CAPITULO VII.

DE LA TUTELA DATIVA.

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

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

Art. 459. La tutela dativa tiene lugar

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

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

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

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

SECCION VII.

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

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

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

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

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

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

(1) Cód. lib. 5. tit. 32. l. 2, § 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

cartados por el momento los Códigos del Estado de México y de Veracruz que, como hemos visto (núm. 220), hacen derivar aquel nombramiento del Consejo de familia, creemos que es preciso distinguir, pues ó se trata del menor de edad emancipado, ó del caso de oposición de intereses entre el menor y el ascendiente á cuya patria potestad está sujeto, que son los dos supuestos de aplicación de la tutela dativa para asuntos judiciales. Si lo primero, creemos sin la menor sombra de duda y á reserva de volver á tratar de esto, cuando nos ocupemos en el comentario del título sobre *emancipación*, que tal nombramiento puede ser hecho por el menor emancipado, pues nada dice en contrario la ley á este respecto y lo mismo sucede en orden al curador, como veremos más adelante. En este punto están conformes nuestros Códigos (arts. 353 del de Tlaxcala, 538 del del Distrito Federal de 1870, 460 del actual y 476, inciso 3. del del Estado de México), con excepción del de Veracruz, (art. 529 inciso 3) que exige, para que el menor emancipado pueda comparecer en juicio, el consentimiento paterno y en su defecto, por ausencia, impedimento ó negativa del padre, autorización judicial.

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

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

ADICION.

CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MÉXICO.

CAPITULO VII, TITULO 8, LIBRO I.

DEL CONSEJO DE FAMILIA.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Los hermanos ó hermanas carnales.

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

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

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

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

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

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

Los nombrados conforme á este artículo no podrán renunciar el

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Goymas, Proyecto, art. 172.

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

(3) Fuero Real, lib. 3, tít. 7, l. 3.

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPITULO VIII.

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

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

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

II. Los menores de edad:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

XII. Los demás á quienes lo prohíba la ley.

Art. 463. Serán separados de la tutela:

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

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

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

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

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

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

Tomo v.—P. 29.

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

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

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

SECCION VIII.

DERECHO ANTIGUO.

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

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

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

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

(4) Novella 118, cap. 5.

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

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

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

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

(2) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

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

(4) Cód. lib. 5, tit. 30, l. 5.

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

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

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

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

(9) Novella 72, cap. 1.

(10) Novella 94, cap. 1.

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

(12) Novella 72, cap. 2.

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

DERECHO MODERNO.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) Laurent, tomo 4, núm. 514.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(6) Dig. lib. 50, tit. 13, l. 5, §1.

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

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

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

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

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

(1) Cód. lib. 3, tít. 28, l. 27

(2) Dig. lib. 3, tít. 2

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

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

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

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

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

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

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

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

[1] Véase el tomo 2, de esta obra, núms. 263 á 270.

[2] Véase el tomo 3 ° de esta obra, núm. 380, 3. °

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

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

(1) Inst. de Just., lib. 1, tit. 12, § 3.—Dig. lib. 48, tit. 19, lib. 11, §§ 3 y 29, —Id. id. lib. 17.

(2) Ulpiano, Regular, tit. 10, § 3.

(3) Dig. lib. 38, tit. 17, lib. 1, § 8. Id. lib. 4, tit. 5, lib. 3.

(4) Inst. de Just.; lib. 1, tit. 22, § 4.

(5) Part. 6, tit. 16, lib. 21.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

antes citados (1) estableció la siguiente distinción: ó el testador sabía ó ignoraba que el tutor fuese deudor ó acreedor; si lo segundo, clara es la resolución afirmativa del tema propuesto; si lo primero debe respetarse la voluntad del testador, á quien la ley no debe sobrepujar en desconfianza y precauciones en favor del hijo. En cuanto al medio de asegurarse de si el tutor sabía ó no la circunstancia á que nos referimos, las opiniones estaban divididas: los unos querían que ella se dedujese precisamente de los términos del testamento, mientras los otros enseñaban que podía probarse independientemente de tal instrumento. (2) Nuestro Derecho Nacional, siguiendo la legislación alfovesina (3), preceptúa el primer sistema con el aditamento de que el testador ha de declarar *expresamente* que nombra para tutor á tal persona, deudora de su hijo (arts. cits). El Código de Veracruz es la sola escepción de lo que decimos, aunque puede entenderse comprendida esa facultad del testador en la plenitud de las que le concede el art. 389 (núm. 193).

243. Este mismo Código y el del Estado de México mencionan (arts. cits., incisos 8 y 9 respectivamente) otra causa de incapacidad: la negligencia de los parientes del menor en dar noticia á quien corresponda sobre el caso de orfandad de aquel á la vacante de la tutela (núm. 110). Como la sanción que para tal negligencia establecen nuestros Códigos, es meramente pecuniaria, no es difícil comprender porque no hablan también de esta causa de incapacidad. Pero por de contado que ninguna de ambas penas tiene justa aplicación, sino cuando la persona de que se trate, ha sido dolosamente omisa en el cumplimiento del deber que se le impone, pues esto se desprende de la misma significación jurídica de la palabra *negligencia* usada por la ley.

244. Todos nuestros Códigos (arts. cits.) expresan que son también incapaces para el cargo de tutor los jueces y magistrados

(1) Guill. de Cunens, in l. cum eo, Dig. de pact.

(2) Bartolo, "in dict. auth. minoris."—Saliceto, "in l. in confirmando, Dig. de confirm. tutor. y in l. mater, Cod. de testam. tutel.

(3) Partida 6, tit. 16, l. 14—

del Tribunal Superior. Hay, sin embargo, entre aquellos una diferencia digna de notarse. Los Códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870 limitan dicha incapacidad al lugar ó lugares donde tales funcionarios ejerzan jurisdicción, si en ellos se hallan el menor ó sus bienes. De esto se infiere que esos mismos funcionarios pueden ser tutores en las demarcaciones mencionadas, de menores residentes y con bienes sitos fuera de ellas. Los Códigos de Veracruz y de Estado de México sólo consideran que la jurisdicción se ejerza en donde se hallan los bienes. Así un magistrado del Tribunal Superior de cualquiera de esos Estados puede ser tutor de un menor, residente allí mismo; pero cuyos bienes se encuentran en otra parte. El Código actual del Distrito Federal, de acuerdo con la Ley Orgánica de Tribunales, de 15 de Septiembre de 1880, proclama de una manera absoluta la incapacidad de que tratamos.

245. Todos nuestros Códigos igualmente declaran también que son incapaces para el ejercicio de la tutela los extranjeros que no estén domiciliados en las respectivas demarcaciones. Sólo el Código de Veracruz guarda silencio sobre el particular; pero consideramos que él á su vez debe ser interpretado en el sentido de los principios del Derecho internacional privado. La exclusión incondicional de los extranjeros del cargo de tutor remonta al antiguo derecho, en que por conceptuarse la tutela como cargo público (*munus publicum*), no podía ser ejercida sino por los ciudadanos (núm. 97). Este carácter de la tutela se ha perpetuado en gran parte de la doctrina y jurisprudencia modernas, fundándose en la idea de que ella se ejerce sobre los incapaces por excelencia, es decir, sobre los menores á quienes su edad, en otros términos, la naturaleza, hace incapaces y á quienes hay que educar para formarlos hombres (1). Siendo así, la tutela no puede ser desempeñada por extranjeros. Creemos con Laurent que, de prevalecer este sistema de razonamiento, no ha-

(1) Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, t. VIII, p. 340.—Dembombe, tom. VII, núm. 30.—Pothier, *Traité des personnes*, núm. 153.

bría acto jurídico alguno que no perteneciese al derecho público (1), pues toda ley, por privada que parezca á primera vista, se expide siempre en consideración á la mayor suma de bienestar que por ella pueda obtenerse en beneficio de la comunidad. Empero, si el razonamiento no es de aquellos que deben aceptarse de una manera absoluta y exclusiva, encierra un fondo de verdad innegable, aunque no sea sino porque, como lo proclama todavía el derecho moderno, la tutela es un cargo personal de que nadie puede excusarse sino por causas excepcionales, expresamente marcadas en la ley (núm. 109). Ahora bien ¿qué clase de cargo es ese que á tal grado obliga á su desempeño, que de él no pueden libertarse las personas designadas sino por excepción y en casos extraordinarios? No puede ser otra cosa que una obligación en cuyo cumplimiento están interesados algo más que los derechos aislados y particulares de ésta ó aquella persona, sino también las necesidades del orden social. Y así es en efecto; ciertos oficios, si bien tienen por objeto inmediato la gestión de intereses privados ó domésticos, resultan de orden público porque se ligan con la conservación de los patrimonios y con el gobierno de las familias, que son los elementos de la sociedad. Por este motivo, sin declararlos como pertenecientes sólo á los ciudadanos, debe reconocerse que no pueden ser desempeñados por extranjeros, fuera de determinadas condiciones que á los legisladores plazca establecer. "La tutela, enseña Brocher, es una institución que reviste un carácter mixto, al menos bajo cierto aspecto; pertenece al derecho civil en cuanto al fondo; pero interesa vivamente al orden público y á la magistratura que frecuentemente interviene en ella (2)." Durante largo tiempo la jurisprudencia francesa se ha rehusado á reconocer á los extranjeros el derecho de llenar las funciones de la tutela, fundándose sobre la consideración de que era una prerrogativa reservada á los ciudadanos y en que importaba una

(1) Laurent, Droit civil international, tom. 6, núm. 43.

(2) Brocher, Droit international privé, pág. 159.

función pública (*munus publicum*) (1). El requisito de la ciudadanía francesa era exagerado á tal extremo, que el tutor que cesaba de ser francés, se inhabilitaba para la tutela, pudiendo solamente ejecutar actos conservatorios en el interés del menor, hasta que se proveyese á su sustitución (2). Pero una sentencia de la Corte de Casación de 16 de Febrero de 1875 inicia una importante evolución en la jurisprudencia. "Atendido, dice este fallo, que la tutela y la curatela deferidas á los ascendientes *derivan*, como el poder paterno, *del derecho natural de protección y de vigilancia* que les pertenece sobre sus hijos y descendientes;— que no se encuentra en nuestras leyes ninguna disposición que excluya de estos cargos de familia á los padres ú otros ascendientes extranjeros;—que esta exclusión sería contraria á los intereses de los menores, para cuya defensa han sido establecidas la tutela y la curatela;—que ella atentaría, por otra parte, al principio de autoridad que sirve de base á la familia" (3). De estos principios los intérpretes han deducido la necesidad de formular una distinción á la cual corresponde el estado posterior de la jurisprudencia. Se considera la tutela como un *munus publicum*, cuando el extranjero de que se trata, no es pariente del pupilo; y como un deber de familia, común á los extranjeros y á los nacionales, si es confiada á parientes (4). En otros términos: un extranjero puede ser en Francia tutor del menor, aunque francés; pero ligados entre sí por lazos de parentesco; pero no puede serlo, si ambos son absolutamente extraños. La razón es que la exclusión del ascendiente, por ejemplo, del menor sería contraria á sus intereses, por la sola razón de ser aquél extranjero, y atentatoria al principio de autoridad que sirve de base á la familia (5).

(1) Arrêts: Bastia, 5 Juin 1838 (Sirey, 1838, 2, 439); Paris 21 Mars 1861 (Sirey 1861, 2, 209).

(2) Arrêts: Colmar, 25 Juill. 1817 (Fuzier-Herman, Codes annot., art. 11, núm. 21).

(3) Sirey, 1875, 1 193.

(4) Demante, Définition de la qualité de citoyen, pág. 17.—Weiss, Droit intern. págs. 346 á 361.

(5) Arrêts. Briei 24 Janv. 1878 (Journ. du Droit intern. privé 1879, pág. 527); Versailles 1, Mai 1879.—(Id. 1879, pág. 397 y 1880, pág. 196).

Se ve pues que los lazos de familia, al menos, no han podido ser sacrificados á la consideración de la nacionalidad. Mas, á no dudarlo, tal no puede ser la respuesta definitiva á las exigencias del estado de continua comunicación entre sí que hoy guardan casi todos los pueblos. ¿Por qué privar al extranjero, si reúne todas las condiciones necesarias, del derecho de ser tutor aún de un menor extraño? Si se teme que la condición de extranjero sea un obstáculo para el buen desempeño de la tutela y la irreprochable gestión de los intereses, no debe perderse de vista que establecida la tutela principalmente en interés de los menores é incapaces (núm. 97), es la ley de estos la que debe regir todo lo que se refiere á su persona y á la administración de su patrimonio (1). No hay en consecuencia el menor motivo de peligro en orden á los seres cuyo interés moral y físico constituye el objeto de la tutela, porque ésta sea confiada á extranjeros.

Nuestro derecho nacional, anterior á la Constitución política de 5 de Febrero de 1857, tenía que ser conforme en la materia que nos ocupa, á la Legislación antigua española según la cual, seguramente el extranjero no podía ser tutor por la razón tradicional de considerarse la tutela como una función pública (2). Pero á partir de esa ley fundamental cuyo art. 33 otorga á los extranjeros todas las garantías de que trata el título primero de la misma, ó sea los derechos del hombre sin excepción alguna, puede decirse que estaba abolida para siempre la diferencia con los nacionales por razón de extranjería, aún en cuanto á la capacidad civil, pues es fuera de duda que esas garantías, como lo nota nuestro insigne jurisconsulto el Sr. Vallarta (3), no solo comprenden los derechos civiles, sino que son mucho más valiosas que ellos, ya que versan sobre la libertad de conciencia, de trabajo, de la prensa, la igualdad ante la ley, el fácil acceso á los tribunales, etc., etc. De aquí que todos nuestros Códigos,

(1) Fiore, Derecho internacional privado, tom. 2, núm. 468.

(2) Partida 6, tit. 16, l. 1. 4 y 7.

(3) Vallarta, Exposición de motivos de la ley sobre extranjería y naturalización, cap. 4.—Sentencia de la 1ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal de 18 de Julio de 1881 (El Foro, tom. 17, núm. 22).

con solo la excepción indicada al principio, hayan á una proclamado que los extranjeros pueden ser tutores, con tal de que estén domiciliados en el lugar en que han de ejercer el cargo, lo cual equivale á equipararlos con los nacionales en la capacidad para el ejercicio de ese importante derecho (arts. cits).

Nada importa que el Código de Veracruz guarde silencio sobre esta materia, pues esto mismo demuestra que para el legislador veracruzano no había razón que justificase la exclusión de los extranjeros del derecho que nos ocupa. Fuera de esto la ley mexicana de 28 de Mayo de 1886 sobre *extranjería y naturalización* dispone en su art. 32 que las declaraciones del Código Civil sobre derechos civiles de los extranjeros tienen el carácter de federales y serán obligatorias en toda la Unión (1).

246. Esta misma ley declara (art. 33) que los extranjeros, sin perder su nacionalidad, pueden domiciliarse en la República para todos los efectos legales, debiendo la adquisición, cambio ó pérdida del domicilio registrarse por las leyes mexicanas (2).

247. A dos solas consideraciones da lugar, en cuanto á su aplicación, nuestra legislación en este punto. ¿El requisito de estar domiciliado que al extranjero se exige para poder ser tutor, es depresivo de los derechos civiles que nuestras leyes les conceden? Sin vacilar debe responderse negativamente, pues siendo del mayor interés para el Estado el más exacto cumplimiento por parte del tutor de los deberes que contrae en favor del pupilo, no se concibe que pueda serle indiferente que el primero viva transitoriamente en el lugar donde está obligado á ejercer sus funciones. Estas mismas, como lo demostraremos en su oportunidad, al comentar el capítulo sobre *desempeño de la tutela*, serían imposibles de cumplirse, ó al menos, muy defectuosamente desempeñadas, si el tutor no guardase la necesaria permanencia en el lugar donde viviese el pupilo y estuviese situada la mayor parte de sus bienes, pues por un lado la educación de éste no

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

(2) Véase el tomo 1 de esta obra, núms. 252 y 253.

sería bien atendida, y por el otro serían frustráneas todas las garantías establecidas para la más honrada gestión de sus negocios.

248. La capacidad que las leyes mexicanas reconocen á los extranjeros para la tutela subsiste, aún tratándose de los que pertenezcan á una nación donde igual derecho no se reconociera á nuestros compatriotas? La ley sobre *extranjería* antes citada, en sentir del más autorizado de sus intérpretes, no sigue en este punto el sistema de *reciprocidad diplomática* sino el de la *internacional*, pues por el art. 33 de dicha ley no se establece como en el 11 del Código Civil francés el principio: *quod quisque in alterum statuere ut ipse eodem jure utatur*, sino que se deja al legislador la facultad de reformar por medio de los tratados la igualdad de derechos civiles de nacionales y extranjeros, según que aquellos sean ó no considerados en otros países. La diferencia es digna de notarse en honor de nuestro derecho público, y nada creemos más oportuno para dar de ella una idea exacta que reproducir textualmente las palabras del juriconsulto mexicano antes citado, al motivar la legislación nuestra sobre esta materia: "El proyecto, dice el Sr. Vallarta, proclama el principio de que los extranjeros tienen los mismos derechos civiles que los mexicanos y esto independientemente de los pactos y de las disposiciones de las leyes extranjeras; y solo como una excepción establece que la ley federal puede restringir esos derechos, para proteger á los mexicanos residentes fuera de la República, contra las incapacidades decretadas á su perjuicio por el soberano extranjero, y para remover las injustas diferencias que él haga en contra de nuestros conciudadanos. Visto el artículo por esta faz, y es la que le corresponde y por la que debe verse, no hace más que sancionar una regla que la ley internacional reconoce en las naciones, para que juzguen al extranjero lo mismo que *el* juzga al nacional, aplicándole los mismos procedimientos, las mismas leyes que él aplica á éste. Planteadas la cuestión en este terreno, desaparecen muchas dificultades que la rodean. Porque mientras de la *reciprocidad internacional* usan todos los pueblos en defensa de sus derechos, la diplomá-

sica llega á extremos verdaderamente insostenibles, como lo es sin duda esta iniquidad que los jurisconsultos franceses se ven forzados á deducir del texto de su ley: "aunque un francés goce en país extranjero de tal ó cual derecho en virtud de ley local extranjera, no se entiende por ello que el extranjero pueda invocar por reciprocidad el mismo derecho en Francia, porque no puede depender de gobiernos extranjeros conceder á sus nacionales los derechos civiles franceses." Esta clase de reciprocidad es de seguro merecedora de todas las censuras de que ha sido objeto, porque ella pone trabas y hasta arma asechanzas en las relaciones amistosas que los pueblos deben tener; porque ella establece injustas diferencias entre naciones amigas; porque ella sujeta al extranjero á una condición incierta, puesto que, como lo confiesa un escritor francés "hay grande dificultad en demostrar en todos casos hasta dónde se extienden las concesiones de los tratados" (1). De tal manera insostenible es la teoría francesa sobre esta materia, que ella ha sido ya desconocida, negada en Francia misma en alguna de sus aplicaciones prácticas más importantes. Los arts. 726 y 912 de su Código fueron derogados por la ley de 14 de Julio de 1819, ley que prescinde, justo es decirlo, de la reciprocidad diplomática en materia de adquisiciones por testamento ó por donación entre vivos; pero ley, y esto no es necesario ni observarlo, que á pesar de sus términos amplios y generales, no coarta el derecho de la soberanía francesa para decretar la retorsión contra el país que en esas materias estableciere iníquas diferencias y en odio de los franceses en el extranjero. Francia, sin revivir esos artículos basados en la errónea teoría de la reciprocidad diplomática, muy bien y muy lícitamente emplearía la internacional, juzgando á los súbditos de ese país conforme al derecho excepcional que él estableciera para juzgar á los franceses."

De esa reciprocidad diplomática se ha dicho con plena razón "que ella está fundada en un principio falso, procediendo de la noción de que al otorgar los derechos civiles al extranje-

(1) Huc, Le Code civil italien et le Code Napoleon.

ro, el Estado no obtiene más ventajas que la de hacer reconocer la capacidad de sus súbditos para esos derechos en otros países. Pero el extranjero que trae un capital, una industria, ó su propia inteligencia al Estado en que se establece, compensa bien el beneficio que de él recibe. El agrega un miembro útil á la comunidad social, aunque no pertenezca á la política (1). Tal objeción presentada contra el sistema de hacer depender el goce de los derechos civiles del extranjero, de la condición de reciprocidad, es incontestable y acabará por prevalecer sobre ese sistema; pero ella, como se ve, no desconoce el derecho de protección que el Estado debe á sus súbditos en el extranjero; no niega el *jus retorsionis* que la ley internacional reserva en contra de la disposición infame del soberano extranjero. Entre el sistema que no concede al extranjero los derechos civiles, sino á título de reciprocidad, y el que los otorga plenos, y aun prescindiendo de este título, y que no apela á la retorsión sino como medida de rigor necesaria para resguardar los intereses nacionales, hay inmensa distancia; aquel basa *a priori* el otorgamiento de derechos en la circunstancia de reciprocidad; y éste la establece sólo *a posteriori*; para que los nacionales y los extranjeros queden de hecho equiparados, ya en el país, ya fuera de él; aquel se inspira en un sentimiento hostil hacia los extranjeros y éste se apoya en una regla de justicia para con los nacionales. El proyecto no consagra aquel sino éste sistema."

249. Siguiendo nuestros Códigos en la enumeración de las incapacidades para el cargo de tutor, mencionan la proveniente, ya de tener la persona de que se trata, responsabilidad pecuniaria actual, como *empleado de hacienda*, ya de haberla tenido, sin que haya sido cubierta. Es esta una reminiscencia de nuestro antiguo derecho patrio, según el cual se consideraban inhabilitados para las funciones de la tutela ó de la curatela todos aquellos que tuviesen sus bienes de alguna manera comprometidos *al Rey* (2). En este particular son conformes y terminantes

(1) Cockburn, pág. 182.

(2) Partida 6. tit. 16, l. 14.

todos nuestros códigos, pues según ellos no pueden ser tutores los empleados públicos de Hacienda, mientras no hayan sido independientes de la responsabilidad pecuniaria que en forma de caución se les exige. (arts. 430 inciso X del Código de Veracruz, 388 inciso XII del de Estado de México, 356, inciso XI del de Tlaxcala, 562 inciso id. del del Distrito Federal de 1870 y 462 inciso id. del actual). Es que el legislador, en su excesivo y siempre loable celo para velar por los intereses de los menores, ha querido evitar complicaciones de los derechos del Fisco con los de aquellos, atento sobre todo á que los primeros tendrán que ser las más veces preferidos á los segundos. Tal nos parece ser, á pesar de la diferencia de los términos, el espíritu que ha inspirado á nuestros legisladores.

250. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 490 y 491 del de 1870; 464 y 465 del actual) y el de Tlaxcala (arts. 315 y 316) establecen una causa particular de incapacidad para la tutela, y su justicia ó incontestable conveniencia se manifiestan por sí mismas. Nos referimos á que no pueden ser tutores de los dementes, idiotas, imbeciles y sordo-mudos los que hayan sido causa de cualquiera de estas desgracias, ni los que las hayan fomentado directa ó indirectamente en la persona del paciente. En efecto, si como lo veremos al tratar *del desempeño de la tutela*, una de las preferentes obligaciones del encargado de la de estos infelices, es atender con el mayor empeño á su curación, empleando en ella las rentas de los bienes y aún estos mismos, si aquellas no bastaran, se comprende con toda evidencia que no puedan ni deban ser tutores de los enfermos á que se refieren nuestros Códigos, las personas que por su conducta anterior denoten no estar animadas sino del proposito menos conforme para el cumplimiento de aquella importantísima obligación.

Pero si esto es evidente, no lo es tanto la mejor manera de llegar á demostrar, sin caer en la arbitrariedad y hasta en el absurdo, la relación de causalidad entre la demencia ó sus demas especies y lo que se pretenda haberlas causado. ¡Cuántos misterios reinan todavía en la ciencia acerca de la etiología de las en-

Tomo V.—P. 32

fermedades mentales, y cuán ocasionado á error tiene que ser, sobre todo, el juicio que se aventure en orden á las causas *indirectas* á que aluden nuestros Códigos! Reconocida, empero, la justicia de la prevención legal, solo el dictámen de peritos facultativos puede ayudar en esta materia tan delicada á los jueces.

251. El código actual del Distrito Federal (art. *cit.* inciso XII) ha agregado á la série de las incapacidades de que nos hemos venido ocupando, una indeterminada y pendiente para existir, de que leyes especiales la establezcan. Es una libertad otorgada al legislador del porvenir, que, no nos podemos resistir á declararlo, abre la puerta á la más funesta de las arbitrariedades: la de las leyes mismas. Ese código dice que son inhábiles para la tutela, aparte las incapacidades mencionadas, todas las personas á quienes *lo prohíba la ley*.

252. Más como puede suceder que, una vez entrada en el desempeño de la tutela, resulte indigna de continuar desempeñándola la persona responsable de ella, los códigos modernos, más filosóficos en este punto que las leyes antiguas, han establecido, siguiendo al de Napoleón (art. 444), que puede haber causas supervenientes que motiven la destitución del tutor. Largo y minucioso sería establecer un completo paralelismo entre este primer trabajo de codificación y el cuerpo de nuestras varias leyes civiles que lo han tomado por modelo. Digamos, sin embargo, que una idea ha dominado nuestra imitación: es á saber, la de que vuelvense inhábiles para continuar desempeñando la tutela todas aquellas personas cuya incapacidad se ha averiguado con posterioridad al discernimiento del cargo, en el sentido de las explicaciones anteriores. Pero, la mala conducta que justamente es mencionada por los legisladores antiguos y modernos, como causa precedente para la inhabilidad de la tutela, ¿no lo será para la destitución de la persona encargada de ésta, si sobreviene después del nombramiento? A no dudarlo que sí, pues la mira del legislador ha sido que la tutela aparez-

ca siempre, y con mayoría de razón, como la suplencia más perfecta posible de la patria potestad. Acerca de este punto bueno es tener presente que la mala conducta superveniente del tutor debe ser calificada soberanamente por el juez, ya respecto de la persona del menor, ora en orden á la administración de sus bienes.

253. Desde este punto de vista, é inspirándonos en nuestra experiencia jurídica, así como en las decisiones mejor motivadas de nuestros tribunales, debemos establecer que son indignos de continuar desempeñando la tutela todos aquellos que, ó no se afanan por atender la educación de los menores, ó les dan ejemplos perniciosos de obra ó de palabra, ó descuidan el más provechoso y fructífero empleo de sus intereses. Todas las circunstancias, la condición social del pupilo, su salud, la buena ó mala fe del tutor, etc., etc. deberán ser tomadas en cuenta para calificar, si hay ó no mérito suficiente, en el sentido de la ley, para la destitución del tutor (1).

254. En otra parte expusimos ampliamente que es causa de incapacidad precedente para el ejercicio de la tutela (núms. 236 y 237) la condenación anterior del pretendido tutor á la privación ó inhabilitación para ejercer ese cargo. Si, pues, ya ejerciendo una persona la tutela, llega á averiguarse que se encuentra en ese caso, claro es que, por aplicación del principio, conforme al cual son causas de remoción, una vez descubiertas, todas las de incapacidad, la que nos ocupa producirá el mismo efecto en los términos de la sentencia condenatoria de que se trate. Más, como simplemente procesado un tutor por cualquier delito, estaría materialmente impedido para el perfecto desempeño de su cargo, fuera de que no dejaría de irrogar tal situación algún perjuicio á la honorabilidad de la tutela, se ha pensado por algunos de nuestros legisladores en la conveniencia para el pupilo de suspender al tutor acusado, en el ejercicio de su

(1) Sentencia del Juzgado 6.º de lo civil del Distrito Federal de 24 de Mayo de 1876 (El Foro, tom. 6, núm. 105).—Id. del Juzgado 1.º de lo civil del Distrito Federal, de 29 de Octubre de 1878 (El Foro, tom. 11, núm. 90).

encargo desde que se provea el auto motivado de prisión, hasta que se pronuncie sentencia irrevocable en su favor, á reserva de que, absuelto, vuelva al desempeño de la tutela, recurriéndose entretanto á la tutela legítima ó dativa, según los casos (núms. 200 y 222). Tal es el texto de los arts. 565-566 del Código del Distrito Federal de 1870, 467-468 del actual, 359-360 del de Tlaxcala. Los Códigos de Veracruz y Estado de México nada dicen á este respecto, y de su silencio es de deducirse que, según ellos, el ejercicio de la tutela continúa, aun estando procesado y en la cárcel el tutor.

255. Es también causa para la remoción del tutor, que no hubiera caucionado su manejo, conforme después lo explicaremos (núm. 230); ó qué, sin respeto al impedimento para el matrimonio de que hemos hablado en otra parte (núm. 234), lo hubiera contraído con su pupila (arts. 389 del Código de Estado de México, 431 del de Veracruz, 357 del de Tlaxcala, 563 del del Distrito Federal de 1870 y 463 del actual).

256. Los Códigos de Veracruz (art. 398) y de Estado de México (art. 357) siguiendo al Francés (art. 421) mencionan otra causa de remoción del tutor, es á saber, su negligencia en promover la convocación del consejo de familia para el nombramiento de protutor (núm. 224).

257. No basta, sin embargo, haber establecido las causas que motivan la remoción del tutor, pues se necesita determinar la manera de llevar á cabo, sin peligro de dudas y arbitrariedades, esa medida que hace necesaria en ciertas circunstancias el interés mismo de los pupilos. ¿Habrà ella de ejecutarse por simple acuerdo privado entre las personas interesadas, ó será necesario que todo sea efecto de sentencia judicial? Lo primero sería exponer asunto tan trascendental como los bienes físicos y morales de los menores, no menos que los intereses de las personas extrañas que con el tutor de aquellos hubiesen contraído obligaciones ó adquirido derechos, á las inseguridades y no poco frecuentes injusticias de los convenios entre particulares. Lo segundo lo reclama el carácter de interés público que no

puede menos que revestir la tutela, atenta ya no tan sólo la conveniencia de los menores de edad, que pueden mañana convertirse en miembros activos del Estado, sino también la justicia que es de asegurarse á todos los que han podido celebrar contratos con los legítimos representantes de aquellos (núm. 97). En este sentido y no en el otro se ha pensado, desde antiguo, que al que tiene curador no se le de otro, so pena de ser nullos y de ningún efecto todos los actos practicados por este, antes de la legal remoción de aquél (1); y lo mismo, si bien siguiendo diverso sistema, preceptúan los Códigos modernos, como es de verse en los arts. 446, 447, 448 y 449 del Código de Napoleón; 390 del de Estado de México; 432 del de Veracruz; 564 del del Distrito Federal de 1870; 466 del actual y 358 del de Tlaxcala. Según los tres primeros es el consejo de familia convocado por el protutor, ó de oficio por el Juez de Paz, quien pronuncia la destitución del tutor, sobre motivos fundados y mediante audiencia del tutor mismo. Este tiene los recursos legales en contra de la decisión que le sea adversa. Según los otros Códigos la separación del tutor debe hacerse siempre con su audiencia y por sentencia judicial, después de juicio ordinario.

CAPITULO IX.

Art. 469. Pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase:

- I Los empleados y funcionarios públicos.*
- II Los militares en servicio activo.*
- III Los que tengan bajo su patria potestad tres ó más descendientes legítimos.*
- IV Los que fueren tan pobres que no puedan atender á la tutela sin menoscabo de su subsistencia.*
- V Los que por el mal estado habitual de su salud, ó por no saber leer ni escribir, no puedan atender debidamente á la tutela.*

(1) Partida 6, tit. 16, l. 13.—Sentencia de los Juzgados 1º y 2º de Letras, de Guanajuato, de 28 de Noviembre de 1853 (Gacet. de Trib., tom. 3º, pág. 283).

VI *Los que tengan sesenta años cumplidos.*

VII *El que tenga á su cargo otra tutela ó curaduría.*

Art. 470 *El que teniendo excusa legítima para ser tutor, acepta el cargo, renuncia por el mismo hecho á la excusa que le concede la ley.*

Art. 471 *Los impedimentos y excusas para la tutela deben proponerse ante el juez competente.*

Art. 472 *El tutor debe proponer sus impedimentos ó excusas dentro de diez días después de sabido el nombramiento; disfrutando un día más por cada veinte kilómetros que medien entre su domicilio y el lugar de la residencia del juez competente.*

Art. 473 *Cuando el impedimento ó la causa legal de excusa ocurrieren después de la admisión de la tutela, los términos señalados en el artículo anterior correrán desde el día en que el tutor conoció el impedimento ó la causa legal de la excusa.*

Art. 474 *Por el lapso de los términos se entiende renunciada la excusa.*

Art. 475 *Si el tutor tuviere dos ó más excusas, las propondrá simultáneamente dentro del plazo; y si propone una sola, se tendrán por renunciadas las demás.*

Art. 476 *Durante el juicio de impedimento ó de excusa, el juez nombrará un tutor interino con los requisitos legales.*

Art. 477 *El tutor testamentario que se excusare de la tutela, perderá todo derecho á lo que le hubiere dejado el testador.*

Art. 478 *El tutor de cualquiera clase que, sin excusa, ó desechada la que hubiere propuesto, no desempeñe la tutela, pierde el derecho que tenga para heredar al menor que muera intestado, y es responsable de los daños y perjuicios que por su renuncia hayan sobrevenido al menor. En igual pena incurre la persona á quien corresponda la tutela legítima, si legalmente citada no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz.*

Art. 479 *Muerto un tutor que esté administrando la tutela, sus herederos ó ejecutores testamentarios están obligados á dar.*

aviso al juez, quien proberá inmediatamente al menor del tutor que corresponda según la ley.

SECCION IX

ANTIGUO DERECHO.

258. No solo las *incapacidades* de que hemos hablado en la sección anterior, sino también las *excusas* bastan á eximir del cargo de tutor. Si las primeras constituyen motivos que obligan á no entrar al desempeño de la tutela, en cambio las segundas dan derecho á no aceptarla, con fundamento de consideraciones meramente personales de aquél que fuera designado para ejercerla. Motivan también las excusas razones de interés público, el cual se vería sacrificado, si quien lo sirve ó representa, debiese encargarse además del lleno de las obligaciones tutelares. La palabra *excusas* es técnica y antigua en la ciencia del derecho. La encontramos en el Digesto Romano y en las Institutas de Justiniano. Según Ulpiano primitivamente podía el tutor testamentario renunciar la tutela por su sola voluntad (1). El tutor dativo tenía también esa facultad, con tal de que designase un pariente más próximo, que llenara las condiciones necesarias para el desempeño de la tutela (2). Solo el tutor legítimo estaba obligado á aceptar el cargo, salvo que tuviese una causa justa de excusa (3). Esta última prescripción se generaliza en el derecho imperial, haciéndose extensiva á todas las clases de tutela, lo cual se desprende de los términos absolutos de la Instituta Justiniana (4). Desde entonces, fuera de la madre y la abuela que libremente podían rehusar la tutela (5), todo hombre estaba obligado á aceptarla, menos cuando se encontrase en el caso de excusa legítima. ¿Cuáles son éstas excusas? Encontramos que son las siguientes: 1.º tener

(1) Ulpiano, Regular. tit. 11, § 17.

(2) Vatic. fragm. 157.

(3) Ulpiano, Regular. tit. 11, §§ 8 y 17.

(4) Inst de Just. lib. 1, tit 25, pro. init.

(5) Novellæ 94, cap. 1, y 118, cap. 5.

tres hijos legítimos en Roma, cuatro en Italia, ó cinco en las Provincias (1); 2.º estar encargado de una, de dos ó de tres tutelas ó curatelas, atenta su importancia (2); 3.º ser funcionario público, ausentarse por causa de servicio público, y en éste segundo caso se gozaba de un año de vacaciones después de la vuelta, debiéndose nombrar entretanto un curador (3); 4.º haber alcanzado la edad de setenta años (4); 5.º estar domiciliado en otra provincia que el pupilo (5); si el tutor está domiciliado en la misma provincia que el pupilo, podía rehusar la administración de los bienes situados en otra (6); se podía nombrar entonces para estos bienes un segundo tutor (7); 6.º necesitar del propio tiempo para proveer á la subsistencia (8); 7.º ser persona iletrada ó enferma, cuando una ú otra cosa hace difícil el ejercicio de la tutela (9).

En general, ninguna de estas causas de exousa, si sobreviviera, aceptada ya la tutela, autorizaba para separarse de su ejercicio (10). Sólo eran excepciones de esto, la ausencia por causa de utilidad pública, que excusaba de la tutela durante el tiempo de aquella (11), á reserva de continuar después del regreso, y la pobreza ó una enfermedad que impidieran la continuación en el ejercicio del cargo (12).

Nuestro antiguo Derecho patrio, menos metódico en esta materia que el Romano, pues confunde las excusas con las incapacidades, menciona las siguientes con el primer carácter: 1.º Tener cinco *hijos naturales* e legítimos vivos. Si alguno de estos hubiera muerto en servicio *de Dios e del Rey*, se contaba entre

(1) Inst. de Just. loc. cit.

(2) Dig. lib. 27, tit. 1, l. 3.

(3) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §3—id. id. §2—Dig. lib. 27 tit. 1, l. 10.

(4) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25 § 13.

(5) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 46.

(6) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 10, § 4.

(7) Dig. lib. 27 tit. 1, l. 21, § 2.

(8) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 16.

(9) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, §§ 7 y 8.

(10) Inst. de Just. lib. 1, tit. 25, § 2—Dig. lib. 27, tit. 1, l. 2, § 8.

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

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

los segundos (1); 2ª ser recaudador de rentas reales, su mensajero ó ministro ejecutor de la justicia. La superveniencia de esta causa no servía de excusa (2); 3ª ser militar; 4ª un litigio posterior; 5ª estar encargado de tres tutelas (3); 6ª ser excesivamente pobre; 7ª la ignorancia hasta no saber leer ni escribir; 8ª la enemistad capital anterior con el padre del pupilo; 9ª ser mayor de setenta años, como menor de veinte; 10ª ser maestro ó profesor de humanidades (4); 11ª ser tutor de un menor desde antes de que tuviera catorce años y continuar hasta cumplida esta edad; 12ª ser marido de la pupila menor de edad. Esta última excusa fué derogada por una ley recopilada (5); y 13ª no haber cumplido los cuatro primeros años de su matrimonio (6).

259. ¿De qué modo y en qué tiempo deben ser propuestas las excusas? La semejanza de ambos derechos romano y patrio, brilla con toda luz, sobre esta materia. El que se quería excusar, debía demostrar, por medio de información sumaria, de que se corría traslado al curador *ad litem*, hallarse en el caso de la excusa; la sentencia que ponía fin al litigio, debía ser pronunciada á los cuatro meses y era apelable. . . . *peragendo enim negotio, ex die nominationis continui quatuor menses constituti sunt* (7). Las excusas debían ser propuestas dentro de cincuenta días, á contar desde aquel en que se supo el nombramiento de tutor, si el nombrado estaba en el mismo lugar ó en otro ménos dis-

(1). Partida 6, tít. 17, l. 2.

(2). Partida id. tít. id. l. id.

(3). Gutiérrez Fernández, *Cód. Esp.*, tom. 1, pág. 781.—Vinió, *ad Inst.* lib. 1, tít. 25, §

(4). Partida 6, tít. 17, l. 3.—Lo mismo se prescribía en el antiguo derecho Francés (Pothier, *des person.* part 1, tít. 4, sect. 6, art. 2.—Merlin, *Rep.* "Tutelle" sect. 4.)

(5). *Nov. Recop.* lib. 10, tít. 2, l. 7.

(6). *Nov. Recop.* lib. id, tít. id, l. id.—Sala de Dublán, y L. Mendez, lib. 1, tít. 7, núm. 29.

(7). *Dig.* lib. 27, tít. 1, l. 38.

tante de cien millas. A mayor distancia se gozaba de treinta y un días por cada veinte millas (1). La alegación de una excusa, si se tenían varias, no impedía hacer valer las otras en los plazos fijados (2).

DERECHO MODERNO.

260. El Código de Napoleon consagra desde el art. 427 hasta el 441 á la presente materia. Según estos textos quedan dispensados de la tutela los mariscales de Francia, los senadores, los diputados, los consejeros de Estado y los almirantes (3). Por un decreto del Consejo de Estado de 20 de Noviembre de 1806 se estableció, que podían también excusarse de ser tutores los eclesiásticos de toda especie; por ley de 16 de Septiembre de 1807 (art. 7) se dispuso que la Corte de Cuentas gozaba de las mismas prerogativas que la Corte de Casación. Los presidentes y consejeros de ésta, el Procurador general y los abogados generales en la misma Corte; los prefectos y en general todos los Ciudadanos que ejercen una función pública en otro departamento que aquel en que la tutela se establece, pueden también excusarse de la tutela. Igualmente pueden ser dispensados de ella los militares en activo servicio y en general todos los que llenen, fuera del territorio de la República, una misión del Gobierno. Si cualquiera de las personas excusables ha aceptado la tutela posteriormente á la causa de la excusa, no puede ya hacerla valer.—Al contrario, si la causa de la excusa es posterior á la aceptación de la tutela, el encargado de ella podrá, si lo quiere, hacer convocar dentro de un mes un consejo de familia, quien deberá reemplazarlo. Terminado el impedimento, puede el tutor reclamar de nuevo la tutela.—Nadie está

(1). Partida 6^a, tit. 17, l. 4.—*Inst. de Just.* lib. 1, tit. 2, § 16.

(2). *Inst. de Just.* lib. 1, tit. 25, § 16.

(3). Auvry et Rau, tom. 1, pag. 422, § 107.

obligado á aceptar la tutela sino en el caso en que no existan, en el espacio de cuatro miriámetros, parientes ó afines del pupilo, capaces de desempeñar aquella.—Pueden también rehusarse á ser tutores los que hayan cumplido sesenta y cinco años. Los que cumpliesen setenta ya en desempeño de ella, pueden igualmente descargarse de su ejercicio.—Los enfermos graves, ya lo sean desde ántes, ya se vuelvan despues de la aceptación de la tutela, son dispensados de ella.—Dos tutelas son para cualquiera persona justa causa de dispensa en orden á una tercera. Pero si se es esposo ó padre, y se está ya encargado de una tutela, se puede rehusar una segunda, con tal de que no sea de los propios hijos.—Cinco hijos legítimos bastan á dispensar de cualquiera otra tutela. Como en nuestro antiguo derecho patrio, los hijos muertos en servicio de la República se consideran vivos para la dispensa; pero también se opera la misma ficción, aun tratándose de hijos muertos en otras circunstancias, con tal de que hayan dejado hijos actualmente vivos.—La superveniencia de hijos durante la tutela no autoriza la dispensa.—Si el tutor nombrado está presente cuando la deliberación del consejo de familia que le defiere el cargo, debe inmediatamente proponer la excusa, so pena de perder todo derecho.—Si no está presente, debe convocar, en el plazo de tres días, á contar desde la notificación de su nombramiento, al consejo de familia para que delibere sobre las excusas. Ese plazo se aumenta en un día por cada tres miriámetros de distancia entre el lugar del domicilio del tutor nombrado y el del discernimiento de la tutela; si uno ú otro plazo trascorre, sin que el tutor proponga sus excusas, vuélvense éstas inaceptables.—Rechazadas por el consejo de familia, el tutor puede apelar á los tribunales, estando obligado á administrar, entre tanto, provisionalmente.

261. Nuestro derecho nacional es fiel reproducción de lo

que hemos dicho, salvo las modificaciones que procuraremos exponer. En primer lugar se declara que pueden excusarse de ser tutores de cualquiera clase los *empleados y funcionarios públicos* (arts. 433 del Código de Veracruz, 391 del de Estado de México; 361 del de Tlaxcala; 567 del del Distrito Federal de 1870 y 469 del actual.) La frase merece explicarse: ¿cuáles son esos empleados y funcionarios públicos? Los códigos de Veracruz y Estado de México se refieren á funcionarios de la Federación; pero hablan también de los del Estado. El código de Tlaxcala, lo mismo que el del Distrito Federal de 1870, se refiere á los empleados *superiores*. ¿Será preciso que asuman esta cualidad los funcionarios de que se trata, para excusarse de ser tutores? Creemos que, de ser fieles al texto legal, hay que decir que, según unos códigos, lo pueden los empleados federales de cualquiera categoría que sean, y los que lo sean del Estado, por más humildes que sean sus funciones. Es absurdo que pueda excusarse de ser tutor el simple escribiente de una oficina administrativa del Estado de México; mas tal es la genuina interpretación legal. El código de Tlaxcala habla de empleados *superiores*; todos lo son á la cabeza de la oficina que gobiernan. ¿Por qué podría excusarse de ser tutor el Secretario de una Jefatura Política de distrito? Nuestro código actual del Distrito Federal concede la facultad de excusarse sin distinción alguna, á todos los *empleados y funcionarios públicos*.

262. En segundo lugar, pueden excusarse de ser tutores los *militares en servicio activo*. En tercer lugar, gozan de esa facultad los que tengan bajo su patria potestad *cinco descendientes legítimos*. El código que comentamos dice: tres ó mas descendientes legítimos.—No comprendemos porque se exige que los hijos sean legítimos. ¿Acáso los hijos naturales reconocidos no demandan atención que puede ser incompatible con la tutela?

En este punto era más previsor nuestro antiguo derecho patrio (núm. 258).

263. En cuarto lugar se menciona, como motivo para excusarse, la pobreza, siendo tan extremada que no permita atender á la tutela sin menoscabo de la propia subsistencia. Como el tutor debe prestar garantía, según explicaremos después, para asegurar su manejo, y tiene, por otra parte, una remuneración por su trabajo, no comprendemos porque su simple condición de pobre haya podido ser prevista por el legislador en calidad de motivo de excusa. Creemos que ha de ser muy raro el ejercicio de tal facultad por esta causa. También pueden excusarse los enfermos habituales y los ignorantes que no sepan leer ni escribir, cuando por una ú otra causa no puedan prestar la debida atención á la tutela.

264. La edad de más de sesenta años autoriza también para excusarse de la tutela; como el tener á cargo otra tutela ó curaduría.

265. Algunos de nuestros códigos agregan otra causa de excusa; residir en lugar distinto del domicilio del menor ó de donde esté la mayor parte de sus bienes. El código del Estado de México dice también: *ejercer cargo público á mas de cinco leguas de uno ú otro lugar.*

266. Todos nuestros códigos mencionan otra causa de excusa; pero sólo valedera para la tutela testamentaria ó dativa de los dementes, idiotas, imbeciles ó sordo mudos: el trascurso de diez años de ejercicio de ella, con tal de que el tutor no sea cónyuge, hijo ó ascendiente del incapacitado, pues en cualquiera de estos casos la tutela debe durar todo el tiempo que dure la interdicción. (arts. 558 del Código de Veracruz; 510 del de Estado de México; 362 del de Tlaxcala; 508 y 509 del del Distrito Federal de 1870; 418 del actual). La razón de esta disposición se comprende con sólo atender á que la carga de la tute-

la de los enajenados no puede ser siempre exigible sino á aquellas personas que la naturaleza misma parece haber señalado, para que la sobrelleven todo el tiempo que sea necesario. Pero esto no quiere decir, que esas mismas personas no puedan invocar los otros motivos de excusa que son de derecho común. Id. es el texto del art. 508 francés. (1).

267. En cuanto al modo y tiempo de proponer esas excusas, es de lamentarse la poca uniformidad de nuestra legislación civil. Los códigos de Veracruz (art. 435) y de Estado de México (art. 393), naturalmente previenen que las excusas se propongan ante el consejo de familia, dentro de diez días de sabido el nombramiento de tutor, y un día más por cada cinco leguas que medien entre el domicilio del nombrado y el lugar de la reunión del consejo (arts. 436 del primero de dichos códigos y 394 del segundo). Si éste desecha las excusas, tiene el interesado derecho á ocurrir, dentro de otros diez días, al Juez de 1ª Instancia, quien decide, con audiencia del consejo, y en contra de la decisión, no cabe más recurso que el de responsabilidad (arts. 437 del primero y 395 del segundo). Los códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala (arts. 569 y 570 del de 1870; 471 y 472 del actual; 364 y 365 del último), establecen, para recibir las excusas, la competencia del Juez del domicilio del menor; los primeros conceden el mismo plazo que los códigos de Veracruz y Estado de México; el segundo fija solamente seis días, disfrutándose de un día más por cada veinte kilómetros.

268 No comprendemos porque el código del Estado de México clasifica las excusas (art. 393), en *necesarias y voluntarias*. ¿Cuáles son las primeras que no tengan la cualidad de las segundas?

269. ¿Qué sucede cuando el motivo de excusa sobreviene,

[1]. Laurent, tom. 5, núm. 293.

después de admitida la tutela? Todos nuestros códigos declaran que, entonces, los términos señalados corren desde el día en que el tutor conozca el impedimento ó causa legal de la excusa.

270. ¿Puede entenderse tácitamente renunciada la excusa? Sí, en tres casos: I, por el lapso de los términos sin proponerla; II, cuando teniendo el tutor nombrado varias excusas, propone una sola, pues se entienden renunciadas las demás; y III cuando el tutor que tiene excusa legítima para no serlo, acepta la tutela (arts. 434, 436 del código de Veracruz; 392 y 393 del de Estado de México; 363, 367 y 368 del de Tlaxcala; 568, 572 y 573 del del Distrito Federal de 1870; 470, 474 y 475 del actual).

271. No están conformes nuestros Códigos sobre si la tutela dura ó no á cargo de la misma persona, mientras se ventila en el juicio correspondiente la procedencia de la excusa ó excusas. El antiguo derecho era terminante acerca de este punto en sentido negativo. Una ley del Digesto dice: *Tutor pupillo datus si prorocet, interim pupillo curator dabitur. Sed si tutoris auctoritas fuerit necessaria, veluti ad adeundam hereditatem, tutor ei necessario dabitur, quoniam curatoris auctoritas ad hoc inutilis est.* (1) El Código de Napoleón se separó de este principio, pues en Francia el tutor continúa siéndolo, aun después de provocados la excusa ó el impedimento, y hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria (2). De nuestros Códigos, los del Distrito Federal (arts. 574 del de 1870; 870 y 476 del actual), y el de Tlaxcala (art. 369), son fieles al sistema romano, mientras los de Estado de México (art. 396) y de Veracruz (art. 438) declaran que, durante el juicio de excusa, el que la proponga

[1] Dig. lib. 49, tit. 1, l. 17, § 1.

[2] Demante, tom. 2, pág. 269, núm. 201 bis.—Demolombe, tom. 7, núm. 507.—Laurent, tom. 4, núm. 529.

está obligado á ejercer su cargo, agregando que si no lo hiciere, el consejo de familia nombrará otra persona que lo sustituya, quedando el primero responsable de la gestión del sustituto, si la excusa fuere desechada.

272. Todos nuestros Códigos (arts. 439 del de Veracruz, 397 del de Estado de México, 371 del de Tlaxcala, 576 del del Distrito Federal de 1870 y 478 del actual), sancionan la obligación que al tutor incumbe de entrar, sin pérdida de tiempo, al desempeño de la tutela, así como la de ser probo en la presentación de excusas, sea en cuanto á la verdad del hecho que puede motivarlas, sea en orden á su procedencia legal. La sanción establecida es doble, pues por un lado consiste en la pérdida del derecho para heredar al menor *abintestato* y por el otro, en la responsabilidad de pagar los daños y perjuicios que al mismo hayan sobrevenido por una ú otra de las faltas indicadas. Esta misma prescripción la repiten algunos de nuestros códigos al hablar de la sucesión legítima (arts. 1,095 del Código de Veracruz y 1,013 del de Estado de México). Ningún antecedente encontramos de la primera de estas sanciones en el antiguo derecho, ni en el francés, pues aquel se limita al tutor testamentario; pero sí de la segunda, respecto de la cual leemos en el digesto: *Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit; heres ejus postea victus præteriti temporis periculum præstavit, quia non videtur levis culpa, contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detractare.* (1) El Código de Napoleón (art. 440), declara solo que el tutor que sucumbe en el juicio de excusas, debe ser condenado en las costas.

273. El código actual del Distrito Federal ha reformado el de 1870, agregando, (art. cit.) que: "en igual pena incurre la persona á quien corresponda la tutela legítima, si legalmente

[1] *Dig.* lib. 26, tit. 7, l. 89 § 6.— *Cód.* lib. 5, tit. 63. 1.

citada, no se presenta al juez manifestando su parentesco con el incapaz."

274. Si respecto de la pérdida del derecho de suceder *abintestato*, nada se encuentra en la antigua legislación en orden al tutor, que sin excusa deje de entrar al desempeño de la tutela, ó para el caso en que la excusa propuesta resulte desechada, no sucede lo mismo tratándose del tutor testamentario y de la sucesión *ex testamento*. En todo tiempo, las leyes han sido severísimas para aquel que voluntariamente falta á la confianza del testador, quien, es de suponerse, en tanto lo favoreció con su liberalidad, en cuanto esperaba no verse desagradecido de aquella, después de su muerte. *Amittere id*, dice una ley romana, *quod testamento meruit et eum placuit, qui, tutor datus excusavit se a tutela* (1). Nada expreso se encuentra á este respecto en el derecho francés, al contrario de lo que sucede en el nuestro, según el cual "el tutor testamentario que se excusare, pierde todo derecho á lo que le hubiere dejado el testador (arts. 398 del Código del Estado de México, 440 del de Veracruz, 370 del de Tlaxcala, 575 del del Distrito Federal de 1870 y 477 del actual.)" El propio precepto se halla repetido en el título de los mismos Códigos sobre *capacidad para adquirir por testamento*, con las siguientes diferencias: el Código del Estado de México (art. 857) dice á la letra: "pierden todo derecho á lo que se les hubiere dejado en testamento, el tutor testamentario y el albacea que se excusen de admitir sus respectivos encargos, ó que sean removidos por sospechosos después de haberlos admitido"; el Código de Veracruz (art. 931) no habla del tutor testamentario removido. Estas, al parecer, sencillas declaraciones dan con todo margen á algunas dudas. ¿Cualquiera excusa, aun la más justa y procedente, para el ejer-

(1). Dig. lib. 34. tit. 9 l. 5 § 2.

cicio de la tutela, basta á volver indigno de la herencia al tutor testamentario? Si la excusa, por improcedente, es desechada entrando por lo mismo en definitiva el tutor nombrado al desempeño de la tutela ¿habrá con todo de subsistir la indignidad del tutor testamentario para la herencia? Para ninguna de estas cuestiones dan respuesta los textos de los códigos que acabamos de trascribir, aunque, dado el modelo en que estas legislaciones se inspiraron más directamente, y que no es otro que el proyecto de un código civil español por el Sr. Gollaña (1), debemos creer que la mente de los legisladores fué referirse al caso de excusa que hubiera prosperado, no quedando en el rango de meramente propuesta. En cuanto á la primera cuestión, la duda es mayor, pues hay que reconocer cómo una razón de incontestable justicia y no la mera conveniencia privada de los tutores, inspiró en todo tiempo á los legisladores para mencionar las excusas aceptables. Si á esto se agrega lo que ya hicimos notar poco há (núm. 268), es á saber, que uno de estos códigos clasifica las excusas en *necesarias* y *voluntarias*, habrá que convenir en que casi merece el nombre de una celada eso de ofrecer un derecho cuyo ejercicio se convierte despues en motivo para la indignidad hereditaria.

275. Los Códigos del Distrito Federal de 1870 (arts. 3446—3447) y el de Tlaxcala (arts. 2742—2743) aclaran estas dudas, pues según ellos son incapaces de heredar por testamento los que, nombrados en él tutores, hayan rehusado *sin justa causa* el cargo, ó por mala conducta hayan sido separados judicialmente de su ejercicio. Estos mismos textos agregan que esa incapacidad hereditaria no alcanza á los herederos forzosos en su porción legítima, ni á los que, *desechada por el juez la excusa, hayan servido el cargo*.—Por manera que, en primer lugar se ne-

(1) Art. 618.

cesita que la causa de la excusa sea *justa*, y por esto deben entenderse todas las excusas que la ley acepta, y en segundo lugar, es preciso que la excusa no haya sido desechada por el juez. Así podemos declarar que las dudas indicadas quedan desvanecidas. Empero no podemos menos que notar, ó defectos ó redundancias en la redacción de esos textos, pues una de dos: si la causa de la excusa es justa, debemos creer que será aceptada por el juez, sin que pertenezca al legislador basar sobre la posibilidad de que no lo sea, la sanción de la incapacidad hereditaria para el tutor; si la excusa es injusta, habrá de ser siempre desechada por el juez, bastando esto solo para que no quede sino un caso posible de incapacidad hereditaria: aquel en que el tutor en tales circunstancias, de hecho, no desempeñe la tutela.

276. El código actual del Distrito Federal (arts. 3309-3310) repite los mismos conceptos, con la sola diferencia de que no habla del respeto debido á la porción legítima de los herederos forzosos, pues no los reconoce. Volveremos á hablar sobre esta materia al comentar el libro de *Sucesiones*.

277. Sobre los arts. 372 del Código de Tlaxcala, 577 del del Distrito Federal de 1870, 479 del actual, 399 del de Estado de México y 441 del de Veracruz, véase lo que hemos dicho en otra parte (núm. 110).

278. ¿Puede haber otras excusas que las señaladas en la ley? El punto es muy controvertido entre los autores franceses. Vallette enseña: que la ley no ha entendido enumerar las causas de excusa en un sentido absolutamente limitativo, sino solo indicar aquellas que el consejo de familia y los tribunales no pueden negarse á tomar en consideración, cuando están justificadas; que en cuanto á las excusas no comprendidas en esta enumeración de la ley, se podrá alejarlas ó admitirlas, según

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

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

(1) Valette *sur Proudhon* tom. 2, pág. 240.—Marcadé *sur l'art 141—Massé et Vergé sur Zachariæ* tom. 1, pág. 240.—Demante, tom. 2, núm. 186, bis II. Delvincourt, tom. 1, pág. 114, note 3.—*Contra*: Demolombe, tom. 7, núm. 448.—Laurent, tom. 4, núm. 508.

(2) Laurent, tom. 4, núm. 493.

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

CAPITULO X

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

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

I. En hipoteca:

II. En fianza.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SECCION X.

ANTIGUO DERECHO.

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

Tomo V.—P. 35

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) *Dig.* lib. 26, tít. 7, l. 7.

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

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

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

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

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

(3) Gregorio López, *glos.* 3 á la 1. 9, tít. 18. Partida 6.—Gutiérrez, *de tutel.* part. 1, cap. 5, núm. 1.

(4) Gutiérrez *de tutel.* part. 1, cap. 12, núm. 2.

(5) Partida 6, tít. 16, l. 21.

(6) Partida 5, tít. 13, l. 23.

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

DERECHO MODERNO.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

¿En qué puede consistir la caución?

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

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

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

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

garantía, se consideran, aun independientemente de la voluntad del obligado, bajo hipoteca legal y necesaria, los bienes raíces de esta, para la seguridad de las resultas de la administración. Son, pues, dos las hipotecas con que el pupilo puede tener asegurada la buena administración de su tutor: la primera, que puede no existir, si el tutor ha asegurado su buen manejo con fianza, y la segunda, que es de constituirse siempre en garantía de las cuentas de la tutela, en cualquier tiempo, y por lo mismo aun ya habiendo cesado esta. Un ejemplo hará palpable esta interpretación. Supóngase que, habiendo el tutor caucionado, previamente al primer acto de su administración, la bondad y pureza de ella, con fianza ó con hipoteca, resulta que, al fin de la tutela, las cuentas arrojan una responsabilidad contra él. ¿Esta habrá de hacerse efectiva sólo contra el fiador ó sobre los bienes hipotecados? De ningún modo, pues ahí está la hipoteca legal y necesaria para responder de las deudas pendientes del tutor (arts. 1995, 1999 inciso 2, 2000 inciso 6 y 2017 del Código civil del Distrito Federal de 1870, 1871, 1875 inciso 6, 1878 inciso 2 y 1890 del actual; 2583, 2587 inciso 2, 2588 inciso 6 del de Tlaxcala). A reserva de volver á hablar sobre este punto, cuando nos ocupemos en el comentario del título *de la hipoteca*, nos conformamos por el momento con exponer nuestra interpretación acerca del particular, en la inteligencia de que ella es conforme á la de nuestro respetable maestro y gran juriconsulto mexicano, D. José María Lozano: "si el tutor ha rendido sus cuentas y cubierto el alcance de ellas al menor ó á su legítimo representante... nada hay que exigirle. Si por algún acaso no constituyó á su tiempo, en su oportunidad, la hipoteca que la ley le obligaba, no tendría objeto alguno obligarlo á constituirla. No está pendiente de cumplimiento la obligación que se debiera haber asegurado, y en consecuencia, la garantía, obligación acceso.

ria, no tendría obligación principal á que adherirse, y por lo mismo, tampoco tendría razón de ser, objeto ni resultados (1).» Es, pues, la hipoteca necesaria de que hablamos, una garantía de la buena administración tutelar, que, pudiendo existir simultáneamente con el desempeño del cargo, puede también surgir después de concluido éste, por cualquiera cosa que quede pendiente en la rendición de cuentas. Como se vé, este sistema es más fiel que el otro á la tradición del antiguo derecho.

255 ¿La preferencia dada por algunos de nuestros códigos á la hipoteca como garantía prévia del buen manejo del tutor, se opone á que ésta pueda consistir parte en hipoteca y parte en fianza? Puede afirmarse que la resolución de este punto está invívita en lo que acabamos de decir, porque si la garantía que nos ocupa, puede consistir en hipoteca ó fianza, cuando la primera no pueda otorgarse por carecer de bienes raíces el tutor, claro es que, si los que tiene no son suficientes para cubrir su responsabilidad futura, nada se opone á que la caución estribe en una ó en otra forma ó sólo en la segunda, según los intereses del pupilo. Así lo previenen los arts. 580 del Código del Distrito Federal de 1870 y 482 del actual. El código de Tlaxcala (art. 375) parece no aceptar esta última solución, pues no la propone expresamente; pero entendemos que ella es conforme también al espíritu del art. 373 del mismo.

NÚM. 2.—¿QUÉ DEBE COMPRENDER LA CAUCIÓN?

De las seguridades de su conservación.

256 “¿Por qué cantidad, dice la parte Expositiva del Código Civil del Distrito Federal de 1870, se ha de dar esa garantía? Es—

(1) J. M. Lezano, *Derecho hipotecario comparado*, núm. 49.

ta es la terrible, la insoluble dificultad. Si la garantía se dá por todos los bienes del menor, la tutela es casi imposible; porque lo son una hipoteca ó una fianza por una suma considerable. Si sólo se asegura una parte de los bienes, el menor queda expuesto y la ley no ha llenado su objeto. Muchos casos prácticos pudieran citarse en prueba de esta verdad; pero es tan clara, que sólo necesita indicarse, para ser desde luego comprendida. La comisión cree, que lo más realizable es, que la garantía se dé sólo por determinados bienes, supuesto que respecto de otros no hay peligro de mala versación. Para decidir sobre la ventaja de este pensamiento, es preciso tener presente todo el sistema que respecto de tutela se establece en el proyecto. La extensión dada á la patria potestad y la facultad de nombrar tutor concedida al testador extraño, disminuyen en gran parte la necesidad de la garantía; puesto que no la dan los ascendientes y pueden quedar eximidos de esa obligación los tutores testamentarios. Ciertamente es que en ambos casos hay peligros; pero no ha parecido justo en el primero, ni prudente en el segundo exigir la garantía, atendidos el sentimiento natural de los ascendientes y el buen juicio del testador, que al libertar al tutor de su heredero de la obligación de dar garantía, manifiesta claramente la ilimitada confianza que en él tiene. Podrá abusarse; pero no se puede ir más allá. El tutor hoy no tiene quien lo vigile: en lo venidero casi no puede dar un paso sin conocimiento y aun consentimiento del curador, y como éste es también responsable, debe creerse que impedirá los abusos ó procurará su inmediato remedio. Hoy el tutor no tiene otra vigilancia: en lo venidero tendrá la del Ministerio público, sin cuya audiencia ningún negocio de alguna importancia puede resolverse. El tutor hoy sólo en ciertos casos graves necesita la autorización judicial: en lo venidero la necesitará para casi todos sus actos administrativos. Por último, hoy el tutor no da

cuenta sino al terminar la tutela: en lo venidero, además de éstas, debe darlas cada año, limitándose de este modo el riesgo á un período en que si bien es posible, no es muy fácil arruinar la fortuna del incapacitado, si á esta consideración se agregan las que preceden y las no menos graves que en seguida se exponen."

"Los alimentos y gastos de educación; los de administración; el número y sueldo de los dependientes se han de designar por el juez; el dinero efectivo que hubiere y llegare á dos mil pesos, se ha de imponer con aprobación judicial; los bienes inmuebles, los derechos reales y los muebles preciosos, no pueden enajenarse ni gravarse, sino con la misma aprobación, y los primeros precisamente en almoneda; no pueden darse en arrendamiento dichos bienes por más de nueve años, sin la condición referida: sin ella no puede el tutor recibir dinero prestado, ni transigir ni comprometer en árbitros. Y para todos estos actos se requieren la audiencia del curador y del Ministerio público y en algunos el consentimiento expreso del primero. A pesar de todo puede abusarse; pero poner más trabas es hacer imposible la administración."

"En consecuencia, la comisión ha creído que no pudiendo temerse racionalmente mala versación en estos casos, no había necesidad en ellos de dar garantía; como tampoco la hay cuando los bienes consisten en derechos litigiosos, y por lo mismo limitó la obligación á aquellos bienes que por necesidad tienen que entrar á poder del tutor."

"Se dará, pues, la garantía por las rentas y réditos; por los muebles, por los enseres y semovientes de las fincas rústicas; por el producto de éstos y por el de las negociaciones mercantiles ó industriales, deduciéndose, como es natural, de todos ellos las cantidades que deben imponerse y las pérdidas legalmente justificadas."

"Para las fincas rústicas creyó la comisión que el mejor cálculo era el término medio de un quinquenio, que es el común entre nuestros labradores, á no ser que por motivos particulares se prefiera el juicio de peritos."

"Al tratar de los negocios mercantiles é industriales, se convenció la comisión de que era imposible llenar el objeto, porque no pudiendo obligarse al tutor á pedir licencia al juez para la enajenación de los objetos, habia que escoger entre estos dos extremos: exigir la garantía por el importe total de la negociación, lo cual haría imposible la tutela; ó realizar desde luego los bienes, á fin de que impuesto el importe quedara la garantía reducida únicamente al rédito. La comisión cree, que lo más prudente es que el Juez, con informe de dos peritos, decida si conviene que la negociación continúe ó se realice; por que de este modo, teniéndose en consideración las circunstancias particulares de cada caso, podrá dictarse una resolución conveniente."

Conforme á estos principios los Códigos del Distrito Federal (arts. 581 del de 1870 y 483 del actual) y el de Tlaxcala, (art. 376) declaran que la hipoteca, y á su vez la fianza deben darse: I por el importe de las rentas que deban producir los bienes raíces y los réditos de los capitales impuestos; II por el de los bienes muebles y el de los enseres y semóvientes de las fincas rústicas; III por el de los productos de las mismas fincas, graduados por peritos ó por el término medio en un quinquenio á elección del juez; y IV por el de las utilidades en las negociaciones mercantiles ó industriales, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma ó á juicio de peritos. Se ve, pues, que según estas legislaciones la caución tutelar no se da por el importe de los bienes raíces pertenecientes al pupilo ni por el de su capital pecuniario. Declarar otra cosa los legisladores, como acabamos de ver que lo expresa la comisión codificadora,

habría hecho imposible la tutela en muchos casos, pues no es frecuente poder encontrar una caución tan extensa que resultase proporcionada á ciertas inmensas fortunas. Ante este peligro, y sin caer nuestros legisladores en el error de otros que otorgan una tan excesiva confianza á los tutores, que llegan hasta no exigirles ninguna seguridad de su buen manejo (1), han establecido un término medio práctico, que si no satisface por completo todas las exigencias, al menos garantiza en gran parte contra los eventos más probables los intereses de los menores, quienes siempre tienen, además, como otros tantos escudos, las diversas restricciones impuestas al tutor en el curso de su administración, y de las cuales hablaremos más adelante. Por esto nuestros códigos no consideran que la caución tutelar debe garantizar en su totalidad sino los bienes muebles, enseres y semovientes de las fincas rústicas. En cuanto á los otros valores, bienes raíces, dinero efectivo, negociaciones mercantiles ó industriales, sólo se exige que la garantía comprenda las rentas, los productos, los réditos ó las utilidades.

257. Empero, como la misma dificultad de otorgar una caución onerosísima subsistía, y quizá más terrible, al tratarse de asegurar todas las rentas, todos los productos, todos los réditos y todas las utilidades, los códigos mencionados decidieron establecer un límite fijo y prudente que, á la vez que realizable, no dejara, mediante siempre las restricciones á que nos hemos referido, expuestos á perderse los bienes de los pupilos. ¿Cuál es ese límite? En cuanto á los bienes raíces la práctica había establecido que la caución se diese por el importe de las rentas ó productos durante un año. Lo mismo se observaba en orden

(1) Baseler, *System des deutschen gemeinen Privatrechts*, pág. 544, y nota (de la 3.^a edic. 1875.)

al capital pecuniario. El código del Distrito Federal de 1870 es seguramente aplicado por los tribunales en esta forma. El de Tlaxcala lo declara con toda claridad. El del Distrito Federal, actual, queriendo sin duda precisar también esté punto tan importante, fija el plazo de dos años.

258. Queda en la materia otra dificultad: Si las rentas de las fincas urbanas, lo mismo que los réditos del dinero, son fáciles de calcular por lo que hace á determinado período de tiempo, no puede decirse otro tanto de los productos de las fincas rústicas, por lo cual nuestros legisladores tuvieron que deferir en este punto al dictamen pericial, quedando á elección del juez, si aquél había de consultar el monto de los productos durante un año, según los códigos de Tlaxcala y del Distrito Federal de 1870; durante dos, según el actual, ó por la mitad de cinco años.

259. Hemos visto antes, en la parte expositiva del Código del Distrito Federal de 1870, entre qué extremos fluctuó la comisión para fijar el límite de la caución tutelar, cuando los bienes del pupilo consistiesen en negociaciones mercantiles ó industriales. Embarazoso é imposible tiene que ser que el tutor necesite de licencia judicial para cada contrato, para cada venta de los objetos que constituyen el capital de esta clase de negocios. ¿Se exigirá al tutor la garantía por el importe de todos ellos? Repetimos que esto haría imposible la tutela. ¿Deberá el tutor proceder á la inmediata realización de todo el negocio, para imponer el capital pecuniario, dándose entonces la garantía por los réditos según hemos explicado? Aunque podría esto ser perjudicial en muchos casos al pupilo, nuestros legisladores optaron por este segundo extremo, en vista de la absoluta imposibilidad del otro. Más adelante veremos, al tratar del *desempeño de la tutela*, que si el padre ó madre del menor ejercían algún comercio ó industria, el juez, *con informe de*

dos peritos, decidirá si ha de continuar ó no la negociación, á no ser que los padres hubieran dispuesto algo sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad en cuanto no ofrezca grave inconveniente, á juicio del juez. Hay, pues, casos en que el tutor tiene que hallarse frente á frente de un comercio ó de una industria, y en los cuales debe dar garantía también de su buen manejo. ¿Por qué cantidad la dará? Por el importe de las utilidades anuales, dicen los códigos mencionados, calculadas por los libros, si están llevados en debida forma ó á juicio de peritos.

260. Sistema muy diverso del que acabamos de exponer, siguen los Códigos de Veracruz y Estado de México. Según estas legislaciones (arts. 2294 del primer Código y 2063 del segundo) pertenece al consejo de familia *fixar la cuantía* de la hipoteca legal correspondiente á las personas sujetas á tutela ó curaduría, y la de los bienes sobre que ha de imponerse, sin perjuicio del recurso judicial del tutor ó curador contra la resolución del consejo.—En recomendación de este sistema, dice el *Proyecto* del Sr. Gollena, modelo en esta materia como en otras de los Códigos de Veracruz y de Estado de México, que él “ha hecho menos dura la condición de los tutores, por que, sin trabarles la libertad de especular con sus caudales, les permite obtener del consejo de familia una limitación razonable en el gravámen de sus inmuebles; en lo cual también ha mirado por el interés de los menores, porque de este modo las personas honradas no rehusarán el cargo de tutor, y las que lo acepten podrán contratar sin los inconvenientes que les opondría el sistema contrario, bajo el cual cualquiera que presta ó compra inmuebles á un tutor, juega á la lotería, como ha dicho un célebre publicista, y por consiguiente no encuentra el tutor más

que usureros con quienes puede tratar (1).” Además los arts. 2349 del primero de los Códigos mencionados, y 2108 del segundo, previenen, como la ley hipotecaria francesa (núm. 252), que si el tutor no posee bienes inmuebles, ó los que tiene no alcanzan para la debida seguridad, lo mismo que para el aumento de la garantía de que hablaremos en seguida, el consejo de familia, bajo su responsabilidad, proceda á depositar desde luego, las cantidades y demás bienes muebles sobrantes del menor.

261. No es, sin embargo, libre la facultad del consejo de familia, en este sistema para fijar la cuantía de la hipoteca. Muy lejos de esto, los textos declaran que aquella se inscriba por *todo* el capital y sobre los bienes que se hubieren fijado por el consejo (arts. 2365 del Código de Veracruz y 2124 del de Estado de México).

262. Esto convence suficientemente de que tal sistemase ha inspirado, de toda preferencia, en el interés de los menores; pero hay más: solo prevee el caso de que la hipoteca otorgada por el tutor en garantía de su buena administración deba aumentarse, en virtud de que se han aumentado los bienes del pupilo durante el curso de la tutela. Así lo expresan, de acuerdo con el art. 1835 del Proyecto de Gollena, los 2348 del Código de Veracruz y 2107 del de Estado de México. Según estos textos, si después de hecha la inscripción, los bienes hipotecados llegaren á ser insuficientes, aun independientemente de que hayan alcanzado un aumento los intereses del pupilo, el consejo de familia tiene obligación de exigir que aquellos se aumenten, debiendo el tutor proceder inmediatamente á la inscripción de la nueva hipoteca. Más ¿qué hacer en el caso contrario, ó sea cuando los bienes del menor

(1) Art. 1790 del Proyecto de un código civil Español.

hayan sufrido menoscabo, resultando de aquí excesiva la garantía dada por el tutor? ¿No tendrá éste el derecho de que aquella se disminuya proporcionalmente? Un absoluto silencio es la respuesta que los códigos de Veracruz y Estado de México dan á esta cuestión. Se ve, en consecuencia, que este sistema favorece más bien á los menores que á los encargados de la tutela. Nuestros códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, inspirándose en la ley hipotecaria francesa de 16 de Diciembre de 1851 (arts. 58 y 60), establecen, al contrario, que, si los bienes del pupilo antes enumerados, aumentan ó disminuyen durante la tutela, *podrán* aumentarse ó disminuirse proporcionalmente la hipoteca y la fianza, á pedimento de las personas obligadas á exigirlo. Estas personas son el tutor, el curador ó el Ministerio Público (arts. 582 del código del Distrito Federal de 1870, 484 del actual y 377 del de Tlaxcala). Nótese, sin embargo, que esto no importa una necesidad de derecho, desde el momento que los legisladores han dejado á la posibilidad tan solamente, que los jueces decreten ó no el aumento ó disminución de la garantía prestada por el tutor.

263. Antes de terminar el comentario sobre el importe de la garantía tutelar, conviene investigar el siguiente punto: Supóngase que de varios menores ó incapacitados, son tutores otras tantas personas; los bienes consisten en una herencia *pro indiviso*; forman todos, por consiguiente, una *universitas juris*, que representa la propiedad única y sólida del difunto, mientras no se haga la adjudicación respectiva, mediante la partición legal. Ya explicaremos más adelante, cómo siendo varias personas llamadas simultáneamente á la misma herencia, se considera que es indivisible el derecho que tienen á ella, tanto respecto de la posesión como del dominio, mientras no se haga la partición (art. 3665 del código que sirve de base á nuestro comentario). Así era también en el antiguo de-

recho (1). Ahora bien, siendo la herencia un mismo é indivisible todo, se pregunta: ¿por qué cantidad debe dar caución cada tutor de cada uno de los menores ó incapacitados, que estén llamados por la ley ó voluntad del testador á la distribución de aquella? El rigor de los principios parece obligar á que á la solidaridad de los bienes corresponda la solidaridad de la garantía tutelar. Sin embargo, no es así, conforme á texto expreso de los códigos del Distrito (arts. 591 del de 1870 y 494 del actual) y de Tlaxcala (art. 384), pues éstas legislaciones declaran que, siendo varios los menores ó incapacitados cuyo haber consista en bienes procedentes de una herencia indivisa, si son varios los tutores, solo se exigirá á cada uno de ellos la hipoteca ó fianza por la parte que corresponda á su representado.

264. Queda todavía una no poco grave dificultad: Si dado el sistema seguido por los Códigos de Veracruz y Estado de México, que cometen al consejo de familia la fijación y aumento de la caución tutelar, atenta la circunstancia del valor probable de la fortuna del pupilo, fácil es, por medio de razonados argumentos, establecer el importe de la garantía, previa á que está obligado el tutor, aun en el difícil caso que nos ocupa (núm. 260) ¿cómo hacer conforme á las legislaciones del Distrito, Federal y de Tlaxcala, las cuáles, según hemos visto (núm. 256), previenen un cálculo preciso, casi matemático? La verdad es que no se alcanza cuál pueda ser el criterio exacto é infalible á que los jueces deban sujetarse durante la indivisión de la herencia, ó sea, mientras no se sabe, con certidumbre, la parte que á cada heredero corresponda en la herencia *pro-indiviso*. Sin embargo, haciendo á un lado exigencias que en esta ma-

(1) *Castillo Quintil. contron. De usufruct.*, lib. 1 cap. 3, núms. 119 y 120—*Giurb. Ad consuetud.* cap. 7, gloss, 19—*Jalins Capon. Discep.* tom. 5, 394 núm. 4.

teria no tendrían por resultado sino imposibilitar toda tutela, é interpretando bien el noble pensamiento de los legisladores, que no han querido, de seguro, sino garantizar prudentemente y con la exactitud posible la buena administración de los tutores, pensamos que la dificultad propuesta peca por su base, aun dado el sistema de las legislaciones á que nos referimos. En efecto, si en no pocos casos es posible fijar con exactitud el monto de la caución tutelar, como fíjalo está el de la fortuna positiva y real de los pupilos, se comprende que esto no sucede siempre. Casos hay, y para ello no necesitamos suponer que se trate de una herencia *pro-indiviso*, en que los bienes del pupilo no aparecen de modo que puedan ser valorizados con toda exactitud y precisión. ¿Esta circunstancia librará á los tutores de la obligación de caucionar previamente su manejo? Sería injusto. Pues del mismo modo que en tales casos los códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, desatendiéndose del monto tal vez ideal de la fortuna del pupilo, prescriben la caución tutelar, en consideración solo á lo que *deban* producir los bienes de aquél, según que sean raíces ó pecuniarios, y si son raíces urbanos, mediante juicio pericial, etc., etc. (núm. 256); así también en el caso que nos ocupa, ese mismo habrá de ser el criterio del juez, quien tiene que fundarse, para fijar el monto de la caución del tutor, no en el valor efectivo de la fortuna del pupilo,—circunstancia que no se sabe, puesto que suponemos una herencia indivisa,—sino en su valor probable, tratándose de bienes inmuebles rústicos, ó en el de los productos, rentas ó utilidades también probables, según que se trate de bienes raíces, rústicos ó urbanos, de capitales pecuniarios impuestos á rédito, ó de negociaciones mercantiles ó industriales. Así lo hemos explicado antes.

265. Los dos Códigos del Distrito Federal (arts. 589 y 590 del de 1870; 492-493 del actual) tratan de los medios que se

creyó conveniente poner en práctica para asegurar la conservación de la caución tutelar. Los fiadores pueden morir ó dejar de ser idóneos en el curso de la tutela; también los bienes hipotecados pueden deteriorarse, y no sería justo en ninguno de estos casos no proveer con toda diligencia á los intereses del menor. Si como lo hemos dicho, el tutor está obligado á aumentar la garantía cuando aumenten los bienes del menor, pues de otra suerte se frustraría el pensamiento del legislador de que el cargo de la tutela no se ejerza sino mediante la seguridad de su buen desempeño, la misma razón milita para mantener la más estricta vigilancia, ya en orden á la supervivencia ó idoneidad de los fiadores, ora respecto de la conservación de las fincas hipotecadas por él. El curador, guardián, según veremos en su oportunidad, de la conducta del tutor, es á quien imponen los códigos citados el deber de promover información sobre que el fiador no ha muerto y continúa además siendo idóneo para la fianza. Este deber tiene que ser cumplido por el curador cada año, ó sea al presentar el tutor las cuentas á que está obligado y que tiene que rendir en el mes de Enero de todos los años, sea cual fuere la fecha en que se le haya discernido el cargo. Sin perjuicio de esto, el curador debe obrar así, siempre que lo estime conveniente. El Ministerio Público puede también hacerlo, y aun el juez puede *de oficio* exigir la información.

Más como la caución tutelar puede consistir no solo en fianza sino también en hipoteca, la obligación de que hablamos, la tiene el curador igualmente en orden al estado de las fincas hipotecadas por el tutor. Aquel, en consecuencia, debe vigilar sobre la conservación de las últimas, siendo de su mayor obligación dar aviso al juez de los deterioros y menoscabos que en ellas hubiere, á efecto de que, si es notable la disminución del valor de las mismas, se exija al tutor que asegure con otros

los intereses del menor. *Si es notable*, dice el texto de los códigos, y por lo mismo es éste uno de los casos en que la prudencia del juez, normada por la promoción del curador, tiene que ser la sola base para la decisión que se pronuncie. Creemos, con todo, que el juez debe fijarse en todas las circunstancias, tanto de los bienes dados en hipotecas, como de la persona del tutor, su honorabilidad social, sus diversos negocios, etc., etc.

Los Códigos de Veracruz y Estado de México no contienen disposición expresa acerca de este punto, el cual, sin embargo, puede decirse previsto en los arts. 2348 del primero y 2107 del segundo (núm. 262). El Código de Tlaxcala, que, como dejamos dicho (111), no acepta la institución de la curatela, impone al tutor, al presentar la cuenta anual de su administración, el deber de rendir información sobre la supervivencia é idoneidad de los fiadores que hubiera dado. Con esto, con que dicha información se ha de rendir siempre que el juez lo juzgue conveniente, y con que la hipoteca se renueve apenas las fincas hipotecadas por el tutor se deterioren tan notablemente que disminuyan de precio, todo lo cual resulta preceptuado por este código, podemos asegurar que, salvo la diferencia indicada, él guarda completa conformidad en esta materia con los códigos del Distrito Federal.

NÚM. 3.—¿QUIÉNES ESTÁN OBLIGADOS A CAUCIONAR?

266. Dos sistemas son seguidos por nuestras varias legislaciones locales: el sistema francés y el antiguo romano y español en la materia de que vamos á tratar. En efecto, si conforme al primero no se establece excepción alguna determinada en orden á la caución tutelar y respecto de ciertas personas; conforme al segundo esas excepciones existen, como en términos generales lo hemos hecho notar (núms 250 y 251). Conviene ahora ampliar

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

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

(2) *Dig.* lib. 26, tit. 4, l. 5, § 1.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

273. Están, también, exceptuados de la obligación de dar fianza los que recojan á un expósito y le alimenten y eduquen convenientemente por más de diez años, á no ser que hayan recibido pensión para cuidar de él. Tal es el texto de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala (arts. *cits.*), respecto del cual debemos observar que no expresa nada nuevo y solo sirve para confundirnos acerca de lo que ya había preceptuado el legislador en textos anteriores. Hemos visto antes (núm. 215) que, aparte el caso de expósitos admitidos en los hospicios, los re-

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

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

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

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

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

PROCEDIMIENTOS

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

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

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

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

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

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

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

Tomo V.—P. 39

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

AUMENTO

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

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

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

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

también, para dicha de la humanidad, ser el más virtuoso. Las mujeres conocerían poco su verdadero interés, si en esta severidad aparente que se usa con ellas, vieran tan sólo un rigor tiránico y no una distinción útil y honrosa. . . . No es en nuestra injusticia, sino en su vocación natural donde las mujeres deben buscar el principio de los deberes más austeros que les han sido impuestos para mayor ventaja de ellas mismas y en provecho de la sociedad (Discurso 15).” Hé aquí, sin duda, elocuentemente expresada la razón de los legisladores modernos para haber establecido en el artículo 426 de nuestro código civil del Distrito Federal de 1870, concordante al pie de la letra con el 399 del actual, 320 del código del Estado de México, 371 del de Veracruz y 296, inciso 4º del de Tlaxcala, la grave pena de pérdida de la patria potestad en contra de la mujer culpable en el sentido indicado. Esta exigencia con la madre ó abuela viuda no es una novedad de las leyes modernas, pues ya en la legislación Justiniana encontramos el principio de que la Injuria no debe tener más derechos que la castidad (*non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria*); una ley de Partida, al encomendar de toda preferencia la tutela legítima de los huérfanos á la madre, con tal de que sea “buena mujer” (Partida 6ª, título 16, ley 9) y el Fuero Juzgo avanzaban hasta castigar con la pérdida de la mitad de sus bienes á la viuda por “fazer adulterio.” Los glosadores expresaban con toda claridad la razón del principio, recordando que á la viuda que pasa á segundas nupcias, se le privaba de la tutela legítima de los hijos. ¿Cómo no obrar del mismo modo con la viuda culpable de prostitución? *Non debet meliores esse luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio.* El principio no se encuentra en texto expreso del código francés; pero la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan, si bien tratando sólo de la tutela de la madre (Salviat, tomo 2, página 63.—Proudhon, tomo 1, número

146, Vazeille, *Du mariage*, tomo 2, número 431, — Delvincourt, tomo I, página 248, nota 2).

Pero ¿incurrirá la madre así culpable en la terrible pena de perder la patria potestad sobre sus hijos por sólo el hecho de dar á luz uno ilegítimo, sin necesidad de juicio en que tal se pretenda, ni de sentencia que lo declare? Sin vacilar contestamos que no, por dos razones de la mayor evidencia. Es innegable la semejanza entre la tutela y la patria potestad. Aquella es la imagen de ésta. La tutela hace en el derecho las veces de la patria potestad. Todas las legislaciones se manifiestan de acuerdo, en que es necesario sustituir, sin tardanza, con un amparo en favor de los huérfanos, el poder que la misma naturaleza les otorga, cuando la muerte ó cualquiera otra desgracia les priva de su protección. Ese amparo es la tutela, cuyo primer origen está, por lo mismo, en el testamento, es decir, en la última voluntad del padre, no perteneciéndole á las leyes el derecho de designar el tutor, sino en caso de no haberlo testamentario, y siempre á condición de elegirlo entre los parientes más inmediatos, porque se supone que estos habrían sido los nombrados por el testador.

Ahora bien, esa semejanza entre las dos autoridades protectoras del hijo no nos obligará á garantizar la duración de su ejercicio con las mismas seguridades, no haciéndola depender, ni del arbitrio de los interesados, ni de las contingencias del acaso? Creemos que sí, pues lo contrario equivaldría á sostener que es menos importante la patria potestad que su imagen, la tutela, y que, si á los hijos, al cuidado de su educación é intereses importa muchísimo que no haya sino cambios motivados é inevitables en el personal encargado de la segunda, es asunto indiferente cualquiera modificación en orden á la primera. Sería monstruoso atentado, por otra parte, que tanta ligereza se observase respecto de una institución que las leyes civiles po-

sitivas no han hecho sino reconocer, como que ella existe y ha existido siempre por el imperio incontrastable de la naturaleza.

Pues bien, el tutor no es separado de su encargo por el sólo hecho de incurrir en alguna de las causas que ameritan su destitución. "No basta, hemos dicho en nuestra obra "Principios de derecho civil mexicano," tomo 5º núm. 257, haber establecido las causas que motivan la remoción del tutor, pues se necesita determinar la manera de llevar á cabo, sin peligro de dudas y arbitrariedades, esa medida que hace necesaria, en ciertas circunstancias, el interés mismo de los pupilos. ¿Habrá ella de ejecutarse por simple acuerdo privado entre las personas interesadas, ó será necesario que todo sea efecto de sentencia judicial? Lo primero sería exponer asunto tan trascendental como los bienes físicos y morales de los menores, no menos que los intereses de las partes extrañas que con el tutor de aquellos hubiesen contraído obligaciones ó adquirido derechos, á las inseguridades y no poco frecuentes injusticias de los convenios entre particulares. Lo segundo lo reclama el carácter de interés público que no puede menos que revestir la tutela, atentas, ya no tan sólo la conveniencia de los menores de edad, que pueden mañana convertirse en miembros útiles del cuerpo social, sino también la justicia que es de asegurarse á todos los que han podido celebrar contratos con los legítimos representantes de aquellos. Por esto se ha pensado desde antiguo, que al que tiene curador, no se le dé otro, so pena de ser nulos y de ningún efecto todos los actos practicados por éste, antes de la legal remoción de aquel (Partida 6, título 16, ley 13—Sentencia de los Juzgados 1º y 2º de Letras de Guanajuato de 28 de Noviembre de 1853, Gaceta de Tribunales, tomo 3, página 283; y lo mismo, si bien siguiendo diverso sistema, preceptúan los códigos modernos, como es de verse en los artículos 446,

447, 448 y 449 del Código de Napoleón; 390 del de Estado de México; 432 del de Veracruz; 564 del del Distrito Federal de 1870; 466 del actual y 358 del de Tlaxcala. Según los tres primeros es el consejo de familia convocado por el protutor, ó de oficio por el Juez de Paz, quien pronuncia la destitución del tutor, sobre motivos fundados y mediante audiencia del tutor mismo. Este tiene los recursos legales en contra de la decisión que le sea adversa. Según los otros códigos, la separación debe hacerse siempre con su audiencia y por sentencia judicial, después de juicio ordinario."

El derecho romano era terminante á este respecto. *Damus*, decía el edicto pretoriano, *autem jus removendi suspectos tutores Romæ prætoribus: in provinciis proesidibus earum* (Digesto, libro 26, tit. 10, ley 1, párrafo 3). La acción era popular en contra del tutor sospechoso: *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere* (Digesto, lib. id, tit. id, ley id, párrafo id.); pero podía ser removido de la tutela de oficio por el pretor, si á este le constaba tal circunstancia: *Praeterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli. Est magis est, ut repelli debeat, si prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est* (Digesto, lib. id, tit. id, ley 3, párrafo 4). La sentencia de exclusión ó destitución debía fundarse en motivos de hecho y de derecho: *Decreto igitur debet causa removendi significari ut apperiat de existimatione* (Digesto, lib. id, tit. id, ley 4, párrafo 1). El tutor podía apelar de la sentencia que pronunciase su exclusión ó destitución (Digesto, lib. 27, tit. 1. l. 13).

En el derecho moderno son dignos de tomarse en cuenta los textos antes citados del código de Napoleón, con tanto más motivo, para la más acertada resolución del tema á que nos

venimos refiriendo, con cuanto que, según él, la madre viuda no desempeña la patria potestad, sino sólo la tutela sobre sus hijos. Pues bien, para no citar otros comentarios que los de dos de los tratadistas más reputados de Francia, como que el uno representa la tradición de los principios, mientras el otro es el expositor más autorizado de su filosofía, recordamos que Demolombe dice que, entre las causas de exclusión ó destitución del tutor, tiene lugar de pleno derecho la que resulta de una condenación judicial. En cuanto á las otras, que se fundan sobre la mala conducta notoria, el mismo autor asienta que deben necesariamente ser pronunciadas por los tribunales, prévio examen y con perfecto conocimiento de causa. "La exclusión ó la destitución, medidas rigurosísimas en contra del tutor, no pueden, dice este profesor, ser tomadas en cuenta sino después de haberlo oído, teniendo siempre el derecho de apelar y después de una deliberación motivada. (Curso del Código de Napoleón, tomo 7, números 497 y 500.)" Laurent examina la misma cuestión desde el punto de vista de las obligaciones del protutor á quien el art. 448 francés impone la de proponer la exclusión ó destitución del tutor. "Se trata de saber, dice este insigne jurista, si debe aplicarse en este caso el derecho común, que exige que *toda persona* sea oída antes de ser herida con una pena. Todo prueba que el legislador ha querido referirse á esta regla de Derecho natural (Derecho civil francés, tomo 4, núm. 531)."

Debemos, pues, concluir, que si al tutor deben guardársele las consideraciones de que primero sea oído en juicio y sentenciado en definitiva para ser excluido y destituido de su encargo, por mayoría de razón tiene que observarse el mismo procedimiento con la viuda que ejerce la patria potestad, pues nada convence de que *a priori* deba juzgársela indigna de continuar desempeñando el ministerio que ella ha recibido de la

naturaleza, y en cuyo ejercicio la confirma el acendrado é incontestable amor hacia sus hijos.

Però hemos anunciado que había otra razón para interpretar de esta manera nuestras leyes. Queremos referirnos á lo que importaría ese prejuicio sobre indignidad de la madre viuda para continuar ejerciendo las augustas funciones de la patria potestad. El texto legal cuya más acertada interpretación tratamos de encontrar, dice: La madre ó abuela viuda que da á luz un hijo *ilegítimo*, pierde los derechos de la patria potestad." Examinémos este punto de la ilegitimidad del hijo bajo los dos aspectos á que en nuestro concepto se presta.

Primera hipótesis: La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, reconoce otro más, cuya época de nacimiento hace presumir que es ilegítimo, según lo que después exponaremos. ¿Será éste el supuesto á que se refiere el texto legal que trata de la privación de la patria potestad en contra de la madre viuda? Como lo hemos dicho en nuestra mencionada obra de Derecho (tomo 5, núm. 64), creemos que este es el único caso á que la ley puede referirse en ésta materia, por ser el más obvio y frecuente. El reconocimiento, en efecto, al menos por el momento y mientras no sea contradicho por el hijo, quien tiene cuatro años para reclamar contra él, á contar desde que toque la mayor edad, si antes tuvo noticia del mismo, y en caso contrario desde que la tuvo, prueba que la madre viuda dió á luz un hijo ilegítimo. Verdad es que el simple reconocimiento no prueba la maternidad, pues puede prosperar mañana la reclamación contraria del hijo; pero repetimos, que al menos provisionalmente, ese acto prueba que ha sido dado á luz un hijo. Si éste, tomando en cuenta el máximo del tiempo de la preñez, no puede ser del marido, claro está que es ilegítimo, y que la autora de su reconocimiento deberá per-

Tomo V.—P. 40

der la patria potestad sobre el otro hijo, recurriéndose, en consecuencia, á la tutela legítima.

Segunda hipótesis. La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, da á luz otro, cuyo nacimiento tiene lugar después de trescientos días de muerto su padre. No necesitamos recordar aquella frase del juriconsulto Gallo, que fundado en la doctrina Hipocrática, decía: *Si post mortem in decem mensibus proximis natus erit, haeres esto.* (Digesto lib. 38, tit. 2, ley 29). Esta era la jurisprudencia antigua, no considerándose sino como "un suceso prodigioso y raro," para servirnos de las expresiones de Gregorio López (Glosa á la ley 4, tit. 23, Partida 4), que un hijo naciese, sin mengua de su legitimidad, en el undécimo mes de su vida intrauterina. Las legislaciones modernas, inclusive la nuestra, han seguido esta tradición, que sin embargo, no confirma la ciencia (Memoria ante el Instituto de Francia por el Dr. Petit, 1766, citada por Merlin, Repertorio "Legitimité," Sect. 2, párrafo 3). Así el art. 314, inciso 2 del Código del Distrito Federal de 1870, declara que se presumen por derecho, legítimos los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

Esta declaración significará que el simple nacimiento del hijo, así retardado, baste á fundamentar su ilegitimidad aun cuando nadie la reclame y sin necesidad de contienda judicial? Al comunicarse al Tribunado la redacción actual del art. 315 del Código Francés, que dice: "La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, *podrá ser negada;*" aquel respetable cuerpo hizo observar: 1º que por la manera con que este artículo aparecía redactado, parecía que si la legitimidad del hijo, *nacido doce meses*, por ejemplo, después de la disolución del matrimonio, no era negada, tal

hijo debería ser reputado como legítimo, lo cual no podía, según los tribunales, ser el pensamiento de la ley; 2º que el artículo en cuestión debía, por lo mismo, ser concebido en términos más precisos y positivos, estableciéndose, en vez de la facultad de negar ó no la legitimidad de este hijo, que por el lapso de cualquier tiempo, época fatal, después de los trescientos días, ya no fuese posible la legitimidad del hijo de que se trata y 3º que la Sección se vería obligada á adoptar la siguiente redacción: "la ley no reconoce la legitimidad del hijo nacido trescientos y un día después de la disolución del matrimonio." El art. 315 de este Código permaneció, sin embargo y ha llegado hasta nosotros, tal como antes lo hemos trascrito. ¿Cuál es la razón de esto? Escuchemos á Duveyrier, orador del Tribunal ante el Cuerpo Legislativo: "Los nacimientos tardíos no exigen ninguna disposición condicional. Es claro que la legitimidad de un hijo podrá ser negada, si nace en el oncenno mes después de la disolución del matrimonio, ó por mejor decir, á lo menos trescientos días después de disuelto el matrimonio, porque entonces él ya no puede colocar en el matrimonio ni su concepción, ni por consiguiente, la presunción legal de su legitimidad. ¿Por qué tal hijo no es de derecho ilegítimo y puesto en el número de los hijos naturales? Porque todo interés particular no puede ser combatido sino por un interés contrario. La ley no está llamada á reformar lo que ignora; y si el estado del hijo no es atacado, queda al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper." Laurent da otra razón: es un ultimo favor, dice, que la ley acuerda á la legitimidad. Si el estado del hijo no es negado, se le reputará como legítimo. Aquí todavía la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo nacido uno ó dos años después de la disolución del matrimonio, es ciertamente un hijo natural; sin embargo, será legítimo si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficción que á nadie hace mal

puesto que á nadie la niega, la realidad, porque proclamar ésta, sería herir inútilmente al hijo; (Laurent, tomo 3, núm. 386. — Demolombe, tomo 5, núm. 83. — Marcadé, tomo 2, *sur l'art.* 315, núm. 16, 1. — Duranton, tomo 2, núm. 58. — Dalloz, *Reper-*torio "Patern. et Filiat." núm. 85. — Demante, tomo 2, núm. 42, bis I. — Mourlon, tomo 1, núm. 890. — Arntz. *Droit civ. franc.* tomo 1, núm. 529).

¿Cuál es, sobre esta materia, nuestra legislación? Puede asegurarse que desde la ley de 10 de Agosto de 1857, aquella es conforme de toda conformidad, al espíritu que dictó el art. 315 francés. También será inhábil para heredar, decía el art. 25 de esta ley, al marido de su madre, el hijo nacido vividero en el mes undécimo después de muerto el primero..... si los herederos de éste se opusieren á que el hijo sea reputado como del marido. La ilegitimidad, pues, no procedía sino á instancia de los herederos del marido, de manera que, en caso de no haber tal demanda, el hijo nacido en el undécimo mes y así en adelante, después de la muerte del marido, era hábil para heredar al padre como hijo legítimo. El Código del Distrito Federal de 1870, sigue, á no dudarlo, el mismo sistema. Para convencerse de ello, basta leer los arts. 319, 325 y 326 que suponen la posibilidad de una contienda judicial sobre la legitimidad ó ilegitimidad del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio y que previenen, como el art. 318 francés, que *todo acto extrajudicial que contenga el desconocimiento de parte del marido ó de sus herederos, se tendrá como no verificado..... si no es seguido de una acción judicial dirigida contra un tutor dado al hijo y en presencia de su madre.* ¿Qué objeto podían tener estos preceptos, si la ilegitimidad resultase del simple hecho del nacimiento del hijo después del periodo máximo de la preñez? La necesidad, pues, de un litigio con su sentencia definitiva, se impone, para que el hijo así nacido sea reputado ilegítimo, no bastan.

do por lo mismo, la sola presunción legal de que antes habíamos. ¿Cómo entonces aceptar que la madre de ese hijo sea privada de la patria potestad, por sólo el hecho del nacimiento de aquél? Dos juicios, pues, son necesarios: el de desconocimiento del hijo y el de privación de la patria potestad, que es consecuencia del anterior.

Segundo: *La madre viuda, después de tener hijos ilegítimos, á nombre y en representación de sus hijos legítimos menores de edad y previa la autorización judicial concedida cuando se llenaron los requisitos de ley, vendió á un tercero bienes raíces y le cedió acciones, todo perteneciente á los menores, por herencia de su padre, ignorando ese tercero la existencia de tales hijos ilegítimos y la madre no expresando ni antes ni al concederse la autorización para la venta y cesión, ni al otorgarse la escritura respectiva, que había tenido hijos ilegítimos. ¿Esa venta y cesión son válidas, ó el contratante de buena fé debe sufrir perjuicio alguno?*

Indudablemente son válidas la venta y la cesión y ningún perjuicio debe sufrir el cocontratante, pues los contratos son válidos y deben producir todos sus efectos, siempre que reúnan las circunstancias de capacidad de los contrayentes, mutuo consentimiento y objeto lícito (arts. 1395 y 1535 del Código Civil del Distrito Federal de 1870). Creemos haber demostrado que la madre viuda de que se trata, por no haber sido privada judicialmente de la patria potestad, estaba en legítimo ejercicio de ella. Luego tenía capacidad al celebrar los contratos. Esto resuelve la cuestión.

Tercero: *Suponiendo que la madre pierda la patria potestad sin la declaración judicial, y que el contrato celebra.*

do con el tercero es nulo ¿puede el cocontratante de buena fe revalidarlo con sólo escritura de ratificación de aquella venta y cesión que le haga el hijo legítimo siendo ya mayor y siendo menor, otorgue esa escritura autorizada judicialmente, un tutor que al mismo menor se le nombre, por faltar persona que en defecto de la madre ejerza la patria potestad?

Dada tal suposición, es seguro que el contrato nulo se revalidaría por ratificación del hijo ilegítimo ya mayor de edad. Creemos, sin embargo, que más que ratificación por parte del hijo, su conducta importaría un verdadero nuevo contrato, celebrado con todas las formalidades de la ley, y entre personas capaces de celebrarlo. Pero no hay que aceptar, so pena de tergiversar los más elementales principios de derecho, la suposición indicada, pues ella equivaldría á hacer efectiva una pena, y pena la más terrible y angustiosa de todas, es á saber, el arrebatamiento de los hijos del regazo materno, sin haber oído á la madre, sin haberla vencido en el juicio correspondiente y contra el principio de derecho natural que dice, cómo nadie puede ser condenado á una pena, sin que previamente haya podido, al menos, exponer sus descargos.

Cuarto: *Yo, contratante en los términos indicados con la viuda que dió á luz hijos ilegítimos, fundado en la cesión de acciones á título oneroso, entablé acción contra H, reclamando el crédito que me fué cedido. H, sin oponer excepción de ninguna clase, contestó negando la demanda; durante la dilación probatoria rendirá las pruebas que acrediten que la madre del hijo legítimo con la cual contraté, dió á luz un hijo ilegítimo, antes del contrato que con ella celebré. ¿Qué efecto producirá en el juicio esa prueba,*

después de no haberme negado la personalidad que fundo en la escritura de cesión presentada con la demanda; y si me es perjudicial esa prueba, cuál sea la mejor forma para contrariarla?

Contestamos, en cuanto á la primera parte de la pregunta, que es absolutamente de ningún efecto esa prueba; y en cuanto á la segunda, que aquella, de ninguna manera puede ser perjudicial al intento del solicitante de la consulta, ó sea en el sentido de la validez del contrato celebrado por el tercero, pues bastará cotejar la fecha de la declaración judicial de ser ilegítimo el hijo dado á luz por la madre viuda con la fecha del contrato suscrito por ella, cuando todavía no había sido privada judicialmente del ejercicio de la patria potestad. Colocándonos en este punto de vista, nada importa la prescripción del art. 319 del Código civil del Distrito Federal de 1870, según el cual "las cuestiones relativas á la filiación y legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en *cualquier tiempo* por la persona á quien perjudique la filiación ó la legitimidad del hijo," pues evidentemente esta declaración no puede afectar á derechos ya adquiridos y consumados, como serían sin duda los que se derivaran del contrato, ya irrevocablemente consumado por la madre viuda en su indiscutible derecho de la patria potestad. Si, pues, el punto de falta de personalidad, no objetada por él al contestar la demanda, ya que se nos informa que se limitó á negarla, sin oponer excepción alguna concreta, nada tiene que hacer en el caso; como no lo tendría tampoco lo que, en nuestro concepto, podría decirse que objetó, es á saber, la excepción *sine actione agis*, que es la que se tiene por opuesta por todo aquel que niega una demanda, es inconcuso que si

muchísima é incontestable influencia tiene en el asunto la circunstancia de la fecha en que se celebró el contrato, comparada con aquella en que la ilegitimidad del hijo resulta comprobada.

En consecuencia consultamos que cualquiera prueba que H. rinda sobre el particular, es extemporanea, ineficaz y anti-jurídica. Al fin y al cabo las actuaciones judiciales hacen prueba plena según el art. 548 del Código de Procedimientos del Estado, y en ellos habrá de aparecer: 1º cuándo se celebró el contrato por la madre viuda, y 2º cuándo es declarado ilegítimo el hijo. Convendrá, creemos, á mayor abundamiento, presentar en el término de la prueba, copia certificada ó testimonio del contrato celebrado, y cuyos efectos se disputan.

México, Julio 22 de 1893.

A. VERDUGO.

Al Sr. Lic. A. Vega.—Acatlán, Estado de Puebla.

APENDICES

APÉNDICES

APENDICE, LETRA A.

JUZGADO 4º DE LO CIVIL.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO.

Tercera Sala.

La restitución por causa de menor edad es un beneficio peculiar de los menores *vis juris*.—La nulidad es la que procede en los contratos celebrados con hijos de familia, sin consentimiento del padre.—Debe pronunciarse sentencia conforme á la verdad del hecho que conste probada por el proceso.

México, Julio 3 de 1869.

Visto el juicio civil ordinario seguido por D. R. B. por su hijo V., contra los Sres. D. E. y D. J. F., unidos bajo la razón social de F. hermanos, sobre que se rescinda á virtud de la restitución *in integrum*, que cree el actor favorecer á su hijo, el contrato de venta que en 6 de Octubre de 1860 celebraron los demandados con D. V. B., y por el cual le vendieron un lote en la Colonia de Santa María la Ribera, en la cantidad de quinientos setenta pesos, pagando ochenta al contado, y quedando á reconocer la suma de cuatrocientos noventa, con el rédito de un seis por ciento anual ó hipoteca expresa y señalada del terreno comprado; lo contestado por D. J. y F., representante de los demandados, quien á su vez niega la demanda, y pide se declare que D. R. B. está obligado á cumplir con el contrato, y se le condene en las costas; las pruebas rendidas por ambas partes; los respectivos alegatos y cuanto de autos consta, se tuvo presente y ver convino.

IV

APENDICE

Considerando: que por el testimonio de la escritura pública de 6 de Octubre de 1860, acompañado por el actor á su escrito de demanda, certificación de la partida de bautismo, y declaraciones de los testigos F. P. y R.; G. G.; A. P. y R., Lic. D. Atenógenes M. Guerrero, E. Z., y M. S., consta claramente que el contrato de venta, cuya rescisión se pide, fué celebrado por D. E. y D. J. F., unidos bajo la razón social de F. hermano con D. V. B., de cuya identidad expresan dichos F. en presencia del notario, estar satisfechos (cuaderno principal, fojas 2, vuelta, líneas 6, 7 y 8: que el expresado V. B. como nacido el 6 de Enero de 1845, fojas 5 del mismo cuaderno, al celebrar el contrato y firmar la escritura de venta, apenas tenía la edad de 16 años cumplidos, y que el contrato le infirió notable y grave perjuicio; porque careciendo de fondos ha estado y está en la imposibilidad de edificar, con el gravamen de los réditos, siéndole el terreno enteramente inútil, y con el peligro de sufrir todas las consecuencias que deben venirle de no cumplir con las obligaciones que se impuso por el contrato, cuaderno de prueba del actor, fojas 2, frente y vuelta.

Considerando: que si bien la parte de los demandados ha pretendido probar que el contrato fué celebrado con D. R. B., de quien dicen recibieron parte del precio, y algunos réditos, y para ello han presentado como testigos á D. P. F. y á D. I. R. de E., quienes no sólo declararon de conformidad, sino que dieron las señas individuales de D. R.; semejantes declaraciones no son de tomarse en consideración, primero, porque están contradichas por el tenor literal y expreso de una escritura pública no redarguida de falsa y cuya autenticidad y verdad se hallan reconocidas por el demandado, supuesto que en dicho instrumento apoyó la demanda de réditos que dedujo contra el fiador D. N. . . . C. . . .; y segundo, porque siendo los testigos, el primero cobrador, y el segundo, tenedor de libros de la casa, y ambos con sueldo que percibían de la misma, su testimonio es repelido por el defecto de parcialidad, ley 18, título 16, partida 3^a.

Considerando: que aun suponiendo cierto el hecho alegado como excepción por los F., apareciendo como aparece de la escritura, que ellos celebraron el contrato de venta con V. B., y admitieron la firma de éste como de principal y único contratante, no deben quejarse de las consecuencias jurídicas de este acto; porque de derecho es que debe imputarse á sí mismo el daño que uno recibe por su culpa. Regla 22, título 34, partida 7^a.

Por último: que apareciendo de las mismas constancias de

APENCIOE

V

autos que, el menor V. B. contratante y perjudicado no era *sui juris*, sino hijo de familias, sujeto á la patria potestad cuando celebró el contrato, y siendo de derecho que la restitución por causa de menor edad es un beneficio peculiar á los menores *sui juris*, según se deduce de la ley 2ª, título 19, partida 6ª, glosa á la misma, verso de su guardador, hablando con propiedad, en el presente caso no procede el recurso de restitución, sino el de nulidad proveniente, no de la menor edad, sino de la circunstancia de haberse celebrado un contrato con un hijo de familias, sin consentimiento del padre bajo cuya potestad estaba; pero que constando de la verdad del fecho por el proceso, de manera que pueda pronunciarse sentencia cierta, debe pronunciarse, ley 2ª, tít. 16, libro 11. Nov. Recop.

Por estas consideraciones, y teniendo presentes las leyes 114, tít. 18, y 32., tít. 16, partida 3ª, la razón filosófica en que descansa la ley 4ª, tít. 12, partida 5ª, y á que en el presente caso no se ha probado que hubo dolo por parte de los Sres. F., se declara, primero: no proceder la restitución del contrato de venta, en virtud del beneficio de la restitución *in integrum*, que fué la acción deducida en el escrito de demanda. Segundo: ser nula la venta que los Sres. F. hermano hicieron en 6 de Octubre de 1860 á D. V. B., hijo menor de D. R., de un lote en la Colonia de Santa María la Ribera, en la cantidad de quinientos setenta pesos; debiendo dichos F. recibir el lote, y devolver la cantidad de ochenta pesos que recibieron por cuenta del precio y los intereses, á razón del seis por ciento que D. V. B. les ha pagado por el capital que reconocía, y no los que ha pagado D. N.... C.... como fiador de dicho B. Tercero: no haber lugar á condenación en costas, debiendo pagarse por cada una de las partes las que legalmente hayan causado, y las comunes por mitad.

Lo decretó definitivamente juzgando, el C. Lic. Leocadio López, juez 4º en el ramo Civil de esta ciudad. Doy fe.—*Lic Leocadio López.*—*Pedro Canel*, escribano público.

México, Diciembre 7 de 1870.

Vistos estos autos seguidos en juicio ordinario, por D. R. B. á nombre de su hijo D. V. B., contra los Sres. D. E. y D. J. F. unidos bajo la razón social de F. hermanos, sobre que se rescinda á virtud de restitución *in integrum*, la venta del lote de la Colonia de Santa María la Ribera, que dichos Sres. vendie-

VI

APENDICE

ron al expresado D. V. en la cantidad de quinientos sesenta pesos.

Vista la demanda y contestación; las pruebas rendidas por ambas partes, sus alegatos de buena prueba, la sentencia de 1.ª instancia, de fecha 3 de Julio del año próximo pasado, por la que con fundamento en la ley 18, tít. 16, partida 3.ª, regla 22, tít. 34, partida 7.ª, ley 2.ª tít. 19, partida 6.ª, 2.ª, tít. 16, lib. 11, Nov. Recop., leyes 114, tít. 18 y 32, tít. 16, partida 3.ª y razón filosófica en que descansa la ley 4.ª, tít. 12, partida 5.ª se declaró:

Primero: que no procede la restitución *in integrum* que fué la acción deducida en el escrito de demanda.

Segundo: que nula la venta que los Sres. F. hermano hicieron en 6 de Octubre de 1860 á D. V. B. hijo menor de D. R., de un lote en la Colonia de Santa María la Ribera, en la cantidad de quinientos pesos, debiendo dichos Sres. F. recibir el lote y devolver la cantidad de ochenta pesos, que recibieron por cuenta del precio y los intereses á razón del seis por ciento que D. R. B. les ha pagado por el capital que reconocía y no los que ha pagado D. N.... C.... como fiador de dicho F.

Tercero: no haber lugar á la condenación en costas, debiendo pagarse por cada una de las partes las que legalmente hayan causado, y las comunes por mitad; la apelación que de este auto interpuso la parte de F.; su expresión de agravios, en la que ofreció prueba, el escrito de B. en que se adhirió á la apelación, y teniendo presente lo demás que en autos consta, y ver convino, por unanimidad se falla:

Por sus fundamentos legales se confirma la sentencia de 1.ª instancia, de fecha 3 de Julio del año anterior, que declaró no proceder la restitución *in integrum*: ser nula la venta que los Sres. F. hermano le hicieron á D. R. B. de un lote en la Colonia de Santa María la Ribera, debiendo recibir dichos Sres. el expresado lote, y devolver al comprador los ochenta pesos que recibieron en cuenta del precio, y los intereses á razón del seis por ciento que D. V. B. les pagó y no los que pagó D. N.... C...., como fiador; y con arreglo á la ley 3.ª, tít. 19, lib. 11 de la Nov. Recop., se condena en las costas legales de esta instancia al apelante. Hágase saber y con testimonio de este auto, remítanse los de la materia al juzgado de su origen para su cumplimiento.

Así lo proveyeron y firmaron los CC. Presidente y Magistrados que forman la 3.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito.—José M. Herrera, T. Montiel, Telesforo D. Barroso, José P. Mateos, Secretario.

APENDICE, LETRA B.

JUZGADO 2º DE LO CIVIL.

A CARGO DEL LIC. D. LUIS MENDEZ, SECRETARIO LIC. D.
FRANCISCO OSORNO.

Restitución in integrum.

¿Tiene lugar la restitución *in integrum* en las transacciones y cuentas de división aprobadas judicialmente y consentidas por los interesados?—Resuelta la cuestión afirmativamente, ¿debe la restitución ser recíproca?

México, Octubre 16 de 1861.

Vistos estos autos seguidos por el Lic. D. Ezequiel Montes en representación de los menores herederos de Doña Ignacia de la C. . . . contra los albaceas de Don José P. . . . de A. representados por el Sr. D. Miguel Atristain; vista la demanda del actor contraída á que se restituya *in integrum* á los menores sus representados contra los arts. 2º y 5º del convenio celebrado en 22 de Septiembre de 1856, contra la cuenta de división de 10 de Febrero de 1857, hecha entre los herederos de Doña Ignacia de la C. y la testamentaria del marido de esta Sra., Don José P. de A. (la cual fué aprobada judicialmente después de llenados todos los requisitos legales, en auto de 20 de Febrero del mismo año de 57, consentido por todos los interesados, en la parte necesaria para hacer valer los derechos de los menores contra los errores y omisiones

VIII

APENDICE

de la misma cuenta, y por último, contra el auto de 28 de Febrero de 1856, en la parte que aprobó los referidos artículos segundo y quinto del convenio de 22 de Septiembre y la cuenta, en la parte que daña ó menoscaba los intereses de los dichos menores; y que decretada la restitución se condene á la testamentaria de D. José P.... de A.... á pagar el valor de todas y cada una de las diez reclamaciones que detalla en su escrito. Vista la contestación del Lic. D. Miguel Atristain en la que distinguiendo las reclamaciones del actor en unas que consisten en errores materiales que se contengan en la cuenta de partición y en partidas que la evidencia de los hechos haya venido á variar, cuyos errores y partidas está conforme en que se subsanen y reformen, y otras que constituyen una verdadera alteración en los derechos nacidos de la cuenta de división y de las cuales sostiene que no debe concederse restitución á los menores y que en caso de que se conceda ha de ser con la calidad de recíproca, de manera que á la testamentaria de P.... A.... se le admitan las observaciones que tenga que hacer y según ellas se reforme la transacción y la cuenta.

Vista el acta de la junta celebrada en 11 de Junio en que se fijó por las partes la cuestión que el juzgado tiene que resolver y es la siguiente: "Si en vista de los autos y de la demanda y contestación, procede ó no la restitución *in integrum* contra la cuenta, de manera que puedan admitirse las observaciones que se hagan de una y otra parte," con todo lo demás que ver convino, y

Considerando: primero, que el demandado está conforme en que la restitución *in integrum* tiene lugar en las transacciones si en ellas recibe el menor gran daño; pero se opone á que tenga cabida en el presente negocio, fundándose en que los derechos de los menores herederos de Doña Ignacia de la C.... tenían á los bienes de A..... han servido ya de materia á dos juicios (el de árbitros, según el compromiso de 22 de Diciembre de 1850, y el de nulidad del laudo de dichos árbitros, comenzado en 19 de Mayo de 1854, terminado con las transacciones con arreglo á las que se formó la cuenta de división de 10 de Febrero de 1857, aprobada judicialmente y consentida por los interesados) y que acerca de ellos se han pronunciado dos ejecutorias, no pudiéndose, en concepto del demandado, dar entrada á un tercer juicio:

Considerando: segundo, que el remedio de la restitución *in integrum*, es subsidiario y no se concede á los menores y á los que gozan de sus privilegios, sino cuando se han agotado los

APENDICE

IX

recursos ordinarios; que en el presente negocio no puede decirse que los menores hayan usado de ese remedio antes de ahora, pues únicamente habían entablado antes la acción de nulidad del lauto pronunciado por los árbitros, cuyo recurso, que concede la ley 34, tit. 4.ª partida 3.ª, como ordinario respecto de las sentencias arbitrales, compete en sus casos, tanto á los mayores como á los menores de edad: que el principio de que la restitución *in integrum* no puede concederse dos veces al menor, adoptado por la ley 5.ª, tit. 4.ª lib. 5.ª de la Nov. Recop., sólo tiene lugar cuando ella se ha concedido ya, y respecto de la misma causa ó negocio, como lo explica Acevedo en el comentario á la dicha ley, lo que no ha sucedido en este asunto.

Considerando: tercero, que por otra parte, el Lic. D. Miguel Astristain no niega que concurren en los herederos de Doña Ignacia de la C. los requisitos que exige la ley 2.ª, tit. 19, Partida 4.ª para que gocen los menores del beneficio de la restitución y que no hay ley que la niegue contra las cuentas de división de bienes, debiendo concederse en caso de duda (García, de nobilitate, glos. 6.ª § 1.ª, núms. 35 y 54), duda que no existe en la opinión general de los autores, cuando se trata de las referidas cuentas. (Valasco, Praxis, partitionem, cap. 39, núm. 37.—Febrero de Goyena, tom. 2.ª, núm. 2,601 y siguientes):

Considerando: cuarto, que establecida la admisión de la restitución *in integrum*, queda sólo por resolverse si debe concederse á los menores herederos de tal manera que á la testamentaria de P. de A. se le admitan por su parte las reclamaciones y observaciones que tenga que hacer; que sobre este punto basta atender á la naturaleza de este remedio y á lo dispuesto por las leyes: que éstas establecen clara y terminantemente el principio de la reciprocidad, como puede verse en la 8.ª, tit. 19, Partida 6.ª, en la parte que dice: "de manera que cada una de las partes haya en salvo su derecho así como lo avia primeramente," y en la 2.ª, tit. 25, Partida 3.ª, "ca derecho é guisado é pues que el menor non se paga del juizio, que sean oidas las razones de su contender de cabo, así como el quier que sean oidas las suyas;" que esto es tanto más justo en el negocio, cuanto que procediendo la división impugnada de una transacción en la que naturalmente debieron hacerse concesiones mútuas las partes, acaso alguno de los daños de que se quejan los menores estén compensados con las ventajas obtenidas en otros puntos:

Fallo, primero: que compete á los menores herederos de Doña Ignacia de la C. la restitución *in integrum* en los tér-

X

APENDICE

minos que la han solicitado y en la parte en que les haya perjudicado el convenio celebrado en 22 de Septiembre de 1856, la cuenta de división de 10 de Febrero de 1857, y el auto de 28 de Febrero del mismo año.

Segundo: que al otorgárseles la restitución deben admitirse las observaciones y reclamos justos que haga la testamentaria de P. de A., y

Tercero: que apareciendo la mejor buena fé por ambas partes, no se hace condenación en costas. Hágase saber. Así definitivamente juzgando, lo decretó el Lic. D. Luis Méndez, que desempeña el juzgado 2º de lo Civil, y firmó: doy fé.—Luis Méndez.—J. Francisco Osorno, Secretario.

COMANDANCIA GENERAL DEL DISTRITO DE MEXICO.

Restitución in integrum. Testamento militar.

¿Ha lugar al recurso de restitución *in integrum* de una transacción celebrada por el curador de un menor con todos los requisitos de la ley y aprobada judicialmente?

¿Los casos de excepción de la ley 6ª, tít. 19, Partida 6ª, son los únicos en que no se concede la restitución á los menores que la pidan?

¿Don Bonifacio T....., usando del beneficio de restitución que las leyes conceden á los menores de edad, pretende que otorgándoselo la Comandancia general, con respecto al auto en que aprobó el convenio que el curador de aquel celebró en 8 de Febrero de 1847, con la parte de R..... rescindiéndose, se repongan las cosas al estado que tenían antes de la aprobación judicial, verificada en 17 del mismo mes y año. Según nuestro derecho, para que tal beneficio tenga lugar, se requiere que el que lo pida lo solicite de un acto en que durante su menor edad haya sido perjudicado ó no defendido cumplidamente, ó que encuentre nuevos testigos ó documentos que mesoren su pleito, ó que quiera alegar leyes y fueros contra la jentencia que pretende rescindir. Requiere así mismo que

APENDICE

XI

tal petición la haga antes de cumplir los veinticinco años ó cuatro años después. Cuantos autores lo consultan están conformes en ésto, apoyados en la ley 8ª, tit. 19, Partida 6ª. En el actor concurren las circunstancias mencionadas, porque él pretende restitución de un acto que tuvo lugar en su menor edad, y prescindiendo de si lo perjudicó en más ó en menos pecuniariamente por los muchos ó pocos derechos que pueda tener á lo que reclama, en lo que no cabe duda es en que tal transacción desmejoró notablemente su posición, perjudicándolo por esto en el litis que seguía, pues en vez de haber sido oído y vencido en juicio, no se le oyeron ni tuvieron presentes sus razonamientos en la cuestión principal, ni ésta se decidió judicialmente, previos todos los trámites legales.

Si como hemos visto es bastante para que se conceda restitución á un menor, de una sentencia, el que no se le haya defendido cumplidamente, ó que tenga nuevos testigos ó documentos que mejoren su pleito, ¿qué diremos cuando no hubo las defensas y alegatos que las leyes exigen y no se han tenido presentes, no ya nuevos testigos y documentos, sino ningunos? ¿Qué cuando se trata sólo de un simple acto de aprobación á un convenio y no de un verdadero fallo judicial, pronunciado después de fenecido el litis por todos sus trámites legales? Hoy T. . . . sólo quiere que se oigan sus razonamientos, y se ventile su causa con las solemnidades de derecho, ¿y con esto, qué se pierde? Diráse que los gastos; pero es claro que estos serán de cuenta de aquel, si al fin se decide que no tiene justicia.

Ahora, S. E., no vamos á decidir si el Sr. Puchet hizo ó no bien en declarar testamento la memoria simple que se dice dejó el capitán de navío, Don José María T., ni menos si ella es ó no testamento. Sólo se trata de saber si la transacción á que me he referido perjudicó ó no la posición y derechos del Sr. T., y si por haber recibido en su virtud cierto precio para que callase en el juicio principal, ya no se le debe escuchar; en esto, célebres juristas como el Antonio Gómez, Sala, Gutiérrez y muy principalmente el afamado Carleval, en su obra, lib. de Jud. tit. 3ª, disputa 16, núm. 36, asienta que á los menores debe otorgárseles, en casos semejantes, la restitución siempre que la pidan, con sólo las siguientes excepciones. Si el menor se finge mayor y hay fundamento para creerlo por tal. Cuando comenzó el pleito siendo menor y lo concluyó ya de mayor edad. Si se declaró en la sentencia libre alguno que él reclamaba como esclavo. Si se le condenó judicialmente á pagar una deuda plenamente probada, habiéndose invertido el importe de aquella en beneficio suyo. Si el daño que recibió fué

XII

APENDICE

por caso fortuito. Si siendo mayor de diez años y medio, fué sentenciado por homicidio ó otros crímenes semejantes, y si tiene el remedio de la nulidad, porque lo que es nulo no puede rescindirse. D. Bonifacio T. no se halla en ninguno de estos casos; y por lo mismo, siguiendo las doctrinas de los autores que he citado, las cuales se encuentran apoyadas en las leyes 3^ª, 4^ª y 6^ª, tit. 19, Partida 6^ª, y la 1^ª, y 2^ª, tit. 25, Partida 3^ª, soy de opinión se sirva V. E. otorgarle la restitución que pide, mandando en consecuencia vuelvan las cosas al estado que tenían antes de la última transacción de 8 de Febrero de 1847, sin tocar por ahora cosa alguna que mire directamente la cuestión principal, pues ella no debe preocuparse cuando precisamente se disputa si es ó no de abrirse de nuevo sobre ella el juicio de esta Comandancia, que á su vez y en su caso tendrá presentes las razones y fundamentos de su pró y contra. El fundamento de esta decisión lo es muy particularmente la ley 8^ª tit. 19, Partida 6^ª que previene se otorgue á los menores la restitución en los casos como el presente. Es mi parecer, de que ha disentido el Sr. Baz, mi acompañado, que á su vez pondrá el suyo, sujetándolos ambos á la decisión de V. E.—México, Noviembre veintitres de mil ochocientos cincuenta y cuatro.

El Sr. Lic. D. Juan J. Baz, fundándose en que la ley 2^ª, tit. 19, Partida 6^ª, exigía como condición expresa, primero, que el acto, ó contrato, ó sentencia de que se pedía la restitución, hubiera tenido lugar; segundo, que de este acto, ó contrato, ó sentencia hubiera venido daño al menor, sin cuya circunstancia no podía concederse; y tercero, que apareciendo de autos haber probado T. lo primero, mas en manera alguna lo segundo, pedía que se le negara la restitución que solicitaba, absolviendo de la demanda á D. Domingo R.

La Comandancia general, en vista de esta discordancia de sus auditores, mandó se pasaran los autos en consulta al Sr. Lic. D. José María Bocanegra, el cual se adhirió á la opinión del Sr. Arteaga, y en consecuencia, la Comandancia pronunció su fallo definitivo, otorgando la restitución *in integrum*. Notificado que fué dicho fallo, la parte de R. entabló el recurso de apelación, y habiéndose admitido se remitieron los autos á la Exema. 2^ª Sala del Supremo Tribunal de la Guerra, para la sustanciación de la 2^ª Instancia, y la sentencia que recayó es como sigue:

APENDICE

XIII

TRIBUNAL SUPREMO DE LA GUERRA.

Segunda Sala.

México, Febrero 27 de 1853.

Vistos estos autos, etc. En atención á que con arreglo á lo dispuesto por las leyes 6^a y 8^a tít. 19, Partida 6^a, ambas al fin, no cabe duda en que la demanda se contrae á un hecho acaecido en el tiempo en que Don Bonifacio T. se hallaba en la menor edad, y que el recurso ha sido deducido é instaurado dentro de los cuatro años posteriores y sucesivos á la referida menor edad; pero que tratándose del tercer requisito esencial de la ley para otorgar el beneficio de restitución, se hace preciso que conste plenamente justificado que se ha ocasionado al menor un daño positivo por el acto que se reclama; que no haciéndose consistir en el caso que versa en estos autos, sino únicamente en el perjuicio de derechos del menor, que se redarguyen de menoscabados; primero por parte del actor, en que debiendo consistir los bienes de D. José María T. en cosa de 100,000 pesos, sólo se conceptuaron como base de la transacción en 45,469 pesos fuera de los sueldos; y en que, aun cuando eso no fuera, suponiendo cierta la enumerada base de 45,469 pesos, él en compañía de la señora su hermana no había venido á recibir sino como una cuarta parte; y por el Sr. Bocanegra en que, habiéndose dado punto y término por la transacción al juicio que se hallaba pendiente antes de ella, también sobre restitución *in integrum* contra el auto pronunciado por el Juez de lo civil de esta Capital, Dr. D. José María Pucher, en 20 de Octubre de 1841, por el que se declaró formal testamento la memoria simple bajo la cual falleció D. José María T., se había privado al referido menor de todas sus defensas, pruebas y alegatos, que hubiera producido en el caso de seguir el juicio hasta su término por formal sentencia. Considerando en cuanto á lo primero, que no sólo se ha probado en autos que aquella fuera la legítima suma y monto de los bienes, para inducir ó demostrar el daño ó perjuicio del menor, sino que antes bien éste se ha manifestado diversas veces con suma debilidad sobre tal aserto que más bien se presenta en un sentido hipotético; que en cuanto á lo segundo, si bien sea cierto que sobre la base establecida y conformada en la transacción, la

XIV

APENDICE

parte del menor entónces D. Bonifacio T., recibió una suma menor de lo que importa lo de la base, no por eso se ha demostrado el perjuicio ó daño que haya sufrido por no haber recibido el todo, porque para eso, necesario era que hubiera probado su incontestable derecho á recibir ese todo, lo cual importa tanto, como retrotraer como cierta y declarada la nulidad ó insubsistencia del auto de 20 de Octubre de 41, y á dar por declarado ya en su favor un buen derecho para la sucesión *abintestato*, cuando por el contrario, bien y concienzudamente meditado por esta Sala, el estado que guardaban los derechos del menor, antes del 8 de Febrero de 1847, advierte con bastante claridad que de dudosos en el estado de aquel litis, pasaron á ser ciertos, y en ese preciso concepto y como base indispensable, fué aceptada la transacción con buen discernimiento por su curador: que aunque no sea por una consideración legal, si es de mucho peso para el ejercicio de un buen criterio en lo particular, el buen juicio característico emitido para la aceptación y conformidad de la transacción por el esposo de la otra menor, según se ha comprobado en autos, cuya consideración sube de punto cuando no se trata de una persona ni vulgar ni de medianos conocimientos, sino adornado de una vasta instrucción y vasto discernimiento, pundonoroso, diligente acerca de sus deberes, entre los que en lo privado se halla el de defensa y cuidado de los derechos de su esposa: que no debiendo preocupar á este tribunal un juicio exento de su conocimiento, como es el de las razones y fundamentos de más ó menos valor para la subsistencia del auto de 20 de Octubre de 1841, le basta verlo subsistente y ejecutoriado con todo el mérito que le dan las leyes, como si fuese una sentencia consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada, en cuya respetabilidad se interesa el bien público y la seguridad de los derechos del hombre en sociedad, una vez otorgados por una autoridad legitimamente constituida: que equiparándose en derecho una transacción solemne y judicialmente aprobada á una sentencia ejecutoriada, en que no cabiendo como en la transacción de que ahora se trata, el recurso de súplica ni nulidad, tampoco es admisible contra ella el beneficio de restitución, según lo dispuesto por la ley 5ª tít. 13, lib. 11, Nov. Recop., excepcional de las que se dan por fundamento por el Excmo. Sr. Bocanegra: que deseando ser este tribunal nimiamente escrupuloso, tampoco ha prescindido del delicado exámen de la transacción, y tanto por él como por los alegatos de la parte actora, no ha hallado razón alguna suficiente para poder decirse que en ella hubiere intervenido do-

APENDICE

XV

lo ó falsedad, miedo ó error substancial, únicas causas por las que pudiera rescindirse ó revocarse; y por último, que en cuanto á lo tercero sobre todo lo ya expuesto, el tribunal, con arreglo á sus estrictos deberes para pronunciar sentencia, no pudiendo perder de vista que se halla en el preciso caso de conformarse con el libelo de demanda en sus tres requisitos esenciales que son: cosa, causa y acción, tampoco debería ni aun considerar la causa que expresa y valoriza el último dictamen, puesto que ella no fué alegada como fundamento de la acción por el mismo actor; teniéndose presente, por otra parte, que rigurosamente hablando no se puede decir que los asesores que opinaron contra la restitución hayan obrado contra ley expresa, puesto que su juicio discrepa únicamente, en cuanto al concepto y calificación del hecho, lo cual constituye sólo un error de opinión, por cuya causa, según lo dispuesto por el art. 64 de la ley de 27 de Diciembre de 1853, los tribunales no deben incomodar á los jueces por demostración alguna.

Primero: Se revoca la sentencia pronunciada por esta Comandancia general en 16 de Diciembre del año próximo pasado de 1854.

Segundo: Se declara no haber lugar á que se otorgue á D. Bonifacio T., el beneficio de restitución *in integrum* que ha solicitado contra la transacción celebrada en 8 de Febrero de 1847, por su curador y la parte de R.

Tercero: Con testimonio de este auto devuélvanse los de la materia al juzgado de la Comandancia general de este Distrito para que los mande archivar.

Y lo acordado, por esta sentencia definitivamente juzgando, así lo proveyeron y mandaron los Sres. Presidente y Ministros que componen la Excm. 2ª Sala del Supremo Tribunal de Guerra y Marina.—*Vizcaino Diez de Bonilla*.—*Vargas y Godoy*.—*I. Sánchez Trujillo*, Secretario.

Habiéndose suplicado de este fallo, en 3ª y última instancia, puso término á este litigio la sentencia que sigue:

TRIBUNAL SUPREMO DE LA GUERRA.

Tercera Sala.

México, Julio 19 de 1855.

Vistos en tercera y última instancia los autos seguidos por D. Bonifacio T. contra D. José Domingo R., patrocinado el

XVI

APENDICE

primero por el Sr. Lic. D. José María Iglesias, y el segundo por el Lic. D. José Hilario Elguero: vista la demanda en la que refiere el actor que durante su menor edad terminó por transacción en 17 de Febrero de 1847, un litigio que en unión de su hermana Doña Dolores T. seguía contra dicho Rascón, sobre restitución *in integrum* de un auto definitivo que en 20 de Octubre de 1841 pronunció el juez de letras de lo civil, Dr. D. José María Puchet, elevando á formal testamento una memoria simple que dejó el capitán de navío D. José María T., tío del actor, en la que declarando que no tenía descendientes y que habían muerto sus ascendientes, nombró heredero universal al citado D. José Domingo B. y que ese convenio que puso término al litigio, le causó un grave daño, porque habiéndose pactado que se daría á él y á la señora su hermana la cuarta parte del caudal de su tío, se fijó éste en 45,479 pesos, cuando importaba más de 100,000, y porque aun cuando no hubiera esta diferencia en el caudal, siempre se le gravó en el hecho de haberle dado una cantidad mezquina en virtud de la cual pidió que por el beneficio de restitución *in integrum*, se rescindiese la transacción para que volvieran las cosas al estado que guardaban antes del 8 de Febrero de 1847: vista la contestación del demandado, oponiéndose á la solicitud del actor, fundado en que éste no había recibido daño del acto que pretendía rescindir; vistas las pruebas que dicho demandado rindió en el término correspondiente, los dictámenes que en definitiva dieron los auditores D. José María Arteaga y D. Juan J. Baz, y el que por la discordia en que éstos resultaron, extendió el Excmo. Sr. D. José María Bocanegra, consultando que se otorgara la restitución, con cuyo dictamen se conformó la Comandancia General del Distrito en su sentencia definitiva de 16 de Diciembre de 1854; vista la apelación que de esta sentencia interpuso la parte de R., el auto en que se le admitió el recurso, las actuaciones de la segunda instancia, la sentencia definitiva que en ella pronunció la Excmo. 2ª Sala de este Supremo Tribunal, en 27 de Febrero de este año, revocando la de la comandancia General; visto el recurso de suplicación que interpuso D. Bonifacio T. por cuya admisión se abrió la tercera instancia, en la que informaron á la vista los abogados de las partes, con todo lo demás que de los autos consta, se tuvo presente y verconvino:

Considerando, que habiendo pedido el actor la restitución durante el cuadrienio inmediato al día en que cumplió los veinticinco años, y constando que la transacción de que quiere ser

APÉNDICE

XVII

restituido tuvo lugar cuando todavía era menor, ha debido averiguarse si está en el caso de ser restituido; que para ello no debe perderse de vista que con la mencionada transacción se terminó un litigio en que también se pedía restitución *in integrum* contra un auto definitivo que había pasado en autoridad de cosa juzgada, de modo que, otorgando hoy el beneficio se volvería á tratar en aquel litigio de la expresada restitución que fué lo que expresamente se quiso impedir y de hecho se impidió por la ley 5^a, tít. 13, lib. 11 de la Novísima Recopilación; que para acceder á que se abra de nuevo un pleito fenecido, sea por sentencia ó por transacción que por derecho tiene la misma fuerza que la sentencia que pasa en autoridad de cosa juzgada, es preciso que medien causas muy graves y justificadas para no faltar al respeto que merece la cosa juzgada y al espíritu de las leyes que tanto favorecen á los convenios que ponen fin á los pleitos; que no obstante los grandes privilegios de que gozan los menores, no se les debe otorgar el beneficio de la restitución y menos contra la cosa juzgada, si no probaren que por ella han sufrido un daño ó menoscabo considerable, porque el objeto del beneficio es precisamente que se repare ese daño, bien sea que provenga de la inexperiencia del menor, ó de culpa ó descuido de su curador; que en el presente negocio no parece probado el daño de que el menor se queja, porque en primer lugar, no ha probado ni consta de autos que el caudal de su tío fuese mayor que el que se fijó en la transacción, al paso que aparece de los mismos autos que su curador vió los datos que lo dejaron satisfecho de que el caudal era realmente el que se fijó, sin que para destruir el conocimiento que de aquí resulta, sean bastantes las reflexiones que hizo el abogado del actor, porque ellas parten del supuesto de que está enmendada la memoria testamentaria del Capitán T., lo cual es un hecho que no se puede asegurar, ni hay pruebas para atribuirlo á R., siendo de advertir que el curador de T., asentó en autos que estaba persuadido de la exactitud de la memoria por hallarla conforme con apuntes particulares del Capitán T., que examiné:

Considerando, que el otro fundamento en que el actor se apoya consiste en habersele dado por la transacción una cantidad mezquina, lo cual supone que tenía derecho á percibir otra mayor; que este derecho no ha sido probado porque deduciéndose de la calidad de heredero *ab intestato* del Capitán T., era preciso justificar que éste murió sin testamento, y lo contrario aparece de autos, por hallarse comprobado en ellos, que además de

XVIII

APÉNDICE

uno solemne en que instituyó herederos; pero en el que dijo no tenerlos forzosos, y en el que nombró albacea fideicomisario á D. Domingo R. para que distribuyese sus bienes conforme á las instrucciones que le tenia dadas, y á lo que dispusiera en unas hojas en blanco, en las cuales nada llegó á escribir, hizo otro simple en uso de sus privilegios como individuo del fuero de Guerra, en el que instituyó de heredero al mismo D. Domingo R., y el que por auto judicial, previo expediente informativo, en que estuvo legalmente representado D. Bonifacio T. se declaró formal y solemne testamento militar, de lo que resulta que no puede decirse que el citado capitán de navío murió intestado, y que por lo mismo sus parientes colaterales no pudieron aspirar á su herencia, á no ser que probasen que el referido testamento militar es falso, ó que no debe valer por cualquiera nulidad, y que ni una ni otra prueba ha dado el actor, ni aparece de autos, y antes bien de ellos consta la autenticidad del testamento por la información de testigos y reconocimiento de letras que se hizo ante el Dr. Puchet, sin que en contra de la legalidad de esta prueba se haya justificado cosa alguna, así como consta por los despachos del Capitán D. José María T. que gozaba del fuero de Guerra; por lo cual pudo ordenar su testamento sin solemnidades y por sí solo, con arreglo á la ley 8.^a, tít. 18, libro 10 de la Novísima Recopilación, resultando de estos antecedentes que el actor no ha justificado su derecho para exigir que el auto del Dr. Puchet fuese revisado por el beneficio de restitución *in integrum*: que no habiendo rendido esta justificación, no hay en que fundar la ofensa ó el daño que pudiera haber recibido en la transacción de 17 de Febrero de 1847; que tampoco resulta el daño de que por ella se hubiera privado de sus alegatos y defensas, pues esto es una consecuencia necesaria de las transacciones que, siendo permitidas por las leyes para que los pleitos tengan fin, aunque sean de menores, no pueden éstos pretender que se rescindan sólo porque ellas les impiden seguir alegando en juicio, si por otra parte no se prueba que la transacción de que se quejan, haya perjudicado notablemente sus derechos ó intereses; y teniendo por último presente lo que disponen las leyes 2.^a 5.^a 6.^a y 8.^a título 19, Partida 6.^a fallamos:

Primero: Se confirma en todas sus partes la sentencia de vista pronunciada en 27 de Febrero del corriente año por la Excm. 2.^a Sala de este Supremo Tribunal, por los mismos fundamentos expresados en ella y los expendidos en este auto, en la que se revocó la de la Comandancia general del Distrito de 1854, y

APÉNDICE

XIX

en consecuencia no ha lugar á que se conceda á D. Bonifacio T. el beneficio de restitución *in integrum* que ha pedido contra la transacción que en 8 de Febrero de 1847, se ajustó entre su curador y D. Domingo R., y que fué aprobado por auto de la Comandancia general de 17 del expresado mes y año.

Segundo: Con testimonio de este auto devuélvanse los de la materia á la Excm. 2ª Sala para que se sirva remitirlos á la Comandancia general del Distrito, á fin de que se archiven. Y por este auto definitivamente juzgando, así lo proveyeron y mandaron los Sres. Presidente y Ministros que, en grado de súplica, formaron la Excm. 3ª Sala del Tribunal Superior de Guerra y Marina, y lo firmaron.—*Betancourt.*—*Zerecero.*—*Mira-món.*—*Ahumada.*—*Guimbarda.*—*Lic. Pedro Covarrubias, Secretario.*

APENDICE LETRA C.

JUZGADO 3.º DE LO CIVIL.

¿La transacción judicial celebrada por un menor de 25 años que carece de curador, es nula conforme al derecho?—¿Basta para que el menor se reputé comprendido en la disposición la ley 6, tit. 19, Part. 6, sobre denegación del beneficio de la restitución, que se presume dolo en ocultar la edad?—¿Se considera como lesión bastante para usar de este beneficio, el que el menor en vez de una acción ordinaria conceda una ejecutiva?

México, Julio 14 de 1860.

Vistos estos autos promovidos por D. José María G. labrador, patrocinado por el Sr. Lic. D. José María Aguirre de la Barrera, demandando ejecutivamente á D. Mignel G. R., patrocinado por el Sr. Lic. D. Vicente Riva Palacio, la cantidad de 578 pesos, 1 real, 3 cuartillas, según la reducción que se hizo de la demanda en la diligencia de embargo, de fojas 7, procediendo dicha suma del convenio conciliatorio, constante en el certificado de fojas 1.º: Vistas las pruebas producidas por ambas partes y lo que alegaron en sus escritos de fojas 15 y 19, cuaderno 1.º:

Considerando, que la principal excepción del ejecutado, que es la nulidad de lo acordado en la conciliación que sirvió de fundamento á la ejecución, resulta plenamente comprobada, dimanando esa nulidad de la menor edad en que se hallaba R cuando intervino en dicho acto, cuya menor edad aparece justificada no sólo con la partida de bautismo de fojas 5, cuaderno 2º, sino por confesión del ejecutante:

APÉNDICE

XXI

Considerando, que no puede decirse en derecho que en el acto conciliatorio obrara el propio R, engañosamente, llamándose menor de edad, para que se le pudiera reputar comprendido en la disposición de la ley 6^a tít. 19, Part. 6^a, no apareciendo en el certificado de conciliación que se le hiciera ninguna interpe- lación sobre su edad, ni ninguna otra indagación sobre ese punto.

Considerando, que aunque de algún modo se hubiera obligado R., por sí en la repetida conciliación, no siendo contra él solo la demanda, sino contra toda su familia, no teniendo, como no po- día tener por la minoría, los poderes de ella, no la pudo ligar á lo que se conviniera.

Considerando, que aunque en el acta se asentó que obraba el demandado, previo consentimiento y autorización de la señora su madre, esto se dice vagamente y sin requisito alguno que lo acredite, como lo habría sido siquiera la presencia de aquella:

Considerando, que aunque antes y según lo han afirmado los testigos de la parte actora, R. tratase y contratase por sí, y co- mo encargado de los negocios de su casa, esto no lo habilitaba para todo, ni lo privaba de los derechos que las leyes conceden á los menores y menos cuando no consta que en esos actos él se proclamase mayor y lo indicara su aspecto:

Considerando, por último, que aún en el evento, de poderse reputar obligado al ejecutado, por la parte que á él toca de la demanda, no le fué útil ni benéfico conceder un derecho ejecu- tivo por deuda que exige más detenido examen, con arreglo á la ley 1^a tít. 21, lib. 4^o de la Recop., que da cabida á las ex- cepciones que por derecho sean de recibirse, de cuya especie es la de nulidad, objetada por R ;

Se declara que no ha habido lugar á la ejecución decretada por auto de 20 de Abril del corriente año: en consecuencia, le- vántese la que se trabó en bienes de la familia de R., pagán- dose las costas por el ejecutante, con el 20 por 100 sobre su im- porte, por ambas partes el 2 por 100 del interés del pleito; y se dejan á salvo los derechos de D. José María G. para que los deduzca como le convenga.

Así lo proveyó el señor Juez 3.º de lo Civil, Lic. D. José Guadalupe Covarrubias, y firmó por ante mí.—Doy fé.—José Guadalupe Covarrubias.—Manuel Orihuela.

APENDICE LETRA D.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA.

Segunda Sala.

JUZGADO 4.º DE LO CIVIL.—Lic. D. Antonio Morán.

Restitución "in integrum."—Recursos ordinarios y extraordinarios.

¿Puede un menor interponer el recurso extraordinario de la restitución "in integrum" en negocios en que tiene lugar el remedio ordinario de la apelación?

México, Agosto 25 de 1859.

Vistos en el artículo de incompetencia promovida por la testamentaria del Sr. Tiburcio Gómez Lamadrid, fundada en que Doña Concepción Z. . . pide restitución contra el auto en que se adjudicó en pago al primero, el baño de las Delicias, y tal restitución no podía hacerse sin revocar el presente juez un auto definitivo de otro juez de 1.ª instancia.

Considerando, que el remedio de la restitución *in integrum* es un remedio extraordinario que, teniendo ó no lugar, no importa la revocación del auto ó providencia contra que se impone: que por eso es de práctica constante el que ese recurso se introduzca ante el juez mismo, que conociendo del negocio ha pronunciado el auto de que se interpone: que tal práctica está fundada en las leyes 2.ª y 3.ª, tít. 25, Part. 3.ª; y que lo demás alegado por ambas partes conduce más á la resolución de la cuestión principal sobre si hay ó no lugar á la restitución pedida, que á la del punto de competencia, se declara sin lugar el artículo promovido, y competente el presente juez para conocer en el juicio de restitución *in integrum*, mandando que vuel-

APÉNDICE

XXIII

van los autos al albacea del Sr. Gómez Lamadrid para que conteste la demanda: y que por no haber temeridad en el demandado, cada parte pague sus costas y la mitad de las comunes, con subordinación á lo que sobre esto se resuelva por punto general en la sentencia definitiva.

Así lo proveyó el señor Juez 4.º, Lic. Don Antonio Morán. Doy fé.—Morán.—Ignacio Peña.

Interpuesto el recurso de apelación, la 2.ª Sala, previa citación de las partes, pronunció el fallo que en seguida copiamos:

México, Julio 14 de 1862.

Visto en segunda instancia el artículo promovido por parte de Don Benito G. Lamadrid, como albacea de la testamentaria del finado D. Tibureio, su padre, oponiendo al Juzgado 4.º de lo Civil la excepción de incompetencia de jurisdicción para conocer de la demanda entablada por Doña Concepción Z. . . sobre restitución *in integrum*, por los daños que alega haber sufrido, siendo menor, en el juicio ejecutivo sobre pesos y adjudicación en pago que se hizo al segundo de diversas fincas.

Visto lo alegado por el demandado sobre que el juicio de restitución en su calidad de extraordinario, no puede tener lugar sino cuando falta todo otro ordinario, citando en su apoyo las doctrinas de diversos autores, entre ellos el autor de la *Curia Filípica*, part. 1.ª, párraf. 18, núm. 1.º al fin; y que por lo mismo estando pendiente la apelación que interpuso la expresada Doña Concepción Z. . ., cuando era menor, del auto de 14 de Junio de 1852 que declaró no ser parte en el juicio ejecutivo contra la testamentaria de Doña Ana B. . ., corresponde al superior solamente conocer de la causa e apelación, y aún de la restitución del término si fuese necesario; y que en caso de conocer el Juzgado de 1.ª instancia de la presente demanda de restitución, sometería á su jurisdicción un auto dado por un juez igual, pues tendría que resolver si era ó no parte la mencionada Sra. Z. . .; atenta la réplica que ha hecho el patrono de ésta sobre que el juicio ejecutivo en el que pretendió ser parte es de todo punto concluido, y que la demanda de hoy es enteramente diversa, no estando por lo tanto, precisada á ocurrir al juez *ad quem*.

Vistos los fundamentos del fallo interlocutorio de 25 de Agosto de 1859, por el cual se declaró competente el Juzgado de 1.ª instancia para conocer de la presente demanda de restitución,

XXIV

APÉNDICE

así como los alegatos de los patronos de ambas partes, Don Emilio Pardo, del apelante, y Don Marcial Aznar de la Sra. Z. . . ., en los informes en estrados, y

Considerando: que por el expresado auto de 14 de Junio sólo se declaró que en la demanda de Don Tiburecio G. de Lamedrid contra la testamentaria de Doña Ana B. . . ., era parte la albacea de ésta y no la menor, cuyos derechos quedaron expresamente á salvo sin que se entendieran perjudicados en manera alguna.

Considerando asimismo: que consentido este auto por la parte contraria, la menor, declarada no parte en semejante juicio ejecutivo, no tenía ya representación para hacer valer en el mismo juicio los derechos que le quedaron incólumes, sino que tendría, por consecuencia forzosa, que entablar nueva demanda en 1.ª instancia, puesto que además el superior no puede conocer de puntos que no han sido ventilados en aquella.

Atento, finalmente, á que aunque á la espresada Sra. Z. . . ., por el tiempo de su menor edad, quedara aun otro recurso ordinario cualquiera, esto no impide que pueda usar del ordinario de restitución, si lo considera mejor, conforme á la expresa doctrina del acreditado Murillo al libro 1.º de las Decret., tít. 41, de *Restitutio in integrum*, párraf. 395 y 396:

Por los fundamentos del fallo interlocutorio relacionado de 25 de Agosto de 1859:

Primero: Se confirma éste en todas sus partes:

Segundo: Hágase saber, y con testimonio del presente auto, remítanse los de la materia al Juzgado de su origen para su prosecución. Los CC. Presidente y Ministros de la 2.ª Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Así lo proveyeron y firmaron.—Juan J. de la Garza.—José María Cortés y Esparza.—Manuel Saavedra.—Eulogio Barreza, Secretario.

APENDICE LETRA E.

JUZGADO 3. ° DE LO CIVIL.

JURISPRUDENCIA CIVIL.—PRUEBA PERICIAL.—Las certificaciones expedidas por peritos que no han sido nombrados en el juicio con las formalidades legales, no hacen prueba.—No hacen prueba los dictámenes presentados fuera del término probatorio.

DOCUMENTOS AUTÉNTICOS.—Hacen prueba plena como documentos auténticos, los certificados expedidos por los médicos de los hospitales públicos.

DEMENCIA.—La declaración del estado de interdicción sólo justifica ese estado desde la época en que se hace.

NULIDAD DE MATRIMONIO.—La que se funda en demencia sólo puede ser pedida por el cónyuge demente á menos de que no fuera conocida la demencia del otro contrayente.

México, Agosto 9 de 1890.

Vistos estos autos del juicio ordinario sobre nulidad de matrimonio promovido por el C. Agustín Olaz, en contra de la Sra. Carlota San Juan, patrocinado aquel por el C. Lic. José María Gamboa, y ésta representada por el C. Lic. Manuel Bermejo, tutor al efecto nombrado, vecinos de esta Capital.

Resultando 1. ° Que el actor en 29 de Mayo de 1889, fundó su acción deducida en el estado de demencia de la demandada al celebrarse el matrimonio.

Resultando 2. ° Que el tutor de la Sra. San Juan negó la demanda.

Resultando 3. ° Que como pruebas del actor aparecen: 1. ° El acta del matrimonio celebrado ante el juez del Registro Civil en 10 de Febrero de 1878; 2. ° Dos certificaciones firmadas en Mayo de 1889 por los profesores Pedro Rangel y Pablo Escamilla, cuyas firmas reconocieron, y además la del certificado que expi-

XXVI

APÉNDICE

dió, y en lo que asegura aquel que hizo varias visitas y éste que medicinó á la Sra. San Juan en 1877, la que padecía de demencia, afección cerebral constante é incurable; 3.º Declaración de interdicción de la Sra. hecha por demencia simple en 4 de Agosto de 1888, por el Juez 4.º de lo Civil; 4.º Certificación del Secretario del mismo juzgado 4.º de lo Civil, del que aparece que en los autos de interdicción de la Sra. San Juan, obran las constancias siguientes: que el personal del juzgado asociado de los Sres. Dres. Rafael Lavista, J. M. Bandera y Juan José Ramírez Arellano, del Consejo Médico Legal y del representante del Ministerio Público, reconocieron á la incapacitada, y en Julio 4 de 1888 esos facultativos concluyeron que la Sra. San Juan estaba afectada de demencia simple, sin aptitud para los actos de la vida civil; 5.º Informe del Director del Hospital de Dementes, según el que en 24 de Noviembre de 1882 ingresó la demandada á ese establecimiento afectada de lipemania general apática, saliendo el 3 de Mayo de 1885, apenas mejorada del estado en que entró.

Resultando 4.º Que como pruebas del tutor por la parte demandada existen: 1.º Copia certificada del acta de presentación del C. Olaz y la Sra. San Juan, para la celebración de su matrimonio en 20 de Enero de 78, justificando su aptitud legal en las declaraciones en ese sentido rendidas por parte del primero, de los CC. Manuel Alcívar y Marcos Villegas, y de la segunda en las de los CC. Pascual Rosas y José Rosas; 2.º Dictámen de los peritos médico-legistas, que debían decir si era posible determinar, aunque fuera aproximativamente, el tiempo que en Agosto de 89, llevaba la Sra. San Juan de estar enferma de demencia, y en caso de serlo emitir su dictamen sobre ese particular previo reconocimiento de la enferma. Dictámen de los CC. Ignacio Fernández Ortigosa é Ignacio Maldonado que ratificaron, y que termina en 24 de Diciembre del año mencionado de 89, con las conclusiones siguientes: 1.ª La Sra. Carlota San Juan de Olaz no goza en la actualidad de la integridad de sus facultades intelectuales, morales y afectivas; 2.ª La enfermedad que tiene actualmente y por la que es asistida en el Hospital del Divino Salvador, es la demencia; 3.ª Esta enfermedad de naturaleza hereditaria, es congénita; 4.ª Es constante é incurable; 5.ª En la época actual y en la que contrajo matrimonio, no poseía la suma de conocimientos suficientes para las relaciones de la vida social; 6.º Carecía de la suma de juicio suficiente para comprender la importancia legal del acto matrimonial y de la libertad para aplicar los muy escasos conoci-

APÉNDICE

XXVII

mientos que adquiere, á cada caso en particular; 7.º No pudo gozar de la independencia moral bastante para que sus decisiones pudiesen tomarse por libres.

Considerando 1.º : Que la certificación expedida por el Juez del Registro Civil en 15 de Mayo del año anterior, justifica el matrimonio contraído por el C. Agustín Olaz y la Sra. Carlota San Juan el 10 de Junio de 1888.

Considerando 2.º : Que las certificaciones expedidas por los CC. Pedro Pablo Rangel y Alejo Escamilla, ó son documentos privados según la definición del art. 442 del Código de Procedimientos Civiles, y sólo formarían prueba contra sus autores, art. 555, ó importan un dictamen pericial y le faltan las condiciones legales respectivas señaladas en el capítulo 5.º, título 5.º, libro 1.º de ese Código, ó sus afirmaciones importarían declaración como testigos de hechos sobre los que depusieran, y no se observaron las correspondientes disposiciones relativas, capítulo 7.º del libro y título citados.

Considerando 3.º : Que el auto sobre declaración de interdicción por demencia simple de la Sra. San Juan, justifica este estado en Agosto 4 de 1888.

Considerando 4.º : Que las diligencias practicadas en ese juicio de interdicción patentizan el mismo hecho á que alude el considerando anterior en la época en que se practicó el reconocimiento y se rindió por el Consejo Médico Legal el dictamen que ellos consignan.

Considerando 5.º : Que el informe del Director del Hospital de Dementes prueba el mismo hecho en 24 de Noviembre de 1884, arts. 441 y 453 del Código de Procedimientos, pues que las constancias á que se refieren los considerandos 1.º, 3.º y 4.º, y el presente, son documentos auténticos.

Considerando 6.º : Que es igualmente documento auténtico sujeto á esas prevenciones, el certificado de presentación para el matrimonio de Olaz y la Sra. San Juan, expedido en 22 de Agosto de 1889 por el Juez del Registro Civil, y justifica la aptitud legal de los contrayentes para celebrar el matrimonio.

Considerando 7.º : Que el dictamen de los médicos legistas fué presentado el 19 de Febrero último, firmado el 24 de Diciembre de 1889, fuera del término probatorio de acuerdo con el decreto de 11 de Noviembre del mismo año de 89, ineficaz como prueba según las prevenciones del art. 391 del mencionado Código de procedimientos Civiles.

Considerando 8.º : Que á mayor abundamiento las certificaciones de los C. C. Pedro Pablo Rangel y Alejo Escamilla, cuan-

XXVIII

APÉNDICE

do más vendrían á determinar el concepto ú opinión por ellos formado, inaceptable, cuando en nada que se haya justificado descansa para que el juez calificara esos juicios periciales como favorables á la intención del actor, de conformi'ad con el precepto del art. 561 del Código de Procedimientos Civiles.

Considerando 9.º: Que el dictamen de los médicos legistas descansa en informes por ellos tomados que justifican su opinión, pero cuyos hechos en ellos ministrados no son conocidos del Juzgado para estimarlos y aceptarlos, quedando por lo mismo el testimonio de aquellos peritos simplemente en el de oídas, inapreciable según lo dispuesto en el art. 562, fracs. I, II, III y IV del mencionado Código de Procedimientos Civiles.

Considerando 10.º: Que es de llamar la atención que el actor C. Agustín Olaz que debe haber solicitado para la Sra. San Juan la asistencia de los CC. Rangel y Escamilla, cuando vivía en amasiato con ella, y por eso con todo género de intimidades, no haya apercibídose del estado de demencia en que ésta se encontraba.

Considerando 11.º: Que sorprende también que un año después de esa asistencia y algunos más de esa vida íntima, celebre su matrimonio con la Sra. San Juan y se presenten testigos de la capacidad de ambos, testigos que tampoco se apercibieran de este estado de demencia, cuando Manuel Alcívar, testigo del actor y Pascual Rosas de la demandada, para justificar su aptitud legal para la celebración del matrimonio vivían entonces en el callejón del Boque número 51, Alcívar con los compañeros y Rosas en la misma casa que éstos.

Considerando 12: Que igualmente sorprende que cuando los CC. Rangel y Escamilla asistieran á la Sra. San Juan en 1877, expidan sus certificados á pedimento del C. Agustín Olaz hasta Mayo de 1889.

Considerando 13: Que sorprende aún más la minuciosidad de detalles y de informes ministrados á los médicos legistas cuando se asegura por el actor que su natural inexperiencia le ocultó por completo que era demente la escogida para compañera de su vida, y cuando tiene que presumirse que en su inexperiencia se encontraban los testigos presentados para demostrar la aptitud legal para la celebración del matrimonio, y cuando tendrían que concluir en que en ese estado de inexperiencia se hallaban las personas que ministraron esos datos á los peritos médico legistas, no concibiéndose ni como pudieran rendirse tan extensos para las apreciaciones que han hecho.

Considerando 14: Que en cambio el Director del Hospital de

APÉNDICE

XXIX

dementes, refiriéndose á los datos que le diera el C. Olacz, afirma que por el año de 1884 tuvo la Sra. San Juan el primer ataque de locura, y los facultativos que forman el Consejo Médico Legal en las diligencias practicadas por el Juzgado 4.º de lo Civil, afirman que en 1882 aparecieron síntomas de locura en la Sra. San Juan.

Considerando 15: Que aun prescindiendo de lo dicho, si para que un contrato sea válido son indispensables, según el artículo 1279, fracciones I, II, III y IV del Código Civil, capacidad de los contrayentes, mútuo consentimiento, objeto lícito y formalidades externas requeridas por la ley, y todas estas condiciones estaban llenadas en relacion con el C. Agustín Olacz, no es á él á quien compete la acción de nulidad ejercitada, sino á aquella que no pudo consentir en la celebración del contrato por falta de capacidad, porque no poseía la suma de conocimientos suficientes para las relaciones de la vida social, por carecer del juicio suficiente para comprender la importancia legal del acto del matrimonio, y de la libertad para aplicar los muy escasos conocimientos que adquiriese á cada caso en particular, por no haber gozado de la independencia moral bastante para que sus decisiones pudieran tomarse por libres.

Considerando 16: Que es tan cierto lo expuesto, cuanto que según Maynz en su curso de Derecho Romano, tomo I, libro I, párrf. 19, núm. 2, "Las enfermedades mentales pueden ejercer una influencia muy grande en la capacidad personal de los que las sufren." Las personas que se encuentran en estado de demencia son consideradas como si careciesen de voluntad, y no son por consiguiente, incapaces de hacer un acto cualquiera que pueda producir efectos jurídicos; y si la Sra. San Juan no ha tenido capacidad para contratar, si ha carecido de voluntad, si aparece por ella contraída una obligación, es á ella, la que no consintió, la que no pudo consentir, es á ella á quien le tocaría pedir la declaración de nulidad de esa obligación, pues que según el mismo autor, tomo 2.º, tít. 2.º, párrafo 198, las personas que no tienen voluntad son incapaces para contratar, y entre ellas están los locos.

Considerando 17: Que sin duda inspirado en esas ideas, el Código civil español, en su art. 1186, ordena que la persona capaz no puede pedir la nulidad del contrato, fundándose en la incapacidad del otro contrayente, ó como dice García Goyena en sus Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, tomo 3.º, cap. 6.º, sec. 1.ª, comentario al art. 1185: *In iis causis ex quibus obligationes mutue nascuntur si tutoris*

XXX

APÉNDICE

autoritas non interveniat ipse quidam qui cum pupillis contrahent obligantur at in novicem pupilli non obligantur, texto del título 21, libro 1.º *Institutionis Ex uno latere constat contractum. Non qui emid obligatus est pupilli pupillum sibi non obligat*; Ley 13, párrafo 29, tít. 1.º, lib. 18 del Digesto, lo mismo en la ley 7, tít. 16, part. 6.º. Pues como dice el mismo autor en el lugar citado: "la ley no tiene por objeto sino conservar y proteger los intereses de los incapaces; por lo tanto, éstos solos pueden reclamar ó renunciar el beneficio introducido á su favor. Y más adelante la ley socorre á las víctimas de la violencia, dolo ó error, no á los que obraren con plena libertad y conciencia.

Considerando 18: Que si es verdad que la nulidad que proviene de incapacidad de uno de los contrayentes, no puede alegarse por el otro si no prueba que al tiempo de contratar ignoraba la incapacidad, artículo 1789 del Código Civil de 1870, que es el 1675 del vigente, preceptos evidentemente aplicables á toda clase de contratos, en el caso para que diera acción al actor ha debido justificar, y no lo ha hecho, la ignorancia de la incapacidad de la Sra. San Juan al celebrar su matrimonio.

Considerando 19: Que las relaciones íntimas del C. Olaz con la Sra. San Juan, anteriores á la celebración del matrimonio, la procreación de los hijos que al contraerlo se legitimaron, el tiempo transcurrido desde la celebración hasta el en que se promovió la demanda, esos hijos habidos, cuyos pesares se olvidan, todo demuestra determinado empeño de realizar determinado fin, y por eso, temeridad en la promoción y prosecución del juicio intentado.

Con fundamento de lo expuesto y del art. 143 del Código de Procedimientos, fallo:

1.º No ha lugar á la declaración de nulidad del matrimonio que contrajera el C. Agustín Olaz con la Sra. Carlota San Juan.

2.º Se absuelve á la Sra. San Juan de la demanda en su contra intentada, y relativa á la declaración de nulidad de ese matrimonio.

3.º Se condena al actor al pago de las costas del presente juicio.

4.º Notifíquese.

Así definitivamente juzgando lo proveyó y firmó el señor Juez 3.º de lo Civil Lic. Agustín Borges. Doy fe.—*Agustín Borges.*—*A. García Peña*, Secretario.

APENDICE LETRA F.

JUZGADO 4. ° DE LO CIVIL.—Juez, C. Lic. Leocadio López.—Actuario C. Estéban Tomás Casas.

Interdicción absoluta por causa de enajenación mental.

COSA JUZGADA.—¿El desistimiento en un juicio de interdicción produce la excepción de cosa juzgada contra un tercero que no litigó?—¿Puede decirse exactamente que existe la cosa juzgada, cuando no se llegó á contestar la primera demanda, ni se notificó al actor que se desistió, el auto en que se le dió por desistido?

PERITOS.—¿Qué fuerza probatoria tienen los dictámenes periciales emitidos sobre la capacidad mental de una persona, si ésta no fué reconocida en los términos prescritos por los arts. 458 y 459 del Código Civil?—¿Hace prueba plena el parecer conforme de tres peritos que declaran que existe la incapacidad mental, aunque un cuarto emita su dictamen en sentido contrario?

DOCUMENTOS.—TESTIGOS.—¿Puede probarse la demencia por estos medios?

ENAJENACIÓN MENTAL.—Si no está demostrada la completa salud del que se dice demente, ¿basta para declarar la interdicción la prueba de que existió la demencia, cuando ésta sea de muy difícil curación?

México, Julio 29 de 1874.

Visto el juicio ordinario civil seguido por el Lic. José Linares, en representación con poder jurídico de la Sra. Doña Mariana Moncada de Raygosa, ambos vecinos de esta ciudad, sobre que se declare en interdicción absoluta al Sr. Lic. D. Felipe Raygosa, por causa de enajenación mental; lo contestado por D. José Gil de Partearroyo, tutor interino del supuesto incapacitado, patrocinado por el Lic. D. Manuel Lombardo, vecinos

XXXII

APÉNDICE

también de esta capital, alegando la excepción de cosa juzgada, y negando la verdad de los hechos en que se hace estribar la demanda propuesta de interdicción absoluta; las pruebas aducidas por ambas partes dentro del término legal, y son: por la de la actora, las declaraciones de José María Mondragón, Luisa Ruiz, María de Jesús Montes de Oca, domésticos de la familia Raygosa; el primero, desde Octubre de mil ochocientos setenta y dos á Febrero de setenta y tres; la segunda, de Septiembre de setenta y dos á Febrero de setenta y tres, y la última, de seis años atrás á Febrero del mismo año de setenta y tres; de José María Hernández, administrador que fué de la hacienda de San Felipe Teotlatzingo, presencial de la última visita que el Lic. Raygosa hizo á la referida hacienda en Febrero de mil ochocientos setenta y tres; las de los profesores de primeras letras Manuel Soriano y Fermín Meléndez, que previo el cotejo respectivo de letras, declararon ser en su concepto de puño y letra del Sr. Raygosa algunos de los documentos exhibidos en el término probatorio, y la firma que con su nombre y apellido se encuentra al pie de un inventario; éste que es del menaje existente en la hacienda de San Felipe, y cuyo encabezamiento dice:

"Inventario minucioso de los enseres, muebles y demás menaje que quedan desde esta fecha en el oratorio y casa habitación de la hacienda de San Felipe Teotlatzingo, propiedad perteneciente á los Sres. Don Felipe de Raygosa, Jones Lancas y Arroyo de Anda y su legítima mujer Doña Manuela Baumonde, Moncada y Mendivil de Vizeaya," en fojas diez, siendo su fecha veintidós de Agosto de mil ochocientos setenta y dos; una carta de Don José María Hernández, administrador de Teotlatzingo, escrita á la Sra. Moncada de Raygosa en dieciséis de Febrero de mil ochocientos setenta y tres; una certificación del acta de nacimiento de la niña Antonia Raygosa, extendida por el Juez del Registro Civil de San Angel, su fecha Junio trece de mil ochocientos setenta y dos; la partida de bautismo de la misma, dada por el párroco del referido pueblo de San Angel, su fecha veintiseis de Junio de setenta y dos; varias recetas de cold-cream, sin fecha, escritas de puño y letra del Sr. Raygosa; una receta ó método para evitar los malos patos, también sin fecha; una instrucción sobre los ascendientes paternos del Sr. Raygosa, y noticia del negocio que cree tener contra la casa del Jaral de México, sin fecha; un testimonio de las diligencias de un juicio verbal que promovió el dicho Raygosa en quince de Abril de mil ochocientos setenta y tres, an-

APÉNDICE

XXXIII

te el Juzgado cuarto menor de esta ciudad sobre cumplimiento de un contrato de provisión de carnes contra Casimiro Valenzuela, y cuyo testimonio contiene la demanda, el contrato, la contestación dada por el representante del demandado, é interrogatorio de posiciones presentado por Raygosa; el acta de reconocimiento judicial de veintiocho de Julio de setenta y tres, practicado en presencia de los facultativos Luis Hidalgo Carpio, Rafael Lavista, Francisco Fenelón é Ignacio Torres; el interrogatorio hecho por el C. Juez 3.º, en el acto del reconocimiento y sus respuestas; los juicios periciales de los facultativos referidos, emitidos con presencia de las observaciones que hicieron durante algunos días, y cuya minuta de observaciones corre agregada á las pruebas rendidas, y de la noticia que adquirieron ya de la familia como de otras personas fidedignas, y por la del tutor interino en defensa de la capacidad de su tutorado; varias constancias de las diligencias practicadas con motivo de la demanda de interdicción presentada por el Ministerio Público en siete de Febrero de mil ochocientos setenta y tres, y son: la determinación final pronunciada en dichas diligencias por el Juzgado 3.º de lo Civil en once de Marzo de mil ochocientos setenta y tres, mandando archivarlas por no tener ya objeto, supuesto el desistimiento del Ministerio Público, y que se notificara al tutor y curador interinos, cesando éstos en su cargo; al Lic. Don Felipe Raygosa que por el mismo hecho quedaba en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, pudiendo vivir en donde le pareciera, cesando la obligación del Lic. Don Trinidad García de la Cadena para teneren su casa al Sr. Raygosa, y cancelándose al efecto la fianza que con tal objeto había otorgado; una certificación de los facultativos Don Francisco Ortega y Don Rafael Lucio, sus fechas veinticinco y veintiseis de Octubre de mil ochocientos setenta y dos, y otra de Don Francisco y Don Lázaro Ortega, de cinco de Febrero de setenta y tres; las ratificaciones de los médicos Ortega; el reconocimiento judicial que con asistencia de estos facultativos, del tutor interino Lic. Don Miguel T. Barron y del Ministerio Público se practicó en el Juzgado 3.º de lo Civil, la tarde del día siete de Febrero de mil ochocientos setenta y tres; el juicio de estos facultativos expresado en el acta de la diligencia sobre la incapacidad actual del enfermo para administrar sus bienes, y necesidad de ser conducido á la casa de dementes para la seguridad de su familia y procurar su mejor asistencia; los juicios periciales de los facultativos Don Miguel Alvarado, Francisco Montes de Oca, José Peón Contreras, Manuel Alfaro y

XXXIV

APÉNDICE

Luis Muñoz, de los cuales los dos primeros aseguraron con fecha ocho de Febrero de setenta y tres, que Don Felipe Raygosa estaba y había estado en los días que lo habían examinado en el perfecto y libre uso de sus facultades intelectuales, cualidades afectivas, morales é instintivas; los dos segundos, en la misma fecha ocho de Febrero, que al reconocer al supuesto enfermo, no encontraron en él síntoma alguno de enagenación mental y que para dar su juicio sobre el estado definitivo de su salud, eran necesarios repetidos reconocimientos y una observación más dilatada; y el quinto cree, que Don Felipe Raygosa á quien había asistido con anterioridad, después de la enfermedad de la erisipela, sufría aun padecimiento cerebral que se le había hecho crónico, que le exponía á hacer algunos actos desarreglados, bien que en lo general se observaba que podía discurrir con bastante regularidad, teniendo este parecer la fecha de trece de Febrero de mil ochocientos setenta y tres; una certificación de los facultativos Lázaro y Francisco Ortega en la que asientan las cinco proposiciones siguientes:

Primera. Que en la época en que reconocieron á Don Felipe Raygosa, veinticinco de Octubre de setenta y dos, encuentran en él todos los signos característicos de una enagenación mental, y que las certificaciones que encabezan las diligencias del juicio de interdicción promovido por el Ministerio Público, las extendieron con posterioridad, á petición de la familia é informados por ella de la persistencia de la enfermedad.

Segunda: Que los casos de sanidad perfecta de un loco no son imposibles; pero tampoco frecuentes.

Tercera: Que cuando un paciente, afectado de enagenación mental, goza de intervalos lucidos, no es dado á la ciencia determinar la duración de esos períodos.

Cuarta: Que durante la diligencia del reconocimiento judicial, el Sr. Raygosa manifestó acuerdo en las contestaciones que dió á las diversas preguntas que se le formularon, sin que dejara percibir ningún signo marcado de locura; y

Quinta: Que no habiendo vuelto á ver al Sr. Raygosa después del día del reconocimiento judicial, no podían certificar que actualmente, veintiseis de Febrero de setenta y tres, fecha del certificado, persistiera el estado de lucidez en que lo vieron durante dicha diligencia, si no es apoyándose en las certificaciones subscriptas por los facultativos que posteriormente lo reconocieron, á quienes consideran instruidos y muy competentes en la materia y previas las reservas que son de hacerse en casos tan difíciles y delicados como el presente; la reproduc-

APÉNDICE

XXXV

ción de este certificado en sus tres primeros puntos por el Doctor Lucio y no en los dos últimos, por no haber asistido al reconocimiento judicial, y hacer cuatro meses que no había visto al Sr. Raygosa: las declaraciones dadas en el segundo juicio de interdicción promovido por el representante de la Sra. Doña Manuela Moncada de Raygosa por los CC. Miguel Rul, Marcos Gómez, Manuel Gual, José María Hernández, Antonia Ramírez, cocinera de Raygosa, Francisco Jiménez Mendizabal, empleado de la policía secreta, comisionado por orden del Juzgado 3º para vigilar secretamente al Sr. Raygosa, por más de un mes, y las de D. Víctor y Carlos Eternod: unas posiciones absueltas por Doña Manuela Moncada de Raygosa, la diligencia de vista de ojos, practicada por el Juzgado en veintinueve de Julio de mil ochocientos setenta y tres en el hospital de San Hipólito para observar la pieza en que estuvo el Lic. D. Felipe Raygosa durante su reclusión en dicho hospital, y finalmente, el juicio pericial del Dr. D. Ignacio Torres, que termina con los tres siguientes conceptos:

Primero: que el Lic. D. Felipe Raygosa estuvo loco.

Segundo: que no lo está; y

Tercero: que podrán volverlo con los procedimientos que se están observando con él á petición de sus adversarios; los respectivos alegatos de buena prueba, en los que después de que los patronos analizan los hechos y examinan difusamente las cuestiones médico-legales y jurídicas á que dan margen, concluyen pidiendo el de la actora, se declare la interdicción absoluta del Lic. D. Felipe Raygosa; y el del tutor interino, la restitución del expresado Sr. Raygosa al goce de todos sus derechos civiles, mandando que desde luego cesen la tutela y curatela interinas; y cuanto de autos consta, se tuvo presente, examinar y ver convino.

Resultando: primero, que hará más de veinte años que el Lic. D. Felipe Raygosa tuvo una congestión cerebral, á consecuencia de excesiva dedicación al estudio que emprendió por la defensa de un reo; pero que posteriormente desapareció sin dejar ninguna huella, pues desempeñó entre otros negocios á satisfacción de los interesados, la difícil liquidación de la testamentaria del abuelo del Sr. D. Miguel Rul, y la testamentaria del padre de éste, elevados cargos públicos, enumerándose entre estos el de Subsecretario de Justicia en la época de Maximiliano.

Resultando: segundo, que en Abril de mil ochocientos setenta y dos en que dominó epidémicamente la erisipela en esta ciu-

XXXVI

APÉNDICE

dad, se vió acometido el expresado Sr. Raygosa de esta enfermedad, que invadiendo el dermis cabelludo, recorrió sus períodos presentándose con notoria gravedad, y acompañándose de un delirio furioso durante el tiempo de su evolución. Que á fines del siguiente Mayo, el enfermo, ya en convalecencia de la erisipela, se acusaba de no poderse entregar por todo el tiempo que de costumbre tenía á sus estudios habituales, y de alucinaciones del oído, quejándose además de dolores en la nuca, que sentía la cabeza haca y percibía que le hablaban quedo.

Resultando tercero: que al mes y medio ó dos meses después del veintidos de Mayo del mismo año de setenta y dos, fecha en que se levantó de la cama el Sr. Raygosa, el facultativo D. Francisco Ortega, que lo asistió durante su enfermedad como médico de cabecera, y los facultativos D. Lázaro Ortega, D. Rafael Lucio y D. Luis Muñoz, que lo vieron y examinaron, encontraron en él, signos característicos y evidentes de enagenación mental, como lo expresan en sus certificaciones de veinticinco y veintiseis de Octubre de mil ochocientos setenta y dos, y cinco y trece de Febrero de setenta y tres; y que á esta época corresponden sin duda los documentos, que en el término de prueba presentó la parte actora, y son el inventario minucioso del menaje existente en la hacienda de San Felipe Teotlatzingo, certificaciones del acta de nacimiento y partida de bautismo de la niña Antonia Raygosa, las recetas del cold cream, la de los malos partos y la noticia sobre los ascendientes paternos del referido Sr. Raygosa y sobre la cuestión pendiente con la casa del Jaral de México.

Resultando cuarto: que el certificado de cinco de Febrero de mil ochocientos setenta y tres, firmado por los Doctores Francisco y Lázaro Ortega y que sirvió de fundamento á la acción de interdicción deducida por causa de enagenación mental el siete del mismo Febrero, por el ciudadano representante del Ministerio Público Lic. Joaquín Eguía Lis, fué dado sin reconocimiento previo inmediato, sino por el que practicaron cuatro meses antes, y por el informe de la familia del Sr. Raygosa que les aseguró, que aun persistían los signos de enagenación mental.

Resultando quinto: que por el reconocimiento practicado con posterioridad al siete de Febrero citado, por los facultativos José Peón Contreras, Manuel Alfaro, Miguel Alvarado, Francisco Montes de Oca y Luis Muñoz; los dos primeros expusieron con fecha ocho del mismo, que el supuesto enfermo no estaba dominado por idea alguna delirante, y que para certificar de

APÉNDICE

XXXVII

una manera definitiva sobre su salud, eran necesarios repetidos reconocimientos y una observación detenida; los dos segundos con fecha catorce, que el supuesto paciente había estado y estaba en los días en que lo habían examinado, en el perfecto y libre uso de sus facultades intelectuales, cualidades afectivas, morales é instintivas, y el último, que el mencionado Raygosa tiene aún el padecimiento cerebral, que le había reconocido cuatro meses antes, que se había hecho crónico y que éste lo exponía á cometer actos desarreglados, aunque en lo general se observaba que podía discurrir con bastante regularidad.

Resultando sexto: que á excitación del C. Representante del Ministerio Público, y después de abierto á prueba el juicio de interdicción por él promovido, los facultativos Ortega, con fecha catorce de Febrero certificaron: que los casos de sanidad perfecta de un loco no son imposibles, pero tampoco frecuentes; que cuando un paciente afectado de enagenación mental, goza de intervalos lucidos, no es dado á la ciencia determinar la duración de esos periodos; que durante la diligencia del reconocimiento judicial practicado el día siete, el Sr. Raygosa manifestó acuerdo en las contestaciones que dió á las diversas preguntas que se le hicieron; sin que dejara percibir ningún signo marcado de locura, y que no habiendo vuelto á reconocerlo, no podían manifestar si persistía en el estado de lucidez en que lo vieron, sino apoyándose en las certificaciones suscritas por los facultativos que posteriormente lo reconocieron, á quienes consideraban instruidos y competentes; y previas todas las reservas que son de hacerse en casos tan difíciles y delicados como el presente. Cuya certificación reprodujo el Dr. Lucio en cuanto á los primeros puntos y no en los dos últimos, porque dijo no haber asistido al reconocimiento judicial practicado el día siete.

Resultando séptimo: que con vista del contenido de estas certificaciones y del desistimiento del Ministerio Público, en el auto de once de Marzo de mil ochocientos setenta y tres, el C. Juez 3º de lo Civil, que conocía de este negocio, mandó se archivásen las diligencias por no tener ya efecto; que se hiciese saber al tutor y curador interinos, quienes debían cesar en su cargo; al Lic. D. Felipe Raygosa, quien por el mismo hecho quedaba restituido en el ejercicio de todos sus derechos civiles, pudiendo vivir en donde mejor le pareciera, cesando la obligación del Lic. D. Trinidad García de la Cadena, de tenerlo en su casa, debiéndose cancelar la fianza que para ello se había otorgado.

XXXVIII

APÉNDICE

Resultando octavo: que antes de pronunciarse este auto, el día seis del mismo Marzo, Doña Manuela Moncada, representada con poder jurídico por el Lic. D. Juan Rodríguez de San Miguel, por su propio derecho entabló demanda de interdicción por motivo de enagenación mental de su marido, el Lic. D. Felipe Raygosa, la cual, admitida que fué, nombrándose previamente tutor y curador interinos á D. José Gil Partearroyo y al Lic. D. Manuel Siliceo, el primero con la representación expresada, contestó la demanda, alegando la excepción de cosa juzgada y la falta de verdad de los hechos en que se hacía estribar la nueva demanda de interdicción.

Resultando noveno: que recibido á prueba el juicio civil ordinario á que dieron lugar la nueva demanda y su oposición, se recibieron por el Juzgado, de la parte actora y del tutor interino las pruebas de que se ha hecho relación en el principio del presente fallo, y que obran en los cuadernos de prueba respectivos, en el primer juicio de interdicción promovido por el Ministerio Público y en el cuaderno titulado: "Traslación del Lic. D. Felipe Raygosa del hospital de dementes á una casa particular" figurando como documentos principales los juicios periciales de los Dres. Luis Hidalgo Carpio, Francisco Fenelón, D. Rafael Lavista y D. Ignacio Torres, asentando los tres primeros, como cierta y positiva, la enagenación mental del Lic. Don Felipe Raygosa y el cuarto, su completa sanidad y el peligro de volver loco al Lic. Raygosa, con motivo de los procedimientos seguidos á petición de sus adversarios, y

Considerando: que supuestos los precedentes resultandos que forman la verdadera narración de este negocio, dos son las cuestiones jurídicas que entrañan y son resolverse por la autoridad judicial en la presente controversia:

Primera: Si supuesto el desistimiento del Ministerio Público, de veinticuatro de Febrero de mil ochocientos setenta y tres, y auto del Juzgado 3º de once de Marzo siguiente ¿ha sido procedente y legal la demanda de interdicción que por causa de enagenación mental introdujo la Sra. Doña Manuela Moncada de Raygosa contra su marido el Lic. D. Felipe Raygosa?

Segunda. Si habiendo sido procedente y legal tal demanda, ¿la actora ha probado la enagenación mental atribuida al marido como motivo legal de su interdicción?

Considerando: que planteadas las cuestiones jurídicas en los términos propuestos, la primera es de resolverse afirmativamente.

Primero: Porque examinado el expediente relativo se obser-

APÉNDICE

XXXIX

va desde luego, que si bien hubo una demanda de interdicción, deducida por el Ministerio Público, en cumplimiento del deber que le impone el art. 457 del Código Civil, y se nombraron inmediatamente un tutor y curador interinos que representasen legalmente al supuesto incapacitado, y de este auto no se interpuso apelación, hecha oposición por el tutor interino, no se le corrió traslado de dicha demanda, faltando por lo mismo la contestación á ella, que según la ley 3^a, título 1^o, Partida 3^a, es el comenzamiento y la raíz de todo pleito, acto de tal manera esencial, que sin él no hay juicio contradictorio, ni puede haber verdadera sentencia, y que si de hecho la hay, ella es nula y da mérito para la casación, según la disposición terminante del art. 1616, fracción I del Código de Procedimientos.

Segundo: Porque practicadas algunas diligencias con intervención del Ministerio Público y á consecuencia de su demanda si hubo desistimiento por su parte y fué consentido por el tutor, interino, dicho desistimiento, solo importa una excepción perentoria para el sólo efecto de que no pudiera continuar el pleito el que lo hizo; pero no extingue ni ha debido extinguir la acción respecto del que no ha litigado, como sucedió con la Sra. Moncada de Raygosa en el primer juicio de interdicción (Art. 79 del Código de Procedimientos).

Tercero: Porque aun en el supuesto de que el auto de once de Marzo precitado hubiera sido una verdadera sentencia, carece del mérito de una ejecutoria, aun para el mismo Representante del Ministerio Público, supuesto el hecho de que dicho auto según consta del expediente, no fué notificado al Ministerio Público, ni por lo mismo puede decirse que fué consentido expresa ó tácitamente, ni se ha pedido por quien le interesa ni menos declarándose, previa la respectiva sustanciación, haber pasado en autoridad de cosa juzgada: circunstancias todas necesarias para que una sentencia quede revestida de la santidad y verdad de la cosa juzgada: (Capítulo 4^o, título 7^o, Código de Procedimientos).

Cuarto: Porque aunque tuviera ya el mérito de la cosa juzgada y formase ley entre las partes, lo sería sólo entre los que hubieran litigado, con arreglo al principio general: "*Res inter alios acta, aliis non nocet*," Ley 21^o título 22^o Partida 3^a y art. 1489 del Código de Procedimientos Civiles, que sin seguir lo dispuesto por la ley 4^a, título 22 de la Partida 3^a sólo concede el derecho de apelar de una sentencia al actor y reo que hubieren litigado.

Deduciéndose de esto por necesaria consecuencia, que no obs-

XXXX

APÉNDICE

tante el auto de 11 de Marzo, no habiendo litigado la Sra. Moncada de Raygosa en el primer juicio de interdicción por sí; ni por apoderado, malamente se la puede oponer la excepción de cosa juzgada, y que apesar del referido auto y desistimiento del Ministerio Público, ha sido procedente y legal la demanda de interdicción propuesta por ella contra su marido el Lic. D. Felipe Raygosa en 6 de Marzo del año próximo pasado de mil ochocientos setenta y tres.

Considerando respecto á la segunda: Primero. Ser un hecho plenamente probado por las declaraciones de los testigos José María Mondragón, Luisa Rutz, María de Jesús Montes de Oca y José María Hernández, los tres primeros, domésticos de la familia Raygosa, y el cuarto administrador de la hacienda de Teotlazingo, por documentos, y son el inventario minucioso del menaje de dicha hacienda, dictado por el Sr. Raygosa, por las certificaciones del registro civil y partida de bautismo de la niña Antonia Raygosa, por las tres recetas del cold-cream; la de los malos partos, noticia de los ascendientes paternos y de la reclamación pendiente con la familia del Jaral de México, todo escrito de puño y letra del Sr. Raygosa, por las certificaciones de los médicos, Ortega, Don Francisco y Don Lázaro, de veinticinco de Octubre de setenta y dos; por la del Dr. Lucio de veinticinco del mismo mes; y por la del Dr. D. Luis Muñoz de trece de Febrero de mil ochocientos setenta y tres, que el referido Lic. D. Felipe Raygosa, después de la erisipela que padeció en la cabeza, en los meses de Abril y Mayo de mil ochocientos setenta y dos, estuvo loco, y que dicha erisipela según el dictámen de los Sres. Luis Hidalgo Carpio, Francisco Fencón y Rafael Lavista, no fué causa predisponente ni determinante de la locura, sino ocasional.

Segundo: que si bien se dictó el auto de 11 de Marzo de 1873 con presencia de las certificaciones que en Febrero del mismo año expidieron los Dcs. Ortega, Alvarado, Montes de Oca, Peón Contreras y Alfaro, de los cuales los cuatro últimos reconocieron al paciente en el hospital de dementes, adonde había sido conducido por disposición del Juzgado 3º de lo Civil, es de notarse que dichas certificaciones no se dieron con el objeto de determinar sobre la salud definitiva del paciente, sino sobre la conveniencia de trasladarlo del hospital á una casa particular; que en ellos no se afirma de una manera absoluta la completa sanidad, sino que en los momentos en que se le vió, no se le observó signo alguno de enagenación mental, añadiendo los Sres. Peón Contreras y Alfaro, que para certificar de una manera de-

APÉNDICE

XLI

definitiva respecto de la salud, eran necesarios repetidos reconocimientos y una observación detenida, y los Ortega, que supuestos los reconocimientos posteriores, persistía la lucidez que observaron al practicarse el reconocimiento judicial del día siete, y por último, que no habiéndose hecho los reconocimientos practicados por los facultativos en los términos prescritos por los artículos 458 y 459 del Código Civil, dichas certificaciones, sea cual fuere su contenido y sin ofensa de sus autores, no tienen mérito probatorio; pues el reconocimiento que debe practicarse de la manera prevenida por los precitados artículos con asistencia del juez del tutor y curador interinos y del Ministerio Público, no es sólo con el objeto de que el perito forme su juicio, sino para que formen concepto el Juez, el tutor y el Ministerio Público, y puedan juzgar con acierto sobre la enfermedad del supuesto incapacitado, y mérito probatorio del dictamen judicial.

Cuarto: que esto supuesto no obstante las certificaciones mencionadas, y auto de once de Marzo, tantas veces citado, subsiste en todo su vigor la prueba rendida por la Sra. Moncada respecto á la incapacidad mental á que se vió reducido su marido con posterioridad á la erisipela que padeció en la cabeza en los meses de Abril y Mayo de mil ochocientos setenta y dos, y que observaron y certificaron los facultativos Ortega y Lucio en veinticinco y veintiseis de Octubre de mil ochocientos setenta y dos.

Quinto: que practicado el reconocimiento judicial durante el término probatorio con asistencia de los facultativos Don Ignacio Torres, Don Francisco Fenelón, Don Luis Hidalgo Carpio y Don Rafael Lavista, del tutor y curador interinos, del representante de la parte actora y del Ministerio Público, en 28 de Julio del año próximo pasado de 1873, sólo el primero tiene afirmada la salud definitiva del enfermo; mientras que los tres restantes con vista del resultado del reconocimiento, pruebas rendidas por las partes, diario de observaciones que llevó el C. Torres, informes que recibieron de la Sra. Moncada y demás datos que en lo particular se proporcionaron para ilustrar su juicio, en sus dictámenes científicos asientan que el Sr. Raygosa estuvo y está enfermo de locura parcial, forma *Megalomanía lipemaniaca*, que le ha trastornado el juicio y la voluntad; que no se halla en un intervalo lucido, en estado de intermitencia, y menos de completa salud; que no está capaz de cumplir con los deberes de marido, de padre de familia, de administrar sus bienes, ni puede vivir en una misma casa con su mujer é hijos

APÉNDICE

XLI

nitiva respecto de la salud, eran necesarios repetidos reconocimientos y una observación detenida, y los Ortega, que supuestos los reconocimientos posteriores, persistía la lucidez que observaron al practicarse el reconocimiento judicial del día siete, y por último, que no habiéndose hecho los reconocimientos practicados por los facultativos en los términos prescritos por los artículos 458 y 459 del Código Civil, dichas certificaciones, sea cual fuere su contenido y sin ofensa de sus autores, no tienen mérito probatorio; pues el reconocimiento que debe practicarse de la manera prevenida por los precitados artículos con asistencia del juez, del tutor y curador interinos y del Ministerio Público, no es sólo con el objeto de que el perito forme su juicio, sino para que formen concepto el Juez, el tutor y el Ministerio Público, y puedan juzgar con acierto sobre la enfermedad del supuesto incapacitado, y mérito probatorio del dictamen judicial.

Cuarto: que esto supuesto no obstante las certificaciones mencionadas, y auto de once de Marzo, tantas veces citado, subsiste en todo su vigor la prueba rendida por la Sra. Moncada respecto á la incapacidad mental á que se vió reducido su marido con posterioridad á la erisipela que padeció en la cabeza en los meses de Abril y Mayo de mil ochocientos setenta y dos, y que observaron y certificaron los facultativos Ortega y Lucio en veinticinco y veintiseis de Octubre de mil ochocientos setenta y dos.

Quinto: que practicado el reconocimiento judicial durante el término probatorio con asistencia de los facultativos Don Ignacio Torres, Don Francisco Fenelón, Don Luis Hidalgo Carpio y Don Rafael Lavista, del tutor y curador interinos, del representante de la parte actora y del Ministerio Público, en 28 de Julio del año próximo pasado de 1873, sólo el primero tiene afirmada la salud definitiva del enfermo; mientras que los tres restantes con vista del resultado del reconocimiento, pruebas rendidas por las partes, diario de observaciones que llevó el C. Torres, informes que recibieron de la Sra. Moncada y demás datos que en lo particular se proporcionaron para ilustrar su juicio, en sus dictámenes científicos asientan que el Sr. Raygosa estuvo y está enfermo de locura parcial, forma *Megalomanía hipemaniaca*, que le ha trastornado el juicio y la voluntad; que no se halla en un intervalo lucido, en estado de intermitencia, y menos de completa salud; que no está capaz de cumplir con los deberes de marido, de padre de familia, de administrar sus bienes, ni puede vivir en una misma casa con su mujer ó hijos

XLII

APÉNDICE

sin riesgo de aquella y estos. Siendo, pues, los facultativos mencionados tres, de notoria ciencia, de ilustración manifiesta, de probidad acendrada y de una reputación sin mancha en el concepto público, es de concluirse que la Sra. Doña Manuela Moncada de Raygosa tiene probada la incapacidad mental de su marido.

Considerando: que prescindiendo del mérito científico que tienen los dictámenes de los tres facultativos mencionados, por los conocimientos que revelan y el notorio mérito de los autores á cuyas doctrinas hacen referencia, en pró de su verdad existe la certidumbre de los hechos que les han servido de base; pues si se atiende á las declaraciones de los testigos, ellas contienen hechos que han percibido por el sentido de la vista; si se examinan los documentos, el inventario mismo del menaje de la hacienda de Teotlalzingo está firmado por el Sr. Raygosa, su administrador y dos testigos, las certificaciones del Registro civil y del cura párroco de San Angel se hallan suscritas la primera por el funcionario y la segunda por el párroco, las recetas del coldcream la de los malos partos y la noticia de los ascendientes y del negocio de la casa del Jaral de México son de puño y letra del repetido Sr. Raygosa según el dictamen de los peritos calígrafos Fermín Meléndez y Manuel Soriano; el testimonio del juicio verbal promovido contra Valenzuela está autorizado por el Juez menor que lo dió; el acta del reconocimiento practicado en 28 de Julio de 73, está firmada por el juez, por el escribano y por todas las personas que asistieron al acto, y el diario de observaciones por los Dres. Torres y Fenelón.

Considerando: que si bien el dictamen del facultativo Don Ignacio Torres es enteramente favorable al supuesto incapacitado, dicho dictamen es singular y no puede hacer prueba en juicio, por mucha que sea la ciencia, buena fama y respetabilidad de su autor, quien por otra parte, no ha podido menos de reconocer ciertos hechos que califica de "extravagancias y rarezas" y sus ilustrados compañeros de megalomanía lipemaniaca.

Considerando: que si bien es un hecho constante de autos que en los reconocimientos practicados en los días 7 de Febrero y 28 de Julio de 1873; fué tal la concordancia de las respuestas con las preguntas, que en ella no aparece signo alguno de enagenación mental, es de advertir, que los facultativos no han asegurado que en el paciente están extinguidas del todo las facultades intelectuales, sino que existe lucidez intelectual fuera de las concepciones delirantes, y que en la especie de locura de que se

APÉNDICE

XLIII

trata la perversión de la sensibilidad se hace compatible con el brillo del entendimiento, y la disimulación se desarrolla de tal manera que oyendo discurrir á las personas afectadas de esta especie de enagenación mental, se ve uno inclinado á juzgarlas sanas, y que para apreciar el delirio de los actos, porque en ellas no hay delirio de palabras, es necesario sorprenderlas y estudiarlas por mucho tiempo.

Considerando: que siendo un principio en la ciencia médica, como afirman los Sres. Ortega D. Francisco y D. Lázaro y el Doctor Lucio, que la clase de enagenación mental de que padece el Sr. Raygosa, si bien no es de imposible curación, raras veces llega á verse en ella la completa sanidad; de él se deduce la verdad del principio que afirma *que el que una vez está loco siempre se presume serlo. hasta que se demuestre lo contrario*, lo que ciertamente no ha acontecido en el presente caso, á pesar de los nobles esfuerzos hechos por el tutor interino; pues aunque ha presentado varios testigos, todos ellos son incapaces de apreciar el estado morbozo del cerebro del Sr. Raygosa, por sea esta apreciación de tal manera científica y difícil, que los mismos médicos han necesitado hacer un estudio detenido, reuniendo preciosos datos para resolverse á emitir su juicio.

Considerando: que siendo un hecho que en el Sr. Raygosa persisten aún las ideas de grandeza, de odio, de temor, de celos y desconfianza, según los principios de la ciencia, invocados por el Doctor Hidalgo Carpio, citando á Griesinger, anotado por el Doctor Baiarger, célebre especialista en las enfermedades de demencia, no puede decirse que está sano. que ha recobrado el completo y libre uso de razón, á pesar de la lucidez de inteligencia que demuestra en sus conversaciones y en algunos de sus escritos, como lo son las seis cartas que después de la citación para sentencia se han agregado al cuaderno de prueba, á petición del tutor.

Considerando: que por el art. 430 del Código Civil, el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos á la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal ó solo la segunda para gobernarse por sí mismos, y por el art. 431, frac. II, tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad aún cuando tengan intervalos lucidos.

Por los considerandos y resultandos anteriormente expuestos y teniendo presentes los arts. 466 y 525 del Código Civil, el 572 del de Procedimientos sobre á quien incumbe la obligación de probar; los 793, 794 y 796 del mismo Código, sobre el mérito de

XLIV

APÉNDICE

la prueba testimonial; Ley 32, título 16, Partida 3.ª; 40 del mismo título y Partida y lo que enseña el Sr. Caravantes "Ley de Enjuiciamiento Civil," lib. 2.º, núm. 929 y Don Joaquín de Escribhe en su "Diccionario de Legislación," palabra *peritos*, sobre el mérito de la prueba pericial y manera con que el juez debe proceder en caso de discordancia de los peritos.

Se declara: que la parte actora ha probado como le convenía probar su acción y demanda y no el reo sus defensas. En consecuencia queda el Lic. D. Felipe Raygosa en estado de interdicción absoluta por no estar en el pleno y libre goce de sus facultades mentales, debiendo por lo mismo recaer bajo la guarda de un tutor definitivo: notifíquese al representante de la actora, al tutor y curador interinos y al C. Representante del Ministerio público.

Juzgando definitivamente y administrando justicia así lo proveyó, mandó y firmó el C. Lic. Leocadio López, Juez 4.º en el ramo civil de esta ciudad. Doy fé y de que se ordenó se publicase esta sentencia en el *Diario Oficial* habiéndose acabado de poner hasta esta fecha, treinta y uno de Julio en que se ministraron los tres últimos pliegos.—*Lic. Leocadio López, Esteban Tomás Casas.*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA del Distrito.

Tercera Sala.

Presidente, C. Lic. Carlos M. Echenique.—Magistrado,
C. Lic. José M. Herrera.—Magistrado,
C. Lic. J. Ambrosio Moreno.—Secretario, C. Lic.
José P. Mateos.

Interdicción absoluta por causa de enagenación mental.

Cosa juzgada.

El desistimiento en un juicio de interdicción produce la excepción de cosa juzgada contra un tercero que no litigó?—¿Puede decirse exactamente que existe la cosa juzgada cuando no se llegó á contestar la demanda ni se notificó al actor que se desistió, el auto en que se le dió por desistido?—Peritos.—¿Qué fuerza probatoria tienen los dictámenes periciales emitidos sobre la capacidad mental de una persona, si esta no fué reconocida

APÉNDICE

XLV

en los términos prescritos por los arts. 458 y 459 del Código Civil?—¿Hace prueba plena el parecer conforme de tres peritos que declaran que existe la incapacidad mental, aunque un cuarto emita su dictamen en sentido contrario?—Documentos.—Testigos.—¿Puede probarse la demencia por este medio?—Enagenación mental.—Si no está declarada la completa salud del que se dice demente, bastará para declarar la interdicción la prueba de que existió la demencia, cuando ésta sea de muy difícil conclusión?

México, Diciembre 30 de 1875.

Visto el juicio ordinario seguido por el C. Lic. José Linares en representación de la Sra. Doña Manuela Moncada de Raygosa, vecina de esta Capital, sobre interdicción de su esposo, el Lic. Don Felipe Raygosa de la misma vecindad; vista la demanda y lo contestado por el C. José Gil Partearroyo, tutor interino del supuesto incapacitado, á quien patrocina el C. Lic. Manuel Lombardo; las pruebas rendidas por ambas partes y sus alegatos; la sentencia pronunciada por el Juez 4.º de lo Civil de esta Capital el día 29 de Julio del año próximo pasado, en la que declaró: que la parte actora ha probado como probar le convenía, su acción y demanda y no el reo sus excepciones; y en consecuencia resuelve que el Lic. Don Felipe Raygosa quede sujeto al estado de interdicción absoluta, por no estar en el pleno y libre uso de sus facultades mentales, debiendo por lo mismo, caer bajo la guarda de un tutor definitivo: la apelación interpuesta por Partearroyo y admitida en el auto de 9 de Diciembre; la expresión de agravios del tutor y la contestación del Lic. Linares; las pruebas rendidas en segunda instancia por aquel y oído lo alegado en el acto de la vista por los mencionados letrados.

Resultando: que el Ministerio Público, fundado en las certificaciones suscritas por los facultativos CC. Francisco y Lázaro Ortega y Rafael Lucio, en las que afirman padecer el Lic. Raygosa enagenación mental, promovió juicio de interdicción en escrito de 7 de Febrero de 1873, y después de algunas diligencias fué trasladado el susodicho Raygosa al Hospital de Dementes, en el cual lo reconocieron al día siguiente los facultativos, CC. Manuel Alfaro y Peon Contreras, quienes declararon por certificación del día 8 del mismo mes, que no tenía síntoma alguno de enagenación mental; agregando, que para dar una opinión definitiva era necesario trasladarlo á un lugar conveniente, á fin de hacer los reconocimientos necesarios: que esta certificación le sugirió al juez la idea de que Raygosa necesitaba un reconocimiento más formal, y al efecto nombró á los médicos CC. Luis

XLVI

APÉNDICE

Muñoz, Miguel Alvarado y Francisco Montes de Oca, para que por tres días consecutivos lo examinaran y rindieran el informe respectivo: que en efecto el día 14 presentaron su dictamen, siendo el parecer del uno desfavorable á Raygosa y el de los otros dos favorable; y en vista de ello el juez determinó que el sup. esto incapacitado saliera del Hospital á la casa del curador nombrado C. Trinidad García de la Cadena: que mientras se sustanciaba el incidente relativo á la traslación, se mando recibir el negocio á prueba por veinte días, pero no bien había comenzado á correr, el Ministerio público se desistió de su demanda, apoyado en la opinión suscrita por los médicos CC. Francisco y Lázaro Ortega y Rafael Lucio, que certifican los tres, que en la época en que reconocieron al Lic. Raygosa encontraron en él todos los signos característicos de enagenación mental.

Que la certificación que encabeza las diligencias del primer juicio, la extendieron con posterioridad, á petición de la familia del paciente, informados por ella de la persistencia de la enfermedad.

Que los casos de sanidad perfecta de un loco no son imposibles, pero tampoco frecuentes, y cuando un paciente goza de intervalos lucidos, no es dado á la ciencia determinar ese período; y los dos primeros, que durante el reconocimiento practicado por orden judicial el día 7 de Febrero, el Lic. Raygosa manifestó acuerdo en las contestaciones que dió á las diferentes preguntas que se le formularon, sin que dejara percibir ningún signo marcado de locura y que no habiéndolo vuelto á ver después del día del reconocimiento no podían asegurar que actualmente persista el estado de lucidez en que lo vieron durante dicha diligencia; en vista de lo que, el juez pronunció auto en 11 de Marzo, dando por desistido al Ministerio Público y mandó se archivaran las diligencias, declarando que el Licenciado Raygosa volvía al pleno ejercicio de sus derechos civiles.

Que antes de que se mandaran archivar las expresadas diligencias, es decir el seis de Marzo de 1873, la Señora D^{ña}. Manuela Moncada de Raygosa, entablo juicio de interdicción, se corrió traslado de este escrito al Ministerio público, y en el mismo día que se pronunciaba el auto de 11 de Mayo, se mandó también acumular á ellas el escrito de demanda y se nombró nuevo tutor y curador al Lic. Raygosa, por haber cesado en su encargo los nombrados en el primer juicio.

Que interrumpido el curso de la demanda del segundo juicio por el nombramiento de nuevo tutor y por las diligencias pro-

APÉNDICE

XLVII

movidas para hacerle la entrega de los bienes, continuó después dándosele traslado al tutor nuevo C. José Gil Partearroyo, que lo evacuó, negando que la situación del Lic. Raygosa, fuera la de extravío en sus facultades mentales, porque la demanda se refería á hechos anteriores al auto de 11 de Marzo, y no á posteriores y actuales y dándose también al Ministerio público, que lo renunció, con cuyos antecedentes se proveyó el auto de 3 de Junio, abiendo á prueba el juicio por todo el término de lá ley.

Que en este término las partes se esforzaron en sostener sus pretensiones, promoviendo informaciones de testigos, presentando documentos, provocando confesiones y solicitando reconocimientos periciales y vista de ojos, siendo todo este conjunto lo que sirvió al juez para formar el juicio que expresó en la sentencia apelada, y en segunda instancia el tutor promovió otras pruebas semejantes á las de primera, de las que hacen inferir él y el Lic. Raygosa que procede la revocación de aquellos. y

Considerando: que los fundamentos capitales del tutor y del Lic. Raygosa para pretender se revoque la sentencia de 1.^a instancia, son que esa determinación se apoya en hechos anteriores á la época del juicio de interdicción promovido por el Ministerio público, que en su concepto quedaron juzgados por el auto de 11 de Marzo de 1873; y que habiendo causado ejecución no pudo abrirse el nuevo juicio promovido por la Señora Moncada, de lo que infieren que es injusto el fallo y nulo todo lo actuado desde esa fecha, incluyéndose la sentencia apelada.

Que si se examinan los dos argumentos bajo el prisma de un recto criterio y se sujetan las pruebas rendidas por ambas partes á una demostración legal, forzosamente tiene que resultar la verdad jurídica y por lo mismo hay el deber y la necesidad imprescindible de entrar á ese terreno con el fin de conseguir el acierto en la resolución que se pronuncie.

Que entablada la demanda de la Sra. Moncada de Raygosa el día 6 de Marzo de 1873, época en que el Ministerio Público seguía el primer juicio de interdicción, natural era que aquella se fundara, pues no podía de otra manera, en hechos anteriores á ese juicio y que la sentencia los tomara en consideración para fundar el fallo, llamando á la vista los datos posteriores que se presentaron con el objeto de estudiar si estos desvanecían los precedentes que dieron lugar al procedimiento.

Que constando por esos hechos anteriores probados plenamente con la certificación de los facultativos CC. Lázaro y Francisco Ortega y Rafael Lucio que el Lic. Raygosa padecía de

XLVIII

APÉNDICE

extravío mental, antes de entablado el juicio de interdicción, lo único que hay que ver, es si de las pruebas rendidas con posterioridad aparece que el Lic. Raygosa conserva en estado de extravío sus facultades mentales o si en el día la enfermedad no persiste y ha desaparecido completamente.

Que prescindiendo de la prueba testimonial, de las posiciones y de otras de que se valieron los contendientes para coadyuvar al dictamen de los facultativos que resolvieron en pro ó en contra de las cuestiones que se les sometieron y buscando el apoyo legal en la ciencia, que es la única capaz de dar una ley perfecta en el presente negocio, se encuentra en los autos que los CC. Alfaro y Contreras no dieron una resolución definitiva; que Alvarado, Montes de Oca y Torres la dieron favorable al incapacitado, y que los Señores Muñoz, Fenelon, Carpio y Lavista la dieron desfavorable, así es que si las declaraciones periciales producidas en 1.^a instancia, resultan tres á favor y cuatro en contra y todos los médicos son de igual fama y reputación, es inconcuso que debe creerse más robusta la prueba de la incapacidad del Lic. Raygosa que la que se dirija á su completa sanidad.

Que á solicitud del tutor lo reconocieron en esta instancia los facultativos CC. Tobías Nuñez y Felipe Buenrostro, quienes no estuvieron conformes en su dictamen y la Sala, conforme con lo pedido por el ciudadano Fiscal, nombró al facultativo C. Juan M. Rodríguez para dirimir la discordia, resultando que el primero y el último opinan que el Señor Lic. Raygosa aun padece de megalomanía, y el segundo, que se halla en su entero juicio, siendo de advertir que aquellos razonaron su dicho y lo comprobaron con minuciosas observaciones de actualidad, mientras que el segundo simplemente le concede el uso expedito de sus facultades mentales, sin que la ciencia ni hechos especificados funden su parecer, por lo que racionalmente y conforme al artículo 795 del Código de Procedimientos, son dignos de crédito aquellos, mientras que este no tiene valor alguno en su declaración; que si se hace un resumen de los pareceres facultativos, autorizados todos, por encontrarse en sus autores los conocimientos necesarios para resolver la cuestión, con la sencillísima cuenta de sumar se obtiene tres declaraciones que aseguran haber padecido enagenación el Lic. Raygosa antes de los juicios de interdicción: dos, que no dieron resolución definitiva; cuatro, que dicen estar en el libre uso de sus facultades mentales y seis que se la niegan; y como de este resumen lo positivo es, que el mayor número opina por la persistencia de la enfermedad.

APÉNDICE

XLIX

y el menor por la sanidad, es claro que la verdad debe entenderse de parte de los que le niegan el libre y expedito uso de la razón, con preferencia á los que se la conceden; que todavía la Sala en virtud de los encontrados pareceres de los peritos, podía estar perpleja en la determinación de un punto tan delicado y de tanta trascendencia para el Lic. Raygosa y su familia; y mucho más después de haberlo oído defenderse en los estrados de este tribunal, no solamente con alguna facilidad de locución, sino con algún acierto, respecto del derecho, si no hubiera sido porque en los hechos descubrió su enfermedad, y además, en auxilio de su confirmación han contribuido dos circunstancias que vienen á fijar su juicio con certeza: la primera la insistencia del Lic. Raygosa en sostener en sus apuntes que están comprados en su contra el presidente y otros altos personajes de la República, su tutor y abogado y todos los jueces y médicos que han dictaminado en su contra; y la segunda, la redacción de la nota de ratificación, dictada por él en la Secretaría por orden de esta Sala, en la cual revela de la manera más evidente su trastorno, pues en ella trae á colación los nombres que forman el tena de su desvarío: la invención de genealogías, las precauciones para evitar el envenenamiento á que se cree expuesto y las alusiones sobre derecho á cuantiosos bienes y á otros que hace derivar de su finca de la calle del Co'iseo, de manera que allí se retrata perfectamente su deplorable situación.

Que respecto de la cuestión jurídica promovida por el C. Lic. Raygosa sobre nulidad de lo actuado, después del auto de 11 de Marzo, no tiene razón de ser: 1º porque dicho auto no juzgó de su estado mental, sino únicamente se limitó á resolver sobre el desistimiento del Promotor Fiscal, hecho que debía sobrevenir por la falta de su personalidad para seguir el juicio, supuesto que debía cesar conforme al art. 457 del Código Civil con la presentación de la esposa del incapacitado, y tan es así, que al decretar el juez el desistimiento, en el mismo día nombró á los Licenciados CC. José María Iglesias y Manuel Siliceo, al uno tutor y al otro curador del Sr. Raygosa, cosa que no hubiera hecho si en su sentir hubiera creído resuelta la cuestión, y 2º y decisivo porque aun en el caso de que el auto de 11 de Marzo hubiera puesto término al juicio primero, la Señora, conforme al art. 251 del citado Código Civil, pudo seguir el segundo por hechos acaecidos con posterioridad; y con mayor motivo no habiéndosele notificado como no se le notificó el expresado auto de 11 de Marzo.

Que estando demostrado hasta la evidencia con los datos que

L

APÉNDICE

se han referido, que el Lic. Raygosa padece de enagenación mental desde antes de promovido el primer juicio de interdicción.

Que ese estado lo ha conservado durante la persecución de los dos juicios y que hasta hoy persiste la demencia, es una consecuencia que produce la interdicción absoluta á que lo condenó la sentencia del inferior; y por último.

Considerando: que el tutor con el conocimiento pleno de la incapacidad del Lic. Raygosa y de la justificación del fallo, interpuso el recurso de apelación y promovió diligencias costosas, que no es justo ni equitativo que sean del cargo del demente; por estas consideraciones y fundamentos legales expresados, se confirma la sentencia de primera instancia pronunciada por el Juez 4.º de lo Civil el día 29 de Julio del año próximo pasado; y se condena personalmente al tutor en las costas causadas en esta segunda instancia.

Hágase saber, publíquese por los periódicos *Diario Oficial y Foro*, y devuelvanse los autos al juzgado de su origen con testimonio de la presente sentencia para su cumplimiento.

Así por mayoría lo proveyeron y firmaron los ciudadanos presidente y magistrados que forman la 3.ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito.—*Carlos E. Echenique*.—*José María Herrera*.—*J. Ambrosio Moreno*.—*José P. Mateos*, secretario.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA del Distrito.

Primera Sala.

Presidente, C. Lic. José María Castillo Velasco.

—Magistrados, M. Castellanos Sánchez,

Víctor Méndez, Eduardo Castañeda, Amado Osio.—

Secretario, Marcial Aznar.

Interdicción parcial por causa de enagenación intelectual parcial.—Prohibición de enagenar ó gravar los bienes sin las formalidades prescriptas por la sentencia misma.—Patria potestad.—¿En qué casos puede contenerla el incapacitado parcialmente?—Aplicación de los artículos 258, 417, 458, 459, 466, 493, 495, 521, y 525 del Código Civil.

México, Mayo 29 de 1877.

Vistos los autos promovidos por el C. Lic. José Linares, apoderado de la Sra. Doña Manuela Moncada, contra el C. Lic.

APÉNDICE

LI

Felipe Raygosa, sobre interdicción del mismo; la sentencia de 29 de Julio de 1874, en que el C. Juez 4.º de lo Civil, por las consideraciones que expone, y teniendo presentes los artículos 476 y 225 del Código Civil, los 572, 793, 794 y 796 del Código de Procedimientos, las leyes 32 y 40, tit. 16, Partida 3.ª, la doctrina de Carvantes en su ley de enjuiciamientos civiles, lib. 2.º, núm. 229 y Escriche "Diccionario de Legislación," palabra "Peritos" declaró que la parte actora, Sra. D.ª Manuela Moncada de Raygosa, había probado su acción y demanda, y no el reo sus excepciones y defensas, y que en consecuencia, quedaba el C. Lic. Felipe Raygosa en estado de interdicción absoluta, por no estar en el pleno y libre goce de sus facultades mentales, debiendo por lo mismo recaer bajo la guarda de un tutor definitivo; vista la sentencia de 30 de Diciembre de 1875 en que la 3.ª Sala de este Superior Tribunal por las consideraciones y fundamentos legales que expresa, confirmó la de primera instancia, condenando personalmente al tutor en las costas causadas en la segunda; la súplica interpuesta por el mismo tutor C. José Gil de Partearroyo de esa sentencia, que le fué admitida por auto de 15 de Enero del año próximo pasado 1876, señalándose el término de tres días para continuarle;

Vistos en esta tercera instancia: el acta de 23 de Septiembre del año anterior que obra á fojas 21 vuelta del Toca de esta primera Sala, y los apuntes que el Lic. Raigosa presentó para ampliarla, y se registran á fojas 37 del Toca mencionado. Oídos los informes que en el acto de la vista produjeron verbalmente los CC. Lic. Manuel Lombardo por parte del tutor interino y José Linares por la de la Sra. Doña Manuela Moncada; visto el auto que para mejor proveer dictó esta primera Sala en 4 del presente á fin de practicar un reconocimiento del estado actual del C. Lic. Raigosa; la acta que este exhibió redactada por el mismo; la certificación presentada por los CC. facultativos Francisco Montes de Oca y José de la Cueva, con todo la demás que de aquellos consta, se tuvo presente y ver convino.

Resultando de las constancias de autos y con especialidad de la diligencia de reconocimiento que ésta primera Sala practicó escrupulosamente y en los términos prevenidos en el art. 358 del Código Civil para cerciorarse del estado actual de la razón del Lic. Raigosa, que este atribuye á la familia Moncada origen diverso del que en el sentir universal aparece y que dicha familia le es deudora al mismo Lic. Raigosa de diversas fincas rústicas que cree ser de su patrimonio exclusivo: que el repetido Lic. Raigosa, se imagina ser hijo de una persona de estirpe

régia y no de aquellos á quienes cuantos conocen á su familia, han tenido y tienen por sus verdaderos padres: que se cree víctima de una persecución en la cual tienen parte los Gobiernos de la República, los Tribunales y diversas personas de ella y aun de algunas que vienen del extranjero para dirigir esa persecución: que cree que en virtud de esto, se trata de envenenarlo y aun se intentó ya hacerlo, sirviendo para la comisión de este delito el facultativo Don Francisco Ortega, cuya buena y muy merecida reputación le pone á cubierto de toda sospecha: que respecto de los envenenamientos tiene opiniones y creencias que están muy lejos de apoyarse en la ciencia: y finalmente, que estas opiniones y las creencias que antes se han referido, constituyen al Lic. Raigosa en un estado de constante desconfianza de toda clase de personas, todo lo cual consta en la acta de la diligencia de reconocimiento practicada el día 8 del mes actual en esta Sala, y cuya acta ha sido redactada por el Lic. Raigosa exclusivamente, para lo cual se le dió todo el tiempo que creyó necesario. Resultando, que no siendo en estos puntos, tanto en sus alegatos en derecho, como en su manera de discurrir en general, no se encuentra alteración alguna por lo ménos notable, sino que por lo contrario conserva completa su memoria y su voluntad es razonada, siendo este su estado habitual y no solamente por intervalos.

Considerando: que las creencias que el Lic. Raygosa tiene respecto del origen y genealogía de la familia Moncada, de la suya propia, de sus derechos á los bienes que expresó, y sus teorías respecto de intoxicaciones y manera de evitarlas, así como la criminal tentativa de envenenamiento que cree haberse verificado en su persona, si por sí solas y aisladamente consideradas pueden considerarse como meras extravagancias y errores científicos, consideradas en su conjunto, demuestran que no está absolutamente sana la razón del Lic. Raygosa;

Considerando: que este letrado se imagina que hay un interés real y tan activo como reprobado, en perseguirle, tanto por parte de los Gobiernos de México como por parte de sus Tribunales, y que esta imaginación por ser absolutamente falsa y sin fundamento de ninguna clase, arguye también alguna perturbación en el entendimiento del Lic. Raygosa;

Considerando: que la opinión de los facultativos nombrados por esta Sala para practicar el reconocimiento que se verificó en 8 del actual, que es de tenerse en cuenta conforme á los artículos 458 y 459 del Código Civil, y que según esta opinión el Sr. Lic. Raygosa está afectado de monomanía ambiciosa, y que

la de persecución degenera comunmente en la de perseguir, lo cual constituye un peligro real y verdadero para la familia en sus personas y en sus intereses, peligro que no puede evitarse ni precaverse, porque no es posible fijar cuándo ni cómo, la monomanía del Sr. Raygosa, de creerse perseguido, se convierta en la de perseguir;

Considerando: que la creencia del Lic. Raygosa de que tiene diversos derechos que deducir, ya por razón de la calidad de su persona y de otras diversas, ya por razón de interés le ponen en peligro de dilapidar ó prodigar los bienes que tenga, ó en la sucesión adquiriera por tal de obtener pruebas y documentos que crea serle útiles y que algún mal intencionado pueda ofrecerle.

Considerando: que el Sr. Raygosa conserva hasta ahora en lo que no se relaciona con los asuntos expuestos en los anteriores considerandos, una lucidez y un vigor y fuerza de raciocinio, verdaderamente notables, por lo cual no puede considerársele en estado de completa demencia, supuesto que esa lucidez y vigor no son sólo en intervalos lucidos, sino constantes.

Considerando: que si la posesión de la libertad y de la vida del hombre, son, por la naturaleza y por nuestras instituciones políticas, inviolables para el juez y aun para el legislador, igual respeto merece la posesión de la inteligencia y de la razón, que son más que la vida y más que la libertad, y por ese motivo la interdicción debe restringirse á lo que sea rigurosamente indispensable;

Considerando: que al establecer el Código en sus arts. 466 y 521, que la interdicción puede ser parcial, y que las ejecutorias en este género de juicios, no impiden que vuelvan á abrirse siempre que sea necesario, sanciona la inviolabilidad de que se ha hecho mérito en el considerando que antecede, y que por tanto si un átomo de razón constante queda al acusado de demencia, ese átomo debe ser respetado en sus manifestaciones;

Considerando: que los tribunales deben ser muy cautos para no agraviar con una resolución que se extienda á mas de lo rigurosamente necesario, el derecho del acusado de demencia, y para evitar los abusos que puedan intentarse á la demanda de interdicción;

Considerando: que todos los autores distinguen la locura ó demencia de la monomanía ó delirio parcial, porque aunque la razón del hombre es un todo armónico, según algunos escritores explican, y la armonía no se perturba en parte solamente, sino que deja de existir desde que es perturbada, es un hecho

LIV

APÉNDICE

físico y patente que las funciones del cerebro pueden pervertirse unas, permaneciendo sanas las otras, á lo menos temporalmente y acaso por muy largo tiempo;

Considerando, finalmente: que la patria potestad no puede ejercerse por los naturalmente incapaces, que son (art. 431, fracción 2.ª, Código Civil) los privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, en ninguno de cuyos casos se encuentra el Sr. Raygosa; que la patria potestad puede ser modificada en su ejercicio (art. 417 Código citado), si trata el que la ejerce á los que están en ella con excesiva severidad, y por consiguiente si hay grave peligro de que así suceda; pero que así como al incapacitándolo por causa de prodigalidad no se le priva de su autoridad sobre las personas de su consorte é hijos (art. 495 Código citado) porque sólo en dicha prodigalidad no se juzga que esté sana ó completa la razón, : si tampoco debe llevarse más allá de sus verdaderos límites de consideración de una simple monomanía que es la que padece el Lic. Raygosa, á quien no puede considerarse hasta ahora incapaz absolutamente de juzgar lo que sea conveniente para la educación de sus hijos y la moralidad de éstos y de su esposa, sin que por esto queden ni los unos ni la otra, expuestos á algún peligro.

Considerando, en cuanto al tutor interino: que sus gestiones en defensa del Lic. Raygosa, lejos de ser indebidas y temerarias, son legítimas y quizá hasta obligatorias, supuesto que no es facultativo para juzgar por sí mismo del estado mental del repetido Lic. Raygosa, ni ha habido absoluta conformidad en los juicios que á este respecto han emitido los peritos, ni aun pudiendo juzgar por sí mismo, y suponiendo de que todos los que han reconocido al Lic. Raygosa, estuvieren conformes con la calificación de su estado mental, no puede ni debió dejar de intentar todo género de recursos en defensa de éste, porque no disponía de cosa propia para poder conformarse con la sentencia de primera instancia, cuando el Código concede, y con razón, los que tenga el negocio de mayor interes (artículo citado).

Por todas estas consideraciones y con fundamento de los artículos del Código Civil antes citado, se reforma la sentencia de segunda instancia y se declara:

Primero: el Lic. Raygosa no se halla en estado de perfecta razón, sino que está afectado de una monomanía.

Segundo: en consecuencia se le sujeta á interdicción.

Tercero: esta será parcial, prohibiéndose al expresado Lic. Raygosa ejercer todos los actos que directa ó indirectamente importen la enagenación y gravámen de bienes muebles, su-

APÉNDICE

LV

puesto que para la enagenación de bienes muebles necesita la autorización de su tutor, y para la de los inmuebles sea necesaria la licencia judicial, necesitando también de la primera de estas autorizaciones para litigar por su propio derecho.

Cuarto: queda el Lic. Raygosa en el expedito goce de sus derechos para adquirir, mediante el ejercicio de su profesión ó de cualquiera otra manera, conforme á las leyes.

Quinto: puede también el Lic. Raygosa dirigir la educación de sus hijos y cuidar de la moralidad de estos, sin que por esto tenga derecho para obligar á aquellos ó á su esposa á habitar con él, sin que esta resolución preocupe la que sea de justicia en el juicio de divorcio que puedan intentar las partes. En consecuencia, la patria potestad no pasa á la madre conforme al artículo 493 del Código Civil, sino en aquello que no queda declarado á favor del Lic. Raygosa.

Sexto: se absuelve al tutor interino Don José Gil Parte-arroyo de la condenación en costas que en lo personal le impuso la sentencia de segunda instancia.

Séptimo; cada parte pague las costas que haya causado, y las comunes por mitad.

Octavo: vuelvan estos autos al juzgado de su origen para su ejecución, y que de cumplimiento á los artículos relativos del Código Civil.

Noveno: publíquese esta sentencia como previene el art. 525 del mismo Código.

Hágase saber, y con testimonio de la presente remítanse los autos al juzgado de su origen y con igual testimonio el Toca de la respectiva Sala. Así por unanimidad en los puntos primero, segundo, sexto, sexto, sétimo, octavo y noveno y por mayoría en los puntos tercero, cuarto y quinto, lo proveyeron los ciudadanos Presidente y Magistrados que forman la 1.^a Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y firmaron.—*José María Castillo Velasco.*—*Miguel Castellanos Sánchez.*—*Víctor Méndez.*—*Eduardo Castañeda.*—*Amado Osio.*—*Manuel Aznar,* secretario.

Juzgado de Letras de Guanajuato.

Juez, Lic. Jesús Puente.—Secretario, J. B. Pesquera.

Interdicción.—Cuando hay demencia intermitente ó sea con intervalos lucidos, debe declararse la interdicción absoluta del demente ó sólo la parcial?

Guanajuato, 3 de Septiembre de 1877.

Vistos estos autos del juicio de interdicción por incapacidad mental de Don Modesto Cos de los que resultan los hechos siguientes:

El 21 de Septiembre de 1874, ofició el juzgado 1.º de lo Civil, manifestando, para los efectos á que hubiere lugar que iniciada en aquel juzgado, una causa criminal contra el referido Sr. Cos, quien es público y notorio que posee bienes en esta Capital y tiene una casa de comercio, hubo de sobreseerse en el iniciado proceso, por haberse acreditado en el informe de dos facultativos que el referido Sr. Cobos estaba loco.

Dada vista al Promotor fiscal, pidió este se abriera el correspondiente juicio de interdicción manifestando saber que ese mismo día—21 de Septiembre de 1874—D. Modesto Cos había marchado para México al salir del hospital, con cuyo motivo solicitó se proveyera lo conveniente para asegurar los bienes del presunto incapacitado, y para que la ausencia de éste no entorpeciera la secuela de estas diligencias.

Mandada requerir la esposa del Señor Cos para que dijera quien y en qué términos administraba los bienes del mismo, expresó que esa administración seguía como había estado siempre por no haber razón ninguna de cambio, pues su marido no estaba demente sino afectado de una enfermedad que solía privarlo en ratos de sus facultades mentales, y por tales razones se oponía á que se le hiciera erogar gastos en las diligencias que se estaban practicando, y ofrecía dar ella misma cuenta y pedir lo conveniente, caso de que por desgracia no sanara su marido.

Que á instancia posterior del Representante del Ministerio Público, quien manifestó constarle de vista, que Cos había vuelto de México, se mandó abrir el juicio de interdicción por auto de 10 de Octubre de 1874, en el que se nombró además tutor y curador interinos del Señor Cos, respectivamente, á Don Antonio Redon y Don Roman Vaca, á quienes se discernió el

APÉNDICE

LVII

cargo en la forma acostumbrada y previas las formalidades del caso:

Que nombrados por el Juzgado para que reconocieran á Cos los facultativos D. Agustín Villalobos y D. Tomás Chávez, se reunieron estos y el tutor y curador interinos, bajo la presidencia del juez, para los efectos del artículo 458, y de esta junta, que tuvo lugar en la tarde del 17 de Noviembre del repetido año de 74, se levantó la acta que obra á fojas 8 frente á 11 vuelta, cuya lectura evidencia que D. Modesto Cos dista con mucho de tener expedito el uso de sus facultades mentales, pues dió á muchas y diversas preguntas, contestaciones que sólo puede dar un demente, cuyo concepto se corrobora con la certificación que, pasado el reconocimiento, y después de retirarse del despacho Cos y su tutor, dieron los facultativos, y de cuya certificación, rendida por disposición del juzgado y conforme á las preguntas que él mismo formuló, resulta: "que D. Modesto Cos estaba privado del uso expedito de sus facultades mentales": "que hay momentos en que el paciente está acertado y en completa lucidez, pero en general su razón está extraviada porque le falta memoria:" "que Cos no está expedito para administrar sus bienes ni para gobernar su familia:" y por último; "que aunque su mal es curable, no puede asegurarse que sanará ni fijarse el tiempo de su duración"; resoluciones que ofrecieron fundar y fundaron los peritos en el informe de fojas 12, y reconocieron después, en debida forma.

Que dada vista del expediente en el estado que se deja referido al curador D. Román Vaca, lo cual tuvo lugar el 14 de Octubre de 1874, con el objeto de que si quería ó estimaba conveniente, rindiera pruebas en contrario, nada contestó sino hasta el 29 de Enero de 1875, en que manifestó que Cos estaba ya bueno de la enfermedad de que había adolecido; con cuyo motivo se mandó abrir el negocio á prueba por ocho días que no comenzaron á correr sino el 6 de Abril del presente año, por haber sobrevenido la renuncia del tutor, que fué admitida, nombrándose en su lugar, al Lic. Don Canuto Villaseñor, que hasta la fecha desempeña ese cargo, y con motivo de un ocurno en que los Señores Nicolás y Emilio Redon pidieron se resolviera si podían entrar en una liquidación pendiente con Cos ó se les dijera con quien podían arreglar el negocio; siendo de advertir que, la paralización de estos autos por todo el tiempo indicado, fué debida según en los mismos aparece, á un aparente alivio del presunto incapacitado:

Que durante la dilación probatoria, ninguna prueba se adu-

LVIII

APENDICE

jo por las partes, practicándose sólo á solicitud del promotor fiscal, un nuevo reconocimiento á que concurrieron, además de las personas que al anterior, el C. Jesús Soto, profesor de medicina, siendo el resultado de este reconocimiento idéntico al del primero, pues la acta de fs. 19 en que se consignan los hechos, patentiza tanto ó más que la de fs. 8, el lamentable estado intelectual de Don Modesto Cos, debiendo decirse lo mismo en cuanto al informe relativo dado por los facultativos mencionados, quienes aseguran estar trastornado el juicio de Cos, y esto les consta, no sólo por sus observaciones en la última junta, sino por el trato y comunicación que desde 74 han tenido con él mismo y su familia.

Instruidos el Representante del Ministerio, público el tutor y curador del último informe relacionado, que fué legalmente reconocido por los peritos que lo suscribieron, y del expediente todo, pidieron, el primero, que se declarara la interdicción absoluta de Cos; y los segundos, que tal declaración no sea sino parcial por las razones que hacen valer.

Por último, que á solicitud del curador, sobre que radicarán en este juzgado los autos y se dictará la resolución correspondiente, expresando ser de urgencia su despacho, se llamaron dichos autos, se dictó el avocamiento respectivo, estando conformes las partes y se citó para sentencia.

Considerando que por la relación que queda hecha, se viene en conocimiento de que se han observado en el caso, todas las formalidades legales necesarias para fijar con acierto el verdadero estado de la persona de quien se trata: que este estado, según la misma relación, no puede ser otro que el de demencia ó locura: que por consecuencia de lo expuesto, no habiéndose hecho valer ni existiendo en realidad más razón para la interdicción, que en el caso procede, sea parcial y no absoluto, que el temor de que con esta se exacerbe ó recrudezca el mal del incapacitado, tal razón debe ceder á la de que con la interdicción parcial no se cumple la mira de la ley, supuesta la condición en que se encuentra Cos, según las constancias de los autos.

Por tales consideraciones, y con fundamento, además de los que se dejan consignados, en lo que prescriben los artículos 431, frac. 2.º 449, 463, 466, 484, 487, 489 y 525 del Código Civil, es de fallarse y se falla.

1.º Se declara la incapacidad natural y legal en que se encuentra Don Modesto Cos, para gobernarse por sí mismo, en virtud de estar privado de inteligencia por locura.

APÉNDICE

LIX

2.º Queda por lo mismo privado Don Molesito Cos de la administración de sus bienes y sujeto á la autoridad de su tutor interino, mientras llega el caso de llamar á quien corresponda para que definitivamente ejerza el cargo.

3.º La tutela que se defiende, debe limitarse, por ahora, á los actos de mera protección á la persona, y conservación de bienes del incapacitado, debiendo procurarse ante todas su curación.

4.º Notifíquese esta sentencia á las partes, y remítase una copia de ella á la Secretaría de Gobierno, para su publicación en el periódico Oficial del Estado, entregándose otra al curador para que cuide de hacerla publicar en algún periódico de los de la Capital de la República que tienen mayor circulación.

El C. Lic. Jesús Puente, juez 2.º de lo Civil del Partido lo decretó y firmó: doy fé.—Firmados.—*J. Puente.*—*J. B. Pesquera*, secretario.

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA del Estado de Veracruz.

Magistrados: CC. Lics. José D.

Zamora, F. Inclán y González, M. Villegas. Secretario: Lic. M. Serrano.

¿Las diligencias de interdicción por incapacidad, en caso de oposición de la parte legítima, son un verdadero juicio.—Quienes pueden pedir la declaración de incapacidad.—Inteligencia del art. 535 del Código Civil.—El juez puede proceder de oficio á declarar la incapacidad.—Puede el juez con el objeto de ilustrar la cuestión, dar intervención en el juicio al que, á título de interés, denuncie la incapacidad de una persona.—¿Qué recursos pueden interponerse contra las resoluciones judiciales dictadas en el juicio de interdicción?

Sala colegiada, Jalapa, Enero 26 de 1878

Vistas las diligencias promovidas ante el Juzgado 2.º de primera instancia del Cantón de Veracruz, por D. J. L., solicitando no se nombre curador á su socio comanditario D. J. S. por haberse debilitado sus facultades intelectuales, lo expuesto por el defensor nombrado, C. Lic. Manuel María Alva; lo

alegado por el Sr. S.; lo contestado por los miembros de su familia al ser interpelados por la autoridad judicial; la excepción opuesta por el C. Lic. Pren como defensor del supuesto incapacitado, sobre la falta de personalidad en Don J. L., para promover y seguir estas diligencias; la resolución de la autoridad judicial sobre este artículo, que á la letra dice en su parte resolutive. . . . "que no procede la excepción de falta de personalidad que el defensor del Sr. J. S. opone al Sr. J. L., mandándose en consecuencia que se continúen estas diligencias bajo el pie que han sido iniciadas. Notifíquese etc." la apelación interpuesta por el defensor, la nueva solicitud del Sr. L. para que se nombre administrador de los bienes de sus socios, la opinión emitida por el C. Lic. Pren sobre este particular, el auto del C. Juez de primera instancia negando el ocurso de apelación, en estos términos:

"Primero. Se nombra al Sr. J. M. administrador interino de los bienes del Sr. J. S., y á efecto de cumplirse en todas sus partes con lo que dispone el art. 543 del Código Civil redáctese este mandamiento en la forma conveniente.

Segundo. No es admisible en ningún efecto el recurso de apelación interpuesto en 25 de Junio próximo pasado.

Tercero. Hágase saber á quienes corresponda."

Visto el recurso de denegada apelación y el de apelación de la providencia en que se nombra administrador; el informe de los facultativos; el escrito en que se mejora la apelación y lo alegado en esta instancia por el nuevo defensor C. Lic. Manuel María Rivadeneira, pidiendo que se declare apelable el auto en que se negó la alzada en primera instancia y se decida sobre la excepción alegada de carecer de personalidad D. J. L. para intervenir en las diligencias promovidas, y que se revoque el auto en que se nombró al administrador interino, con cuanto más de los autos consta y mereció la atención de los miembros de esta Sala, y

Considerando: que por el exámen detenido y concienzudo que se ha hecho de todo lo actuado, resulta que hay en estas diligencias cuatro puntos capitales que deben fijarse y resolverse previamente para deducir de su resolución la manera lógica é irrecusable con que deben apreciarse y decidirse los recursos interpuestos, y por los cuales las actuaciones se encuentran en esta superioridad; que esos puntos son los siguientes: 1. ° Fijar el carácter que las diligencias tengan supuesta la oposición que se ha hecho. 2. ° Establecer quienes son las personas que, conforme á las determinaciones de la ley, tienen derecho á pedir la

APÉNDICE

LXI

interdicción, intervenir en el procedimiento y proseguirlo. 3.º Examinar en qué estado de las diligencias tiene facultad el juez para nombrar el administrador interino. 4.º Ver qué recursos pueden interponerse y admitirse de las resoluciones que en las referidas diligencias se dicten.

Considerando, respecto al primer punto: que si bien el nombramiento de curador, cuando se trata del menor, del pródigo o del inhábil, habiendo plena conformidad entre todos los interesados, es un acto de jurisdicción voluntaria, todos los autores señalan, que inmediatamente que se haga oposición, la forma debe ser la de todo negocio contencioso, opinión que se encuentra corroborada con algunas prescripciones legales; que el Código de Procedimientos del Distrito Federal determina que, habiendo oposición, el juicio será civil, ordinario y escrito, y la fracción 5.ª del art. 1680 del Código de Procedimientos del Estado dice terminantemente: "cuando á una solicitud relativa á jurisdicción voluntaria se hiciere oposición por parte legítima, antes de dictarse la resolución en definitiva, el negocio se hace en el acto contencioso, y se sujetará desde luego á los trámites y formalidades del juicio que corresponda;" que á estas disposiciones legales debe agregarse la consideración de la importante materia á que se refiere ese procedimiento, pues que en él se va á ventilar y decidir sobre la consideración que un hombre debe gozar en el orden civil, estudiando sus acciones, sometiendo á un severo análisis sus facultades psicológicas, y decidiendo sobre una materia respecto á la cual la ciencia, después de sus profundas y prolijas investigaciones, permanece aún encerrada en sus reservas y probabilidades, según que todos los autores que han examinado la cuestión de incapacidad mental, enseñan que los jueces deben ser cautos y escrupulosos al sentenciar sobre la libertad de un miembro de la sociedad que, cualquiera que sea su estado, merece la protección, defensa y respeto de la autoridad, empleando para formarse una opinión acertada, todos los medios de una larga y detenida observación, no sólo apoyada en el examen ó informe pericial, sino en la experimentación practicada por el mismo juez; resolviéndose además en esas diligencias sobre el bienestar y porvenir de una familia, y todas esas circunstancias graves y difíciles, no podían tratarse ni esclarecerse, cuando son contradichas legítimamente, sino por medio de un procedimiento que dé seguridad de que se ha puesto todo el anhelo y el empeño necesarios para huir del error y del perjuicio que éste pudiera ocasionar al individuo, á la familia y á la so-

LXII

APÉNDICE

ciedad, y ese procedimiento sólo pueda ser el juicio; de modo que el carácter que corresponde á las diligencias promovidas, supuesta la oposición fundada del defensor y el carácter que de la contienda, es el de un juicio que ha de seguir rigurosamente todos sus trámites.

Considerando, en cuanto al segundo punto: que la ley ha fijado con precisión y claridad en art. 535 del Código Civil, las personas que tienen derecho á pedir la declaración de incapacidad; que esas personas, y sólo ellas, deben considerarse como partes en ese juicio, y cuando ninguna de las mencionadas en la disposición citada (art. 537 del mismo Código) ó cuando la demencia es notoria, el juez debe proceder de oficio á declarar la incapacidad, sin que en este último caso se halle autorizado, con el objeto de ilustrarse, á dar intervención en el procedimiento al que, á título de interés, denuncie el hecho que sólo á la autoridad está encomendado conocer y juzgar; que esto supuesto, cuando el juicio no se sigue de oficio, los únicos que tienen derecho á intervenir y proseguir en él son el cónyuge, los herederos y la persona á quien *interese* la declaración de incapacidad.

Considerando, en cuanto al tercer punto: que: puesta en tela de juicio la capacidad mental de un individuo, este hecho siembra la duda en el ánimo de las personas que lo rodean, la confianza cesa y se extingue la actividad en los negocios que satisfacen las necesidades apremiantes y de comodidad, así del individuo como de su familia; que la ley previsora, para evitar toda esta serie de males, puede traer en auxilio del supuesto incapacitado, una persona que por su juicio y honradez garantice, así los contratos que celebre como los bienes que administre, administración que no exige que el juicio de interdicción haya llegado á determinado punto, porque en cualquiera que se note que los bienes se perjudican, se puede nombrar administrador; así es que, por esta razón, con cordura establece el referido Código Civil, en su art. 542: que en cualquier estado de las diligencias puede el juez, si lo cree necesario, hacer ese nombramiento.

Considerando, respecto del último punto; que siendo este juicio por naturaleza de suma importancia, no solo para los derechos del individuo de cuya capacidad se duda, sino para la familia y para la sociedad entera, que debe cuidar ya de la conservación del estado de las personas, cuando la desgracia no haya herido sus facultades intelectuales, ó de las asechanzas

APÉNDICE

LXIII

que malignos intereses pudieran ocasionarle, procurando una declaración contraria cuando la demencia no existiera, o destruyendo el porvenir de los herederos y de los demás interesados, cuando por ligereza y restricciones en los procedimientos no pudiera juzgarse del verdadero estado de una persona y declararse capaz al que no lo era; que ambos extremos merecen una garantía, y esa garantía solo puede obtenerse concediendo en el juicio de interdicción todos los recursos legales para que la contienda, seria y razonada, pueda ilustrar debidamente el ánimo de los jueces, y estos tengan al declarar la capacidad o incapacidad, una opinión justa é imparcial, que á esta exigencia de la razón corresponde la prescripción de la ley positiva (art. 541 del Código Civil,) que previene que en estos juicios se admita la apelación y los demás recursos que las leyes conceden á los de mayor interés.

Considerando: que una vez resueltas estas cuestiones, fácilmente pueden examinarse los dos recursos que han traído las actuaciones á este tribunal, según que uno de ellos se refiere á la denegada apelación del auto en que se concedió personalidad á D. J. L. y el otro á la apelación interpuesta del auto en que se nombró al administrador interino; que debiendo resolverse en cuanto al primero, no sobre la calificación del grado sino sobre el contenido del auto apelado, debe examinarse si cabe la apelación y si declarado apelable debe confirmarse; que en cuanto á lo primero, sosteniéndose por tesis general que esas diligencias son un juicio, y que de las resoluciones dictadas en estos juicios puede concederse la apelación, es lógico y natural establecer que el auto en que el juez inferior declaró que D. J. L. tiene personalidad para intervenir en este juicio, es apelable; que en cuanto al segundo punto, esto es, respecto á la materia que contiene el auto apelado, habiéndose fundado que solo tienen derecho para pedir la declaración, intervenir y proseguir en el juicio de interdicción, el cónyuge, los parientes y las personas á quien *interese* esa declaración, debe verse si D. J. L. se halla comprendido entre las personas á quien la ley concede esa facultad; que no hallándose ni en el primero ni en el segundo de los casos, la investigación debe dirigirse á ver si se halla en el tercero: que la relación de interés que D. J. L. tiene con el Sr. J. S. es la de ser el primero sócio gerente, y el segundo comanditario de una sociedad en comandita; que conforme á la naturaleza de esta clase de sociedades, el sócio gerente es el que tiene la administración, el que recibe los bienes de la sociedad. celebra los contratos y hace los pagos; el sócio comanditario es

LXIV

APÉNDICE

el que suministra los fondos. sin que pueda disponer en la sociedad más que de la cantidad que en ella haya introducido; que esto supuesto, y siendo esta la única relación de interés que liga á D. L. con el Sr. D. J. S. se ve que la supuesta incapacidad del Sr. S. no impedía las atribuciones de socio gerente, por lo mismo, no afectaba en nada sus intereses la declaración de la incapacidad, careciendo por tanto de personalidad legítima para intervenir como parte en este juicio, y su solicitud solo puede tenerse como una simple denuncia, que sirve á la autoridad judicial de base para la inquisición de los hechos. que puede continuar de oficio, sin delegar en ninguno las atribuciones que á ella solo concede la ley.

Considerando, en cuanto á la apelación del auto en que se nombró el administrador interino: que según se ha dicho, ese nombramiento lo exige la seguridad y progreso de los intereses que pertenecen al individuo de cuya capacidad se duda, y que sin ninguna ofensa ni al individuo ni á la familia, la ley viene únicamente en su auxilio, dando pleno derecho al juez para nombrarlo en cualquier estado del juicio; que atentas estas consideraciones, el nombramiento hecho por el C. juez de primera instancia tiene ese fundamento legal, que hasta hoy no desaparece, y por el que debe sostenerse esa determinación.

Por estas consideraciones y con apoyo de los artículos 535, en su primera parte, 537, 541, 542 del Código Civil, 1,636 y 1,680 del de Procedimientos, la Sala Colegiada del H. Tribunal Superior de Justicia del Estado, falla:

1.º Es apelable el auto de 25 de Junio del año próximo pasado, en que se declaró que D. J. L. tenía personalidad para intervenir en este juicio.

2.º Se revoca el auto de 25 de Junio del año próximo pasado en que se declaró que D. J. L. tenía personalidad para proseguir, como parte, este juicio de interdicción.

3.º Se confirma el auto de 9 de Julio del año próximo pasado en que se nombró administrador interino de los bienes de D. J. S.

4.º No se hace especial condenación en costas.

5.º Notifíquese personalmente á los interesados, y con copia autorizada de esta resolución, si parte legítima lo pidiere, á su cost^a, vuelvan los autos al juzgado de su procedencia para lo que corresponda. (Firmados).—*José D. Zamora.*—*F. Inclán y González.*—*M. Villegas.*—*M. Serrano*, secretario.

APÉNDICE

LXV

JUZGADO 5.º DE LO CIVIL.

Juez, G. Lic. Manuel Cristóbal Tello.—Actuario,
C. Sebastián Peñaloza.

Interdicción legal por causa de demencia.

México, Diciembre 9 de 1874.

Vista la solicitud de Don Evaristo Castilla sobre que se declare á Doña Ignacia Ulloa en estado de interdicción por causa de enagenación mental, y se le nombre tutor y curador que cuide su persona y bienes: la diligencia de reconocimiento que de dicha señora hicieron los facultativos Don Luis Hidalgo Carpio y Don Ricardo Vértiz en presencia del personal del juzgado, del Representante del Ministerio Público y de Don Feliciano Candás, á quien se nombró tutor interino de la misma Señora, las contestaciones que dió ésta en el acto del reconocimiento á las diversas preguntas que se le hicieron con el objeto de investigar el verdadero estado de su razón, y las que asimismo dieron las personas que la asisten: el informe que en vista de esas respuestas han emitido los expresados facultativos, el pedimento del Representante del Ministerio Público y todo lo demás que de autos consta.

Resultando justificado tanto por las declaraciones de las personas que asisten á la Sra. Ulloa, como por el reconocimiento y certificación de los facultativos, que dicha señora se halla en estado de enagenación mental é imposibilitada por lo mismo de administrar sus bienes, siendo por otra parte bastantes esas pruebas para acreditar el estado de demencia, según la disposición del artículo 458 del Código Civil. De conformidad con lo pedido por el Ciudadano Representante del Ministerio Público y con fundamento de lo prevenido en los arts. 430 y 431, fracción 2.ª del citado Código, se declara:

La absoluta interdicción de Doña Ignacia Ulloa, no pudiendo en consecuencia administrar sus bienes, comparecer en jui-

cio ni celebrar contrato ninguno sino con autorización é intervención de la persona que desempeñe su tutela, quien tampoco podrá enagenar bienes ningunos de la incapacitada sin aprobación judicial.

Hágase saber, y por cuanto aparece por el ocurso de Don Evaristo Castilla, que la Sra. Ulloa no tiene parientes á quienes corresponda desempeñar su tutela legítima, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2,213 del Código de Procedimientos, recíbase información sumaria de testigos sobre esa circunstancia, con citación del Ciudadano Representante del Ministerio Público, y dése cuenta con el resultado. Lo proveyó y firmó el Sr. Juez 5º de lo Civil. Doy fe.—*Manuel C. Tello.*—*Sebastián Peñaloza*, escribano público.

JUZGADO 6º DE LO CIVIL.

Juez, C. Lic. Isidoro Guerrero.—Actuario, José D.

Covarrubias.

Enagenación mental —¿Produce la incapacidad para todos los actos civiles —Alucinaciones —¿Pueden coexistir con la integridad de las facultades intelectuales? —¿En qué caos se consideran como síntomas de enagenación mental?

México, Junio 21 de 1876.

Visto este juicio seguido en la vía ordinaria y en averiguación sobre el estado civil de la Sra. Manuela Becerril.

Visto el escrito del Ciudadano Representante del Ministerio Público en que expuso que por haber negado que dicha señora padece de enagenación mental, pide que se abra el juicio de interdicción.

Visto el auto en que se nombró tutor interino de la incapacitada al Lic. D. Vidal de Castañeda y Nájera.

Visto el nombramiento de curador que de la misma señora se hizo en el agente titulado de negocios D. Luis G. Segura.

Vista la diligencia de reconocimiento que se practicó en treinta de Septiembre de mil ochocientos setenta y cuatro.

Visto el primer certificado de los facultativos Don Luis Muñoz y Don Miguel Alvarado, en el que exponen que la Sra. Do.

APÉNDICE

LXVII

ña Manuela Becerril padece enagenación mental; pero que siéndoles necesario para precisar la forma de locura de que está afectada, observar á la enferma en un lugar apropiado, propusieron al Juzgado que la mandase trasladar al hospital del Divino Salvador, donde ofrecieron observarla é informar oportunamente del resultado.

Visto el otro certificado de los mismos facultativos, de fecha dos de Enero de mil ochocientos setenta y cinco en que informan que la referida Sra. Doña Manuela Becerril padece manía hereditaria con alucinaciones de la vista y del oído, debilidad notable en las cualidades afectivas y en una de las facultades intelectuales (el juicio).

Vistos los pedimentos del Ciudadano Representante del Ministerio Público, del tutor y curador interinos.

Resultando: que todos están conformes en que debe declararse la interdicción absoluta de la Sra. Becerril y que debe recaer bajo la guarda de un tutor y curador definitivos.

Considerando: que los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad, tienen incapacidad natural y legal para gobernarse por sí mismos (arts. 130 y 431 del Código Civil).

Considerando: que afectada desgraciadamente la Sra. Becerril, de manía hereditaria, con alucinaciones de la vista y del oído, debilidad notable en las cualidades afectivas y en el juicio, no cabe duda que padece de locura ó enagenación mental, pues aunque según explican los autores de medicina legal, las simples alucinaciones pueden coexistir con la integridad de las facultades intelectuales, y aun se citan casos de personas eminentes en las ciencias y en las artes, que las han sufrido; cuando van acompañadas de manía hereditaria y debilidad en las facultades intelectuales ó afectivas, son síntomas seguros de enagenación mental, como lo reconocieron los mismos facultativos informantes al extender su primer informe.

Considerando: que el estado de demencia se ha justificado con los registros que exige el artículo 458 del citado Código, pues aunque no se han presentado testigos ni documentos, el exámen que hicieron los facultativos en la presencia judicial y del C. Representante del Ministerio Público, y la observación que los mismos facultativos hicieron de la enferma, fueron tan ámplios y produjeron tal evidencia que desde luego el juzgado tuvo que acceder á la petición de que la enferma fuera condu-

LXVIII

APÉNDICE

cida al hospital de mujeres dementes, y ni el tutor, ni el curador han encontrado pruebas que rendir en contrario á pesar del largo tiempo que han tenido para prepararlas.

Por estas consideraciones, con fundamento de los artículos citados y teniendo presente el 466 del mismo Código, debía declarar y declaro:

Primero: La Sra. D^a Mannela Becerril, por el estado de enagenación mental en que se encuentra, está en el estado de interdicción absoluta, y en consecuencia, no puede ejercer acto alguno de la vida civil, ni gobernarse por sí misma, sin intervención de tutor y curador.

Segundo: Pasen estos autos al Ciudadano Representante del Ministerio Público, para que pida lo que corresponda respecto de las personas que deben ser llamadas á desempeñar la tutela y curatela.

Tercero: Notifíquese este fallo al mismo funcionario y al tutor y curador interinos, y publíquese por la prensa.

Así lo proveyó y firmó el Ciudadano Juez sexto, Lic. Isidoro Guerrero, Doy fe.—*Isidoro Guerrero.*—*José Dolores Covarrubias*, Escribano Público.

JUZGADO 5º DE LO CIVIL.

Juez, C. Lic. Manuel C. Tello.

Actuario, C. Sebastián Peñaloza.

Interdicción legal por causa de demencia.—¿Puede decretarse solo para determinados actos ó parcialmente?

México, Marzo 24 de 1876.

Visto este juicio de interdicción seguldo á petición del Ministerio Público contra Don Antonio Sánchez, á virtud de la denuncia que hizo el apoderado de D^a Dolores Sánchez, haciendo presente que aquel se hallaba falto de memoria, que esto perjudicaba á sus intereses y que debía nombrársele tutor.

Resultando: que dicho funcionario público ha pedido se declare la interdicción absoluta sin perjuicio de que á los seis me-

APÉNDICE

LXIX

ses se haga nuevo reconocimiento de su estado mental y se modifique la interdicción en caso de que se advierta algún alivio.

Resultando: que del informe de los facultativos, consta que el expresado Sánchez se halla desmemoriado si no de una manera absoluta, bastante sí para que no pueda continuar con la administración de sus bienes.

Resultando: que el Sr. Lic. D. Emilio Velasco, tutor interino del repetido Sánchez, nombrado especialmente para este negocio, evacuando el traslado que se le mandó correr de estos autos, pide en su escrito de 11 de Enero último se declare la interdicción restringida á los casos de no poder contratar ni manejar bienes ajenos, ni dar ó recibir cuentas, ni hacer ó recibir pagos, ni comparecer en juicio y litigar.

Considerando, primero: que el informe de los médicos D. Luis Hidalgo Carpio y D. Ricardo Vértiz, funda suficientemente la necesidad de la interdicción del expresado Sánchez, porque opinan uniformes que no debe dejársele en la administración de sus bienes.

Considerando, segundo: que en el presente caso no debe ser absoluta la interdicción, sino de ciertos actos, como funda muy bien el tutor interino en su último escrito.

Considerando, tercero: que aún cuando es difícil resolver para cuales actos es ó no apto el incapacitado por no haber reglas seguras en el Código para fundar el criterio judicial, no obstante de la comparación de los artículos 466 y 521, se viene en conocimiento de que la ley ha fijado algunas bases que pueden servir de fundamento para decidir sobre diversos grados de demencia, de cuyas disposiciones se infiere: primero, que según sea el estado mental de la persona, así debe de ser la interdicción: segundo, que si la pérdida de la inteligencia es completa, la inhabilidad para el manejo de bienes y demás actos jurídicos del hombre, es también completa: tercero, que si la inhabilidad no es completa, debe modificarse la interdicción ampliándola ó restringiéndola, según las dificultades mentales del incapacitado.

Considerando, cuarto: que de esta última clase, es la incapacidad de D. Antonio Sánchez, porque solo se halla fulto de memoria, y en lo demás de sus facultades mentales; parece que se halla bueno: que atendiendo á aquella circunstancia y á que los negocios de que se ocupa son en el comercio de libros; en la administración de un albaceasgo, sobre lo que se le ha pedido

rendición de cuentas, y que tiene pendiente una cuestión con su hermana Doña Dolores Sánchez, sobre la propiedad de la casa núm. 11 de la calle de Chavarría, debe decirse, que si la falta de memoria lo inhabilita para administrar sus bienes propios, igualmente no podrá administrar los ajenos, y por la misma causa no puede dar cuentas, ni recibirlas, ni hacer pagos, ni recibir dinero; que también no puede comparecer en juicio, porque estando los juicios sujetos á ciertas reglas fijas relativas á los terminos y recursos, así como á la relación de los hechos, un desmemoriado no puede desempeñar estas funciones.

Con fundamento de lo expuesto se declara: primero, que Don Antonio Sánchez no se encuentra en el uso expedito de su memoria, y por lo mismo se halla en estado de interdicción legal para no poder contratar ni manejar bienes ajenos, ni dar ó recibir cuentas, ni hacer ó recibir pagos, ni litigar.

Segundo: que para todos estos actos necesita de tutor y curador que se le nombrará, llamándose á las personas á quienes corresponda, con arreglo á lo prevenido en el art. 2178 del Código de Procedimientos.

Tercero: que dentro de seis meses se examine de nuevo como quiere el Ministerio Público, al incapacitado.

Cuarto: que sin perjuicio de lo anterior se prevenga al tutor definitivo dé cuenta al juzgado antes de los seis meses, con los cambios y modificaciones que se operen en el estado intelectual del enfermo para proceder á lo que ordena el artículo 521 del Código Civil.

Quinto: con arreglo á lo que ordena el artículo 225, publíquese lo determinado en este fallo en el *Diario Oficial* y hágase saber como es de costumbre.

Así lo decretó y firmó el Sr. Juez 5º de lo Civil, Lic. Manuel C. Tello. Doy fe.—*Manuel C. Tello.*—*Sebastián Peñaloza.*

APENDICE LETRA G

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO.

Tercera Sala. °

Magistrados: CC. Lics. J. Bibiano

Beltrán, Luis Malanco, Aurelio Remis Portugal.

Secretario: Angel Zavála.

Restitución in integrum.—¿Procede contra contratos celebrados por la mujer casada, menor de edad, que fué asistida desu marido al celebrarlos?—¿Dicho recurso es exclusivo para los sugetos á tutela?—Emancipación.—¿La produce de derecho el matrimonio del menor?—¿Pueden ser atacados por la via de restitución los actos del menor emancipado, si no son de aquellos en los que exige la ley la intervención de un tutor?—Falsedad, simulación.—¿Puede fundarse en esas excepciones la restitución "in integrum," ó son incompatibles con este recurso, porque legalmente solo puede recaer sobre actos válidos?—Restitución contra actos judiciales.—¿Cuándo procede?—¿Es admisible, en general, la demanda de restitución sin la prueba previa de que los bienes del tutor no alcanzan para indemnizar al menor perjudicado?—Promesa de hipoteca.—La que hiciere el menor emancipado por obra de la ley, ¿está sometida á los mismos requisitos que la constitución formal de una hipoteca?

México, Abril 28 de 1883.

Vistos estos autos que ante el Juzgado segundo de lo Civil promovió el Lic. D. Pedro Collantes y Buenrostro vecino de esta capital, como apoderado de la Sra. D^a Ana Jimenez de Belauunzarán, vecina de Guanajuato, contra D. Enrique Baz, patrocinado primeramente por el Lic. D. Indalecio Sánchez Gavito y á lo último por el Lic. Prisciliano Díaz González, los tres vecinos también de esta capital, demandando el señor Collantes

LXXII

APÉNDICE

al señor Baz, en vía sumaria, la restitución *in integrum* del contrato que con él había celebrado la Señora su poderdante y pidiendo se declare en definitiva la insubsistencia del juicio ejecutivo que se ha seguido en virtud del mismo contrato, más la indemnización legal de perjuicios y la condenación correspondiente de costas.

Vistas las excepciones opuestas por parte del demandado, las pruebas rendidas por ambas partes, los alegatos de los respectivos patronos, los pedimentos del Representante del Ministerio Público, la sentencia pronunciada en primera instancia, por la que se declaró:

I. Se rescinde el contrato contenido en la escritura de 28 de Enero de 1875, otorgado por la Sra. Ana Jimenez de Belaunzarán y el C. Enrique Baz.

II. Queda por tanto sin efecto alguno dicho contrato y escritura, así como el juicio ejecutivo é incidentes y recursos ordinarios y extraordinarios que á él re referan y que intentó en virtud de esa escritura y contrato el C. Baz contra la Sra. Jiménez de Belaunzarán.

III. En consecuencia, la hacienda de San José del Jaral, con todos sus frutos, así como las cantidades de dinero que por gastos y costas de aquel juicio ejecutivo, incidentes y recursos hubiese satisfecho la señora nombrada, le sean devueltos y entregados por el C. Baz y el depositario nombrado, dentro del término de diez días, y no se entregarán á este ciudadano las otras cantidades que por las causas expresadas adendare á este ciudadano la Sra. Jiménez de Belaunzarán.

IV. Regístrese esta sentencia conforme á la ley.

V. No se hace condenación en costas por no haber mérito para ello.

Vista la apelación que de esta sentencia interpusieron, la parte de Baz y el representante del Ministerio Público, la mejora del recurso, la promoción de la deserción de la alzada que pidió la parte de la Sra. Belaunzarán, la resolución dada por esta tercera Sala, la citación para la vista del negocio; oída la relación que en ésta hizo la Secretaría, y el informe que en ella produjo el abogado Díaz González patrono de Baz; vistos por último los apuntes del informe que correspondió producir á la parte de la Sra. Jiménez de Belaunzarán y que últimamente ha presentado el Lic. D. Manuel Inda, como apoderado y patrono suyo.

APÉNDICE

LXXIII

Resultando: Que en 28 de Enero de 1875 y por ante el Notario D. Francisco Querejazu y testigos correspondientes, comparecieron Doña Ana Jiménez de Balaunzarán, asistida y autorizada por su marido Don Pedro Balaunzarán y D. Enrique Baz, y declarando la Señora que era dueña en pleno dominio de la hacienda de San José del Jaral, y que en viatud de varias cuentas y negocios mercantiles seguidos hacía algún tiempo la exponente en unión de Baz, habían procedido últimamente á practicar en lo privado la liquidación respectiva, de lo que resultaba haber á cargo de la comparente y á favor de Baz, un saldo de 5,000 pesos; que la Señora había convenido con su acreedor en satisfacerle ese saldo en los términos y bajo las condiciones siguientes: Primera: Doña Ana Jiménez de Balaunzarán declara que es deudora por la razón expresada, á D. Enrique Baz, de la suma de 5,000 pesos, que se obliga á devolver en el término de diez meses, causando la cantidad el rédito del uno por ciento mensual. Segunda: En garantía de esta responsabilidad que contrae la Sra. Jiménez de Balaunzarán, ofrece hipotecar la hacienda mencionada de San José del Jaral. Tercera: Para que la escritura hipotecaria pueda otorgarse con los requisitos legales en el término de tres meses, la Sra. Balaunzarán, en ese plazo exhibirá los títulos respectivos. Cuarta: Por sólo el hecho de no otorgarse la escritura de hipoteca, en el plazo fijado de tres meses, se dará por vencido el designado para la redención de los 5,000 pesos, y esta cantidad con los gastos, daños y perjuicios consiguientes, podrán exigirse desde luego. Quinta: La escritura hipotecaria de que se ha hecho mérito, deberá contener todas las seguridades y garantías convenientes al acreedor. Sexta: La Sra. de Balaunzarán desde luego y sin necesidad de la escritura hipotecaria se obliga á no vender, gravar ni afectar con responsabilidad alguna la hacienda de San José del Jaral, sin consentimiento del Sr. Baz dado por escrito, y Séptima: Para mayor seguridad de lo estipulado en la cláusula cuarta, la Sra. de Balaunzarán entrega al Sr. Baz una libranza por valor de los 5,000 pesos, aceptada por la Señora y girada por su marido D. Pedro Balaunzarán.

Resultando: Que en el mismo año de 1875, se presentó el Sr. Baz al Juez 3º de lo Civil de esta Capital, y alegando que la Sra. Jiménez de Balaunzarán no había cumplido con lo estipulado en el contrato antes dicho, abrió juicio ejecutivo pi-

LXXIV

APÉNDICE

diendo mandamiento de ejecución para que la parte de la Sra. fuera requerida de pago de los cinco mil pesos, réditos y costas, protestando admitir en cuenta justos y legítimos pagos; que abierto el juicio expresado por señalamiento de Baz, quedó embargada la hacienda de San José del Jaral; que en 21 de Abril de 1876, se pronunció sentencia de remate, declarándose, entre otras cosas, que no habiendo opuesto excepción alguna el ejecutado y habiendo aprobado su acción el ejecutante, la parte de la Sra. Jiménez de Balaunzarán debió pagar á D. Enrique Baz la cantidad de cinco mil pesos, réditos, costas y gastos, llevándose adelante la ejecución hasta hacer tranco y remate de la finca embargada; que notificada esa sentencia de remate á la parte de la Señora apeló, y que, admitida la apelación solo en el efecto devolutivo, continuó el juicio hasta hacerse á Baz adjudicación en pago, de la hacienda de San José del Jaral; que promovida por la parte de Baz la deserción de la apelación que se interpuso por la Sra. Jiménez de la sentencia de remate, la 2.ª Sala de este Tribunal Superior declaró desierta esa apelación y que entablado por la parte de la Señora el recurso de casación del auto de la 2.ª Sala en que declara tal deserción, la 1.ª Sala de este Tribunal Superior falló: que no era de casarse el auto expresado y que se confirmaba en todas sus partes; por último, que siguiendo el juicio ejecutivo su vía de apremio y casi ya al terminar, la parte de la Sra. Balaunzarán en 11 de Marzo de 1878, ha promovido el recurso de restitución *in integrum* contra el contrato que ella y D. Enrique Baz, otorgaron y escrituraron ante el Notario Querejazu y contra el juicio ejecutivo seguido á consecuencia de ese contrato.

Resultando: Que la parte de la Sra. Jiménez de Balaunzarán hace estribar su recurso de restitución *in integrum* intentado, en que, según la partida de nacimiento que exhibe cuando ella otorgó el contrato con Baz ante el Notario Querejazu, en 28 de Enero de 1875, tenía 20 años de edad; que no ha tenido las cuentas ni debe á Baz los cinco mil pesos que reza el mencionado contrato, ó que si se le ha debido han sido sólo 500 pesos; en que el contrato celebrado por una mujer casada menor de edad, sin las solemnidades judiciales prescritas por la enagenación ó gravamen de sus bienes raíces es nulo, y en que no debiendo nada ó en caso de deber, reduciéndose la deuda á 500 pesos, el contrato tan repetido perjudica á una menor

APÉNDICE

LXXV

de edad, que sufre las consecuencias de un juicio desfavorable en que se han agotado todos los recursos, incluso el de casación.

Resultando: Que celebrada ante el Juez la junta de los interesados y el representante del Ministerio público conforme á la ley de procedimientos vigente en 1878 y repetidas ante aquel funcionario las razones de la parte de la Sra. Jiménez, fundando su recurso de restitución *in integrum* entablado y oídas las razones de la parte de Baz y del representante del Ministerio Público, oponiéndose á la admisión del recurso, reducidos los de los últimos en la principal, á que la Señora se había manifestado mayor de edad en el testimonio del contrato de 28 de Enero de 1875, á que no la competía el recurso por no estar sujeta á la tutela cuando había celebrado el mismo contrato, á que había ofrecido una hipoteca, lo que no le era prohibido, ya que en el juicio ejecutivo sólo se había perseguido el cumplimiento de una obligación personal, el Juez resolvió que era de admitirse y se admitió para los efectos legales el recurso de restitución *in integrum* promovido, recibiendo á prueba el juicio respectivo según su estado.

Resultando: Que entre las pruebas rendidas aparece un coitejo judicial por el cual se ve que la Sra. Belauzarán está en la matriz de la escritura del contrato celebrado ante el escribano Querejazu con 20 años de edad, en vez de estar con 28 como se expresa con el testimonio de esa escritura, presentado por Baz para el juicio ejecutivo.

Considerando: Que la menor edad de la Sra. Jiménez de Belauzarán al celebrar el contrato de que pide restitución *in integrum* si bien en lo general no se prueba con la partida de nacimiento que presentó, por no tener los requisitos legales (artículo 778 del Código de procedimientos de 1872 y art. 722 del Código de Procedimientos actual), y estar sin la información respectiva de identidad, se debe tener como admitida por el Sr. Baz, porque según la matriz ó la escritura del protocolo que manifiesta el contrato expuesto, la señora dijo al otorgarlo, con el concurso de Baz, que tenía 20 años y Baz hizo ese contrato con ella con ese conocimiento, sin hacer objeción alguna al guarismo de la edad que la señora expresó.

Considerando: que la Sra. de Belauzarán, menor de edad y casada, pudo con solo la licencia de su marido, celebrar con el Sr. Baz el contrato que celebró, sin fundar para el porvenir una causa legal de restitución, pues expresando el contrato

por parte de la señora solo el reconocimiento de una deuda y el convenio de pagarla en un plazo dado, con causa de réditos, con la oferta de una hipoteca, el consentimiento de no vender ni gravar la Hacienda del Jaral, de su propiedad y la entrega de una libranza por la cantidad reconocida en garantía del contrato, la señora menor de edad por los años, pero casada y por lo mismo, de derecho emancipada (art. 689 del Código Civil), con la emancipación del matrimonio, que como afirman los autores de nuestro Código Civil, pone término á la menor edad, sin sujeción á la tutela, de la que solo son objeto los menores no emancipados (arts. 430 y 431 del Código Civil); hecha por su emancipación *sui juris in omnibus et per omnia*, como recuerda uno de los patronos de Baz que decía la jurisprudencia antigua, con el derecho de gobernarse y de administrar sus bienes con libertad, (art. 692 del Código Civil), sin más límite que el no aplicable al caso, de que se tratará en el siguiente considerando, la señora con tales circunstancias que definen en la filosofía del derecho, su completa legal personalidad al otorgar el contrato que otorgó con Baz, pudo con solo el requisito que empleó, cual fue la licencia de su marido, constituir en ese contrato las obligaciones personales que contrajo, tan personales esas obligaciones, que si la señora hubiera hipotecado ó gravado su Hacienda del Jaral referida, á otra persona, Baz no tendría derecho ninguno real establecido que conforme á las leyes afectan dicha Hacienda para perseguirla y reclamarla contra la persona que había contratado con la señora, sino solo derecho contra esta por el convenio que con Baz había celebrado (arts. 1442 y 1443 del Código Civil).

Considerando: que no siendo una verdadera hipoteca sobre un bien raíz, la simple oferta de constituirla, ni siendo un verdadero gravámen sobre ese bien el simple consentimiento, la voluntad expresada, sin traducirlos á formas legales, de constituir y respetar el propio gravámen; la Sra. de Belaunzarán, menor de edad, pero casada y emancipada, en su contrato con el Sr. Baz, no estuvo en el caso de la disposición de la ley que manda que la menor casada no puede enagenar, hipotecar ni gravar sus bienes raíces sin la autorización judicial que prescribe para esos casos (art. 692, frac. 2.ª del Código Civil.)

Considerando: Respecto del daño ó sea la falsedad y simulación que la parte de la Sra. Belaunzarán alega para pedir la restitución *in integrum* del repetido contrato: que esos alega-

APÉNDICE

LXXVII

tos, en recta jurisprudencia, no dan ni pueden dar el efecto legal que la señora desea: primero, porque ésta, teniendo como se ha demostrado, capacidad legal al celebrar el contrato, sin coacción y con la asistencia de su marido, como el mismo contrato dice, declaró ella misma eso que ella llama una falsedad, que es haber tenido negocios mercantiles con el Sr. Baz, y eso que llama una simulación que es haber salido debiéndole por liquidación de tales negocios \$5,000. Segundo: porque la falsedad y simulación, excepciones perentorias propias del juicio ejecutivo que se siguió á virtud del contrato expresado, en cuyo juicio no se opusieron, fundando en el de la restitución de que se viene tratando, no la rescisión sino la nulidad del mismo contrato, excluyen el beneficio de la restitución *in integrum* que, como es de obvio derecho, solo puede tener lugar en negocio válido (art. 1770 Código Civil). Tercero: Porque la señora pretende probar la falsedad y simulación referidas con una prueba testimonial, con una confesión presunta, resultando de que su contrario no absolvió unas posiciones que ella le articuló y con un documento privado firmado por el propio contrario, pruebas que por una parte examinadas lógicamente en su relación, no son exactamente contradictorias á los hechos en que se hace consistir la falsedad y simulación, por otra adolecen de vicios muy importantes: la testimonial, según el artículo 796 del Código de Procedimientos de 1872, concordante del artículo 740 del vigente, la confesión por no estar consentida por el reputado confeso, sino apelada y no decidida la apelación, y el documento privado por no haber sido considerado con el valor que se considera en el juicio ejecutivo del cual ha sido tomado; y por otra parte, porque por perfectas que sean esas pruebas, no pueden sobreponerse á las del instrumento público solemne, en que el contrato, como se expresa, fué consignado, y á la sentencia de remate del juicio, ejecutoriada y mandada cumplir, por cuya sentencia ese contrato quedó elevado á la alta categoría de la indestructible verdad legal, (art. 883 Código de Procedimientos actual.)

Considerando: Que si la restitución *in integrum* no procede contra el contrato escriturado que la Sra. de Belánzarán celebró con Baz, queda implícitamente decidido que no procede contra el juicio ejecutivo seguido á virtud del propio contrato, pues en primer lugar, así lo exige el orden jurídico lógicamente forzoso de las ideas, y en segundo lugar, el recurso de restitución,

ción lo entabla la parte del la Señora contra el contrato como principal y contra el juicio ejecutivo como consecuencia de tal contrato.

Que aun en el caso de estar dirigido el recurso de restitución *in integrum*, contra el juicio ejecutivo instaurado y continuado á virtud del ya referido contrato, y contra la ejecutoria en ese juicio dictada, ese recurso no es procedente ni puede surtir sus efectos según lo ha demandado la parte de la Señora; por que conforme á la ley 2ª, tit. 25, Partida 3ª y art. 687 del Código Civil y la autoridad del conde de la Cañada, juicio civil edic. 1850, Part. 1ª cap. 9º núm. 83, y la del N. Febrero Mexicano, tomo 1º cap. 6º núm. 9, si la restitución *in integrum* tuviera lugar contra el juicio, como la Señora sostiene, sería por el daño que siendo ella menor de edad la hubiera causado ese juicio mismo, y la restitución entablada por ella no ha sido por tal motivo, y si procediere la restitución contra la sentencia ejecutoria, como la Señora demanda, sería para que siendo ella menor, también se hubiera pronunciado esa ejecutoria, agotados por parte de la Señora todos los recursos ordinarios que la conceden las leyes para evitar de aquella sentencia sus desfavorables efectos. Y está probado que se comenzó el juicio, siendo la Señora menor de edad pero que una gran parte de él se siguió, que se sentenció y se ejecutó la sentencia siendo la Señora ya mayor de edad y que la ejecutoria resultó, no agotando sino abandonando la Señora el recurso de apelación hasta declararse esta desierta, y á virtud de la casación intentada y declarada no procedente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada.

Considerando: Que aun suponiendo que tuviera lugar el recurso de restitución entablado por la Sra. Belaunzarán, por estar justificado que había sido menor incapacitada, bajo la tutela de su marido y que entonces recibiera el daño de que se queja, no procedería desde luego ese recurso contra Don Enrique Baz como la Señora lo intenta, por faltar la ejecución en debida forma que respecto del mencionado tutor establece el art. 638 del Código Civil, relacionado con el 1843 del mismo Código.

Por las circunstancias y fundamentos expuestos y con el de la disposición general del art. 196 del Código de Procedimientos Civiles. Se revoca en sus cuatro primeras proposiciones la sentencia apelada de que se ha hecho relación y se falla:

APÉNDICE

LXXIX

Primero. Que no es de concederse ni se concede el recurso de restitución *in integrum* entablado por la Señora Ana Jiménez de Belaunzarán, contra el contrato escriturado que otorgó con Don Enrique Baz ante el Notario Francisco Querejazu, en 28 de Enero de 1875, ni contra el juicio ejecutivo en todas sus partes, seguido á virtud del referido contrato, quedando en consecuencia subsistentes ámbos.

Segundo. Cada parte pague las costas que haya causado en las instancias de este juicio.

Tercero. Prevéngase á Don Enrique Baz, que reponga la diferencia del valor que hay entre las estampillas que ha usado y las de cincuenta centavos que corresponden conforme á la ley. Hágase saber y con testimonio de la presente, vuelvan los principales al Juzgado de su origen para los efectos legales y archívese el Toca.

Así por unanimidad lo proveyeron y firmaron los CC. Presidente y Magistrados que forman la Tercera Sala del Tribunal Superior del Distrito.—*J. Bibiano Beltrán. Luis Malanco. Aurelio Remis Portugal. Angel Zavalza, secretario.*

APLICACIÓN DEL ART. 637 DEL CÓDICO CIVIL Y DE LA

LEY 3ª, TIT. 25. PARTIDA 3ª

México, Enero 11 de 1884.

Visto en casación el juicio seguido por la Sra. Dª Ana Jiménez de Belaunzarán contra D. Enrique Baz, sobre restitución *in integrum* del contrato que ámbos celebraron, consignándolo en la escritura de veintiocho de Enero de mil ochocientos setenta y cinco y del juicio ejecutivo que promovió el Sr. Baz contra la Sra. Jiménez para hacer efectivo ese contrato: vistas las constancias del juicio ejecutivo y las del sumario sobre restitución *in integrum*: la sentencia que en éste se pronunció por el Juez 2º de lo Civil, el día once de Junio de mil ochocientos setenta y nueve, declarando procedente la restitución y mandando volver las cosas al estado que tenían antes de ce-

LXXX

APÉNDICE

lebrado el contrato, con las correspondientes devoluciones y registro de la sentencia: la apelación interpuesta por la parte de Baz, á la que se adhiere el Ministerio Público; el fallo pronunciado por la tercera Sala de este Superior Tribunal, en el que revocando la sentencia de once de Junio, declaró: primero, que no es de concederse ni se concede el recurso de restitución *in integrum* entablado por la Sra. D^a Ana Jiménez de Belaunzarán contra el contrato escriturado que otorgó con D. Enrique Baz ante el Notario D. Francisco Querejazu, el veintiocho de Enero de mil ochocientos setenta y cinco, ni contra el juicio ejecutivo en todas sus partes, seguido á virtud del referido contrato, quedando, en consecuencia, subsistentes ámbos; segundo, que cada parte pague las costas que haya causado en las dos instancias de este juicio; y tercero, que se prevenga á D. Enrique Baz que se reponga la diferencia del valor que haya entre las estampillas que ha usado y las de cincuenta centavos que corresponden conforme á la ley: visto el escrito del representante de la Señora Jiménez de Belaunzarán, en el que introduciendo el recurso de casación bajo sus dos aspectos contra la sentencia de segunda instancia, alega como infringidos, en el procedimiento, los arts. 1475, 1476 y demás relativos del respectivo Código, y en el fondo los 205, 279 á 687, 689, 692, especialmente en su frac. 2^a; 874, 1388, 1535, 1770, 1773, frac. 1^a, 1843, 1940, 1949, 2094, 2133, 2134, 2158, del Código Civil y 171 á 173, 883, 885, frac. 1^a y 2^a; 946 y 947 del Código de Procedimientos de quince de Agosto de mil ochocientos setenta y dos y sus concordantes del de quince de Septiembre de mil ochocientos ochenta; las leyes 2^a tít. 13, y 2^a tít. 25 de la Partida 3^a, y además todas las disposiciones no citadas antes y sí comprendidas de una manera expresa en el fallo del inferior de once de Junio de mil ochocientos setenta y nueve: y vistos, en fin, los apuntes del Ministerio Público y oído lo alegado en el acto de la vista por el Lic. D. Manuel Inda, representante de la Señora Jiménez y por el Lic. Prisciliano Díaz González á nombre de Baz.

Resultando: Que en 28 de Enero de mil ochocientos setenta y cinco, y por ante el Notario Público D. Francisco Querejazu y testigos correspondientes, comparecieron Doña Ana Jiménez de Belaunzarán y Don Enrique Baz, y declarando la señora, que era dueña en pleno dominio de la hacienda de San José del Jaral, y que en virtud de varias cuentas y negocios

APÉNDICE

LXXXI

mercantiles seguidos hacia algún tiempo por la exponente en unión de Baz, había procedido últimamente á practicar en lo privado la liquidación respectiva, de la que resultaba haber á cargo de la comparente y á favor de Baz, un saldo de cinco mil pesos; que la Señora había convenido con su acreedor en satisfacerle ese saldo en los términos y bajo las condiciones siguientes: Primera: Doña Ana Jiménez de Belaunzarán declara que es deudora por la razón expresada, á D. Enrique Baz, de la suma de cinco mil pesos, que se obliga á devolver en el término de diez meses, causando la cantidad el rédito del uno por ciento mensual. Segunda: En garantía de esta responsabilidad que contrae la Señora Jiménez de Belaunzarán, ofrece hipotecar la hacienda mencionada de San José del Jaral. Tercera: Para que la escritura hipotecaria pueda otorgarse con los requisitos legales en el término de tres meses, la Señora Belaunzarán en ese plazo exhibirá los títulos respectivos. Cuarta: Por el solo hecho de no otorgarse la escritura de hipoteca en el plazo fijado de tres meses, se dará por vencido el designado para la redención de los cinco mil pesos, y esta cantidad con los gastos, daños y perjuicios consiguientes, podrán exigirse desde luego. Quinta: La escritura hipotecaria de que se ha hecho mérito, deberá contener todas las seguridades y garantías convenientes al acreedor. Sexta: La señora de Belaunzarán, desde luego y sin necesidad de la escritura hipotecaria, se obliga á no vender, gravar ni afectar con responsabilidad alguna la hacienda de San José del Jaral, sin consentimiento del Sr. Baz, dado por escrito. Séptima: Para mayor seguridad de lo estipulado en la cláusula cuarta, la Señora de Belaunzarán entrega al Sr. Baz una libranza por valor de los cinco mil pesos expresados, aceptada por la Señora y girada por su marido D. Pedro Belaunzarán.

Resultando: Que el mismo año de mil ochocientos setenta y cinco, se presentó el Sr. Baz al Juez tercero de lo Civil de esta Capital, y alegando que la Sra. Jiménez de Belaunzarán no había cumplido con lo estipulado en el contrato antes dicho, abrió juicio ejecutivo pidiendo mandamiento de ejecución, para que la parte de la Señora fuera requerida de pago de los cinco mil pesos, réditos y costas, protestando admitir en cuenta, justos y legítimos pagos; que abierto el juicio expresado por señalamiento de Baz, quedó embargada la hacienda de San José del Jaral; que en veintiuno de Abril de mil ochocien-

LXXXII

APÉNDICE

tos setenta y seis, se pronunció sentencia de remate, declarándose, entre otras cosas, que no habiendo opuesto ninguna excepción el ejecutario, y habiendo probado su acción el ejecutante, la parte de la Sra. Jiménez de Belauñarán debía pagar á D. Enrique Baz la cantidad de cinco mil pesos, réditos, costas y gastos, llevándose adelante la ejecución, hasta hacer trunco y remate de la finca embargada; que notificada esa sentencia de remate á la parte de la Señora, apeló, y que admitida su apelación sólo en el efecto devolutivo, continuó el juicio hasta hacerse á Baz adjudicación en pago, de la hacienda de San José del Jaral; que promovida por la parte de Baz la deserción de la apelación que se impuso por la Señora Jiménez de la sentencia de remate, la segunda Sala de este Tribunal Superior declaró desierta esa apelación, y que entablado por la parte de la Señora el recurso de casación del auto de la segunda Sala, en que declara tal deserción, la primera Sala de este Tribunal Superior falló que no era de casarse el auto expresado y que se confirmaba en todas sus partes; por último, que siguiendo el juicio ejecutivo su vía de apremio, y casi ya al terminar, la parte de la Señora de Belauñarán, en once de Marzo de mil ochocientos setenta y ocho, ha promovido el recurso de restitución *in integrum* contra el contrato que ella y D. Enrique Baz otorgaron y escrituraron ante el Notario Quejazu, y contra el juicio ejecutivo seguido á consecuencia de ese contrato.

Resultando: Que seguido el juicio por todos sus trámites, se pronunció sentencia por el Juez 2º de lo Civil, el día once de Junio de mil ochocientos setenta y nueve, resolviendo lo siguiente: "Primero: se rescinde el contrato contenido en la escritura de veintiocho de Enero de mil ochocientos setenta y cinco, otorgado por la Señora Doña Ana Jiménez de Belauñarán y el C. Enrique Baz. Segundo: Queda por tanto sin efecto alguno dicho contrato y escritura, así como el juicio ejecutivo é incidentes y recursos ordinarios y extraordinarios que á él se refieren y que intentó en virtud de esa escritura y contrato el C. Baz contra la Señora Jiménez de Belauñarán. Tercero: En consecuencia la hacienda de San José del Jaral, así como las cantidades de dinero que por costas y gastos de aquel juicio ejecutivo, incidentes y recursos, hubiera satisfecho la Señora nombrada, le serán devueltos y entregados por el C. Baz ó el depositario nombrado dentro del término de

APÉNDICE

LXXXIII

diez días y no se entregarán á este ciudadano las otras cantidades que, por las causas expresadas, adendare á este ciudadano la Señora Jiménez de Belauñarán. Cuarto: Regístrese esta sentencia con arreglo á la ley. Quinto: No se hace condenación en costas por no haber mérito para ello.

Resultando: Que apelada esta sentencia por el Ministerio Público y por Baz y seguida la segunda instancia por sus trámites legales, la tercera Sala de este Superior Tribunal en veintiocho de Abril próximo anterior, dictó la resolución antes expresada y hecha saber á las partes, la de la Señora Jiménez, introdujo el presente recurso de casación que se ha sustanciado hasta ponerse en estado de fallarse; y

Considerando: Que la solicitud del representante de la Señora Jiménez de Belauñarán, para pretenderse declare procedente la casación del fallo pronunciado por la tercera Sala, tiene dos fundamentos capitales: uno sobre el procedimiento, alegando que no se le citó para sentenciar; y otro sobre el fondo del negocio, en virtud de que, según su parecer, las decisiones son contrarias á la letra de disposiciones aplicables al caso, materia del debate en unos puntos, y en otras á su interpretación natural y genuina.

Considerando: Que en lo relativo al procedimiento, que es lo que previamente debe examinarse, conforme lo dispone el art. 1544 del correspondiente Código, basta dar una ojeada á los autos y comparar sus constancias con las violaciones expresadas en el escrito de introducción del recurso, para convencerse hasta la evidencia, de que el representante de la Señora Jiménez de Belauñarán, al citar como infringidos los arts. 1475 y 1476, citó disposiciones que no pudieron infringirse, porque las que se invocan se encuentran en el art. 12 cap. 1º, que tiene por rubro: "De la apelación en juicio ordinario" y el de restitución *in integrum*, es sumario, art. 681 del Código Civil; así que tratándose de un juicio que tiene sus reglas especiales en el cap. 2º del mismo título para la sustanciación de la segunda instancia, no pudieron aplicarse los artículos que se designan, y por lo mismo se hallan fuera de la posibilidad de haber sido violados.

Considerando: Que en lo conducente al fondo hay que examinar dos cuestiones, que son: primera, si procede la casación contra la validez que la sentencia de la tercera Sala dió al contrato que se consiguó en la escritura de 28 de Enero de

LXXXIV

APÉNDICE

mil ochocientos setenta y cinco; y segunda, si procede el recurso contra la propia sentencia, por haberle negado en ella la restitución del juicio ejecutivo que motivó la escritura de veintiocho de Enero.

Considerando: Que prescindiendo de las muy buenas razones jurídicas de la sentencia de segunda instancia, para haber negado el recurso en lo concerniente al contrato; existe además otra para que no se hayan infringido los artículos que se citan por el recurrente, y es, que el remedio de la restitución *in integrum*, según lo enseñan los prácticos, y entre ellos Antonio Gómez, Var. Resol., tom. 2º, cap. 14, núm. 8, tiene que hacerse valer de una de dos maneras; ó como acción, ó como excepción; y en uno ú otro caso se deja entender que en el de que se trata, la Señora debió hacer uso de su derecho antes de que se pronunciara sentencia definitiva, para hacer efectivo el contrato, pues entablado como se ha hecho, después de la sentencia, se opone la cosa juzgada, y de concederlo resultaría que una excepción muerta revivía bajo la forma de acción, la cual equivaldría á admitir una defensa fuera de su oportunidad. A este propósito el mencionado Antonio Gómez, en el mismo lugar, al equiparar la restitución *in integrum* con la non numerata pecunia viene implícitamente apoyando el concepto expresado, pues así como al que demandan el valor de un vale, sino opone la excepción referida y es condenado al pago del importe del documento, después no pudo intentar juicio sobre la devolución de ese mismo documento; de la misma manera, una vez demandada la Señora Jiménez sobre el cumplimiento del contrato, si no opuso el beneficio de la restitución y se le condenó, no puede a posteriori, por vía de acción destruir la validez del contrato sin obtener la nulidad de la sentencia que sobre él recayó.

Considerando: Que en lo concerniente al remedio contra el juicio, ninguno de los artículos que constan citados en el escrito de introducción, ameritan la casación, y antes por el contrario, la ley 3ª, tit. 25 de la Partida 3ª, contradice la solicitud al ordenar que el remedio de la restitución *in integrum* puede pedirse ante el mismo juez que pronunció la sentencia ó ante su mayoral, cuyo concepto se aclara en la glosa segunda de la misma ley, con estas palabras: "*Potest petitorum superiore restitutio ad appellandum á sententia;*" de manera que habiendo apelado el representante de la Señora recurrente, de la

APÉNDICE

LXXXV

sentencia pronunciada en el juicio ejecutivo, entonces, y ante el mayoral, como dice la ley, pudo hacer valer el derecho de restitución por vía de agravio, si creía que lo tenía; pero apelar, desatar del recurso y después entablar el juicio restitutorio ante el Juez, no puede permitirse en la jurisprudencia sin atacar el orden que establece para el ejercicio de las acciones. Y no se alegue que el art. 687 del Código Civil, que dice: "Este recurso es subsidiario y sólo podrá entablar-se cuando no hay lugar á otro recurso," deroga la ley de Partida, porque si se interpreta aquel por ésta, se comprenderá que lejos de derogarla la confirma, supuesto que habiendo habido el recurso de apelación de la sentencia de que se trata, el expresado art. 687 le niega el de restitución, como lo hace la ley 3.^a del tit. 25 de la Partida 3.^a.

Considerando: Que aun suponiendo dudosa y discutible la aplicación del art. 687, no obstante, en la sentencia no puede haberse infringido al negar el remedio intentado, porque el veintinueve de Abril de mil ochocientos setenta y cinco que se promovió el juicio afinado en la vía ejecutiva, la Señora había cumplido veintinueve años, y como la ley 2.^a del título y Partida citados manda que "maguer el pleyto fuesse comenzado á la saçon que ellos eran menores, si el juicio diessen después en tiempo que ellos fuessen de edad cumplida, entonces el juicio no se puede desatar por manera de restitucion, como quier que se pueden alçar del siquisieren," que es lo que hizo la Señora; contra tan explícita disposición, la negativa fué justa y arreglada á derecho, y

Considerando por último: Que no siendo legal la restitución in integrum del juicio que se pronunció siendo la Señora mayor, es una consecuencia necesaria la subsistencia del contrato que lo produjo, y que bajo este concepto la sentencia pronunciada en todas sus partes siguió las disposiciones de la ley. Por estas consideraciones y fundamentos legales, se falla:

Primero: El recurso de casación ha sido legalmente interpuesto:

Segundo: No es de casarse ni se casa, sino que se confirma la sentencia pronunciada por la tercera Sala de este Superior Tribunal el día veintiocho de Abril del año próximo pasado.

Tercero: Se condena á la Sra. Jimenez de Belanuzarán al pago de las costas, daños y perjuicios que haya originado á su colitante por este recurso.

LXXXVI

APÉNDICE

Hágase saber, publíquese en el "Diario Oficial" y "Foro" y con testimonio de este auto, remítanse los de la materia á la Sala de su origen, para los efectos legales. Así por unanimidad lo proveyeron los Señores Presidente y Magistrados que forman la primera Sala de este Superior Tribunal de Justicia del Distrito, y firmaron hasta hoy que se expensaron las estampillas.—*I. Cejudo.—Antonio Aguado.—Carlos Flores.—José Q. Domínguez.—José P. Mateos.—J. M. Vega Limón, Secretario.*

INDICE

DE LAS

MATERIAS CONTENIDAS

EN EL

TOMO QUINTO

TITULO OCTAVO.

De la patria potestad.

CAPITULO I.

De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos (arts. 363 á 373).

SECCION 1ª

Antecedentes históricos.

Núms.		Págs.
1	Rigor de la patria potestad romana en los tiempos primitivos.—Su atenuación progresiva durante el Imperio.—Origen de los peculios.....	6
2	¿Cuáles eran las condiciones de los varios peculios y qué participio se concedía al padre en ellos?—De los peculios castrense y cuasicastrense.....	10
3	¿Cómo se adquiría la patria potestad y por quienes podía, ser ejercida?—Exclusión de la madre de to-	

Núms.	Págs.
	da autoridad doméstica.—Reforma de esta dura legislación durante el Imperio.....
4	Saludable influencia del Cristianismo en favor de la madre.....
5	Legislación antigua española sobre el personal de la patria potestad y sobre bienes de los hijos.....
6	Legislación bárbara sobre la patria potestad.....

Derecho moderno.

	¿A quienes pertenece la patria potestad?—¿Sobre quienes se ejerce y cuáles son sus efectos personales?
7	Sentido de la patria potestad según el Código de Napoleón.—Nuestra legislación Nacional.....
8	¿En qué casos entra á ejercer la patria potestad cada una de las personas designadas con derecho á ella?—Dudas á que da lugar el Código francés.—Nuestra legislación nacional.....
9	¿Qué decidir cuando cae en interdicción la persona que ejerce la patria potestad?.....
10	La declaración de incapacidad, que ha motivado la interdicción, puede dejar subsistente el derecho de educar á los hijos.....
11	Diferencias entre nuestro derecho y el francés en cuanto á que éste establece la coexistencia de la patria potestad y de la tutela en la madre viuda, mientras aquel sólo le otorga la primera.....
12	¿Sobre qué hijos se ejerce la patria potestad?—Silencio del Código francés sobre los hijos naturales....
13	¿La patria potestad existe en favor de los hijos expulsi- rios?.....

Núms.	Págs.
14	De los efectos personales de la patria potestad.—Del honor y respeto debidos á los ascendientes..... 34
15	El hijo sujeto á patria potestad debe vivir al lado del que la ejerce..... 36
16	¿Puede el hijo comparecer en juicio ó celebrar contratos sin permiso del que ejerce la patria potestad?..... 37
17	Del derecho de corrección y educación que tienen los padres respecto de sus hijos..... 39
18	¿Cómo debe ejercerse el deber de educación?..... 42

CAPITULO II.

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo (arts. 374 á 377).

SECCION 2.^a

	De la patria potestad en orden á los bienes materiales, sujetos á ella.
19	Razón de ser de la autoridad doméstica sobre los bienes de los hijos.—Silencio del Código francés en esta materia..... 49
20	Derechos del que ejerce la patria potestad como propietario, administrador y usufructuario sobre los bienes del hijo..... 53
21	¿Hay bienes que pertenecen al hijo en exclusiva y completa propiedad?—¿Con qué restricciones?... 57
22	¿Cuáles son las condiciones de la administración y usufructo que, á los que ejercen la patria potestad, pueden corresponderles en los bienes del hijo?—¿El derecho de administración legal es de tal manera inherente á la patria potestad, que en ningún caso pueda pertenecer á otro que al que la

Núms.	Págs.
	desempeña?..... 58
23	¿Puede el padre vender ó gravar los bienes del hijo? 60
24	Del caso de conflicto de intereses entre el que ejerce la patria potestad y el hijo..... 69
25	¿Cuál es el criterio para saber si tal conflicto existe? —¿Puede el padre administrador comprar los bienes del hijo?..... 72
26	Del derecho de usufructo concedido al padre administrador sobre los bienes de su hijo..... 75
27	¿El usufructo paterno tiene siempre lugar?..... 77
28	¿Sobre todos los bienes del hijo, sujeto á patria potestad, pertenece al padre el usufructo con sus exenciones?..... 77
29	Ningún usufructo pertenece al padre sobre aquellos bienes del hijo, de que fuere mero administrador. 78
30	De la obligación que incumbe á los padres de entregar á sus hijos, luego que se emancipen, todos los bienes y frutos que les pertenezcan..... 80
31	¿Puede el padre renunciar el usufructo que la ley le otorga sobre los bienes del hijo?..... 80
32	¿Puede el padre enajenar ó gravar el usufructo en favor de extraños?..... 82
33	Una cosa es el derecho de usufructo y otra, sus efectos ó resultados reales y positivos..... 83
34	¿Pueden los acreedores del padre reclamar contra su renuncia del usufructo, como fraudulenta de sus derechos?..... 84
35	¿Desde cuándo deben tomarse los frutos que al padre pertenecen sobre los bienes del hijo?..... 87
36	Continuación..... 88

CAPITULO III.

De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad
(arts. 388 á 402).

SECCION 3.ª

Término de la patria potestad y de los derechos
y deberes que le corresponden.

37	La patria potestad unas veces se acaba, otras se pierde y otras solamente se suspende.....	91
38	Casos de pérdida de la patria potestad.....	94
39	La simple inmoralidad del padre, aun sin importar delincuencia legal, basta para hacerle perder la patria potestad.....	96
40	Del abuso de la autoridad potestad.....	98
41	Casos de suspensión de la patria potestad.....	99
42	Uno de ellos, la incapacidad mental, debe haber sido declarado judicialmente.....	106
43	¿Qué decidir cuando se trata de pérdida ó suspensión de la autoridad paterna por razón de delito ó de actos que la ameriten, en orden á la persona que debe remplazar á la delincuente ó indigna?... 106	
44	La pérdida ó suspensión de la patria potestad ¿se refiere á todos los hijos, ó solamente á aquel que haya sido objeto del acto criminoso, ó incompatible con los fines de la autoridad paterna?.....	111
45	¿Hay otras causas de pérdida de la patria potestad, fuera de las expresamente mencionadas en los códigos?—¿La patria potestad puede ser renunciada?	112

Núms.		Págs.
46	¿Puede el padre poner alguna restricción al ejercicio de la patria potestad por lo que hace al ascendiente que le suceda en ella?.....	114
47	¿Puede el padre testador nombrar más de un consultor á la madre ó abuelas, designadas para la patria potestad?.....	117
48	¿A qué actos se refiere la obligación que la madre tiene de consultar en el ejercicio de la patria potestad á la persona ó personas designadas por el padre testador?.....	118
49	¿Puede el padre facultar á los consultores para que intervengan en la percepción por la madre del usufructo que la ley le concede?.....	120
50	¿Puede el padre encargar á los consultores, con exclusión de la madre, de la administración de los bienes del menor?.....	120
51	¿Cuál es la forma en la cual el padre puede hacer el nombramiento de consultores?.....	121
56	¿Puede el padre referir el nombramiento de consultores al hijo y no á la madre?.....	123
57	¿La obligación que la madre ó los abuelos en su caso tienen de consultar en el ejercicio de la patria potestad á la persona ó personas designadas por el padre testador, es sopena de nulidad de los actos practicados sin esa circunstancia?.....	123
58	Sanción establecida por nuestros legisladores respecto de la madre que desoye el dictamen de los consultores?.....	127
59	¿Cuál es el fin que nuestros legisladores se propu-	

...	sieron al dar al padre testador la facultad de nombrar consultores?.....	128
60	¿A qué momento debe atenderse para saber si el padre puede ó no ejercer la facultad de nombrar en su testamento consultores á la madre?.....	129
61	¿Es revocable este nombramiento por el padre?...	133
62	De la forma de la revocación.....	133
63	¿Pierde la patria potestad la madre ó abuela viuda que vive en mancebía?.....	134
64	¿Sucede lo mismo cuando la madre ó abuela viuda da á luz un hijo ilegítimo?.....	135
65	¿Las segundas nupcias de la madre le hacen perder la patria potestad?.....	137
66	¿Cómo suplir la cesación de la autoridad doméstica, al sobrevenir el segundo matrimonio de la madre?...	145
67	¿La madre binnva, vuelta á enviudar, recobra la patria potestad?—De los bienes reservaticios.....	145
68	¿El nombramiento de tutor testamentario hecho por el padre ó la madre, excluye de la patria potestad á los demás ascendientes?.....	148
69	¿Qué decidir, si el nombramiento de dicho tutor es hecho por otro ascendiente?.....	149

ADICION.

TITULO 8º

De la adopción (arts. 258 á 268 del Código de Tlaxcala).

Antecedentes históricos.

70	Carácter de la adopción en los pueblos antiguos...	152
----	--	-----

Núms.	Pags.
71 Dos especies de adopción.....	154
72 Condiciones para la adopción.....	155
73 Antigua legislación española.....	156
<i>Derecho moderno.</i>	
74 De la adopción según la legislación francesa.....	156
75 Nuestra legislación nacional en materia de adopción	157
76 Particularidades del Código de Tlaxcala sobre la misma materia.....	159
77 ¿Pueden adoptar las mujeres?.....	159
78 ¿Puede el tutor ó curador adoptar al pupilo?.....	160
79 ¿Varias personas pueden adoptar á un mismo hijo?	162
80 Dos personas ligadas entre sí por el vínculo del ma- trimonio ¿pueden adoptar?.....	163
81 ¿Puede el incapacitado adoptar?.....	165
82 ¿Las personas morales pueden adoptar?.....	166
83 ¿Puede un sacerdote católico adoptar?.....	166
84 ¿Quiénes pueden ser adoptados?.....	167
85 ¿Para la validez de la adopción de un hijo de fami- lia, necesitan consentir en ella sus ascendientes?	169
86 ¿Puede una persona casada darse en adopción?....	171
87 ¿Qué decidir en esta materia, cuando se trata de la esposa separada de su marido?.....	172
88 ¿Son aplicables en esta materia los principios que rigen la incapacidad de la mujer casada?.....	172
89 ¿Pueden ser adoptados los hijos naturales?.....	173
90 De las formalidades de la adopción.....	176
91 ¿Puede adoptar el que tenga ya hijos ó descendien- tes?—¿Estos han de ser ya nacidos en la época de verificarse aquella?.....	177

Núms.		Págs.
92	¿Hacen obstáculo á la adopción también los hijos naturales reconocidos?.....	178
93	¿Qué decir en esta materia en orden á los hijos legitimados por subsecuente matrimonio?.....	178
94	La adopción debe hacerse ante el Juez de 1ª Instancia y ser anotada por el Juez del Registro civil.....	179
95	¿Cuáles son los efectos de la adopción?.....	180
96	¿Cuál es la sanción de los preceptos legales en orden á la adopción?.....	184

ADICION.

Decreto del Gobierno del Estado de México sobre adopción (arts. 1 á 9).....	188
---	-----

TITULO NOVENO.

De la tutela.

CAPITULO 1º

Disposiciones generales (arts. 403 á 419)

SECCION 1ª

Antecedentes históricos.

97	Carácter de la tutela en derecho romano.....	192
98	Cuatro especies de tutela y curatela según la ley de las XII Tablas.....	194
99	La tutela tenía lugar en favor de los menores de doce años.....	194
100	De la tutela de las mujeres.....	195

<u>Núms.</u>	<u>Págs.</u>
101 La curatela tenía lugar en favor de los menores de veinticinco años; pero mayores de catorce.....	196
102 Estaban también sujetos á curatela los enajenados, los débiles de espíritu, los pródigos y los enfermos crónicos.....	197
103 De las facultades y obligaciones del curador, en derecho romano.....	197
104 Otras especies de la curatela romana.....	198
105 Antigua legislación española sobre esta materia...	199

Derecho moderno.

106 La tutela y la curatela ya no existen en las leyes modernas con las formas y objetos que tuvieron antes.....	200
107 Diferencias entre nuestros varios códigos.....	200

Núm. 1.—¿Qué es tutela?

108 ¿Cómo la definen nuestros códigos?.....	201
110 Medidas de nuestra legislación civil para preveer con toda oportunidad á la tutela.....	203

Núm. 2.—¿Quiénes están sujetos á tutela?

111 Nuestra legislación nacional.....	205
112 El menor de edad no emancipado, que fuere demente, idiota, imbecil ó sordo-mudo, estará sujeto á la tutela de menores, mientras no llegue á la mayor edad.....	207
113 La incapacidad mental sujeta al paciente á tutela ó curatela, aun cuando tenga intervalos lúcidos...	207

114	¿Deben también ser comprendidos, entre los sujetos á tutela, los sordo-mudos?.....	208
115	¿Cuáles de nuestros códigos sujetan á los pródigos á tutela ó curatela?.....	209
116	Están también sujetos á tutela para los negocios judiciales los menores de edad emancipados, hasta cumplir la de veintiun años.....	214
117	Sujeto á tutela ó curatela un padre de familia incapacitado ¿bajo qué potestad quedan sus hijos?... Núm. 3.—Condiciones de la tutela.	215
118	A todo tutor debe acompañar un curador.....	216
119	La tutela debe ser una.....	218
120	¿Puede un solo tutor desempeñar la tutela de varios incapaces?.....	221
121	¿Puede ser nombrado el tutor ó el curador, á plazo, á die ó ad diem, ó bajo condición?.....	222
122	Los cargos de tutor y curador son incompatibles en una misma é idéntica persona, y aun entre dos, ligadas por estrecho parentesco.....	224
123	El derecho moderno reconoce también cuatro especies de tutela.....	227
124	Una de las principales condiciones de la tutela es la declaración de estado.....	228
125	Continuación.....	230

CAPITULO II.

Del estado de interdicción (arts. 420 á 427).

SECCION 2.^a

126	Reforma del Código del Distrito Federal de 1870 en esta materia.—De la validéz ó nulidad de los
-----	---

Núms.	págs.
actos ejecutados por el sujeto á tutela.....	232
127 Puntos de vista en esta materia.....	234
128 El pupilo no puede hacer <i>peor</i> su condición sin la autorización del tutor.....	235
129 ¿Qué decidir á este respecto sobre los enajenados?..	235
130 De la restitución <i>in integrum</i>	236
131 ¿Contra quiénes tenía lugar ese beneficio?.....	237
132 ¿Cuáles eran sus efectos?.....	238
133 La antigua legislación española sobre restitución <i>in</i> <i>integrum</i>	238
134 El menor de veinticinco años, puer ó impuber, de- bía ser restituido en todos los casos en que resul- taba lesionado, ya en el sentido de daño, ora en el de perjuicio.....	238
135 La restitución <i>in integrum</i> tenía lugar contra actos judiciales.....	239
136 Legislación moderna en materia de validéz ó nuli- dad de los actos ejecutados por el sujeto á tutela	240
137 ¿Cuál es la suerte de los actos ejecutados, sea por el tutor, sea por el menor solo, cuando conforme á la ley debieran serlo por el primero?.....	241
138 Para lograr el menor la nulidad, debe probar su menor edad y la lesión.....	243
139 ¿En qué debe consistir la prueba de esta última?...	243
140 ¿Es restituible el menor, cuando la lesión resulta de un hecho casual é imprevisto?.....	243
141 Sólo hay restitución por lesiones de importancia..	244
142 De la <i>autoritas</i> del tutor según nuestra legisla- ción.....	244

143	Entre nosotros la nulidad de los actos del sujeto á tutela resulta, independientemente de toda lesión, de la sola circunstancia de incapacidad por causa de menor edad ó de enfermedad.....	245
144	¿Qué decir respecto de los actos ejecutados por el menor ó por el incapacitado antes del nombramiento de tutor?.....	246
145	¿La nulidad tanto de los actos posteriores al nombramiento de tutor y ejecutados por el sujeto á tutela sin la autorización de aquel, como de los anteriores á dicho nombramiento, se refiere á toda clase de actos?.....	247
146	De la nulidad de los actos del incapacitado.....	249
147	¿Cuál debe ser el criterio judicial á este respecto?..	250
148	El Código del Estado de México sobre esta materia.....	251
149	De la nulidad de los actos del menor de edad emancipado.....	252
150	De los actos del pródigo.....	254
151	De los mismos actos, ejecutados antes de la sentencia de interdicción.....	255
152	¿A quiénes compete la acción de nulidad de los actos y contratos ejecutados por los menores ó incapacitados, sin los requisitos legales?.....	255
153	¿Qué debe entenderse, cuando la ley dice que la nulidad de que tratamos, sólo puede ser invocada por el mismo incapacitado, ó en su nombre por sus legítimos representantes?.....	258
154	Caso en que esta nulidad es absoluta.....	258

155	¿La nulidad de que tratamos, puede ser alegada por el cocontratante del incapaz?	259
156	Del tiempo para deducir la acción de nulidad en este caso.....	261
157	Excepciones contra la acción de nulidad.....	261
158	Diferencias entre la nulidad y la rescisión en esta materia.....	263

ADICION.

Código del Distrito Federal de 1870.

TITULO UNDECIMO

De la restitución *in integrum* (arts. 679 á 688).

159	Críticas anticipadas de esta legislación por un jurisconsulto mexicano.....	268
160	El beneficio de la restitución ¿corresponde solamente á los menores sujetos á tutela?.....	269
161	La restitución en nuestro derecho, lo mismo que en el romano, tiene por objeto reparar no sólo el daño sino también el perjuicio.....	270
162	¿Ha lugar á la restitución aun por actos que él menor por sí sólo ejecutó?.....	270
163	Condiciones para la procedencia de la restitución...	271
164	Efectos de la restitución.....	272
165	¿Contra quienes procede la restitución?.....	273
166	Modo de hacer efectiva la restitución.....	273
167	Del plazo para pedir la restitución y del carácter subsidiario de este recurso.....	274
168	De los casos en que no tiene lugar la restitución..	276
169	Continuación.....)	276

CAPITULO III.

De la tutela testamentaria (arts. 428 á 444).

SECCION 3ª

170	Derecho romano.....	279
171	Derecho moderno.....	280
172	¿Quién puede nombrar tutor testamentario según el Código francés?.....	281
173	¿Puede hacer tal nombramiento, según el mismo código, la madre viuda; pero mantenida en la tutela?.....	282
174	Nuestro derecho nacional.....	282
175	Para que los padres puedan nombrar tutor testamentario, es necesario que estén en ejercicio de la patria potestad, al hacer el nombramiento... ..	283
176	¿Qué edad deben tener los padres para nombrar tutor testamentario?.....	284
177	¿Para quienes puede hacerse el nombramiento de tutor testamentario?.....	286
178	¿Sólo los que ejercen patria potestad, pueden nombrar tutor testamentario?.....	287
179	¿Deberá subsistir el nombramiento de tutor testamentario en favor de un extraño que carecía de padre conocido, aun después de que ha sido reconocido por alguien conforme á la ley?.....	288
180	¿Puede nombrarse tutor testamentario á los hijos espurios?.....	289
181	¿Cabe la tutela testamentaria para los incapacitados?.....	285
182	De la tutela testamentaria de los pródigos.....	291

183	¿Cabe la tutela testamentaria para el hijo mayor de diez y ocho años; pero menor de veintiuno?...	292
184	¿Puede el padre testador, mediante el nombramiento de tutor, excluir de la patria potestad á los demás ascendientes á quienes la ley otorga esa autoridad?.....	293
185	¿ <i>Quid</i> , en orden al testador extraño?.....	294
186	El Código del Estado de México sobre esta materia.....	294
187	Derecho transitorio sobre el punto anterior.....	294
187	¿Puede el padre natural, que así se declara en testamento, privar de la patria potestad á la madre que anteriormente habia reconocido á los mismos hijos; pero que en el momento de la muerte de aquel se hallaba casada con otro hombre?.....	296
188	Casos de forzosa exclusión de los ascendientes del ejercicio de la patria potestad, la cual es reemplazada por la tutela testamentaria.....	297
189	Renacimiento de la patria potestad en esos ascendientes.....	298
190	Este renacimiento ¿se efectúa también en favor de los abuelos?—¿Tiene lugar á pesar de disposición expresa y contraria del testador?.....	298
191	¿Pueden los abuelos excluir de la patria potestad, mediante el nombramiento de tutor testamentario, á los otros ascendientes del mismo ó ulterior grado?.....	300
192	¿Con qué condiciones vale el nombramiento de tutor testamentario hecho por la madre viuda en el se-	

- gundo marido, según algunas de nuestras legislaciones locales?..... 301
- 193 Límites únicos de la soberanía concedida por las leyes al testador en orden al desempeño de la tutela..... 301
- 194 Efecto de esa soberanía es que el testador puede nombrar un tutor para cada menor ó uno común para todos, ó varios para uno solo..... 302

CAPITULO IV.

De la tutela legítima de los menores (arts. 445 á 448).

CAPITULO V.

De la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles y sordo-mudos (arts. 449 á 454).

CAPITULO VI.

De la tutela legítima de los hijos abandonados (arts. 455 á 457).

- 196 De la tutela legítima según el derecho romano.... 306
- 197 Varias tutelas legítimas en el antiguo derecho.... 307
- 198 Antigua legislación española sobre esta materia.... 307
- 199 De la tutela legítima según el Código de Napoleón 308
- 200 Diferencia de todas estas legislaciones con nuestro derecho nacional..... 310
- 201 Hay lugar á tutela legítima en el caso de divorcio. 310
- 202 Cuando ambos consortes son culpables del divorcio y hay ascendiente á quien corresponda la patria potestad, ¿tiene, sin embargo, lugar la tutela legítima?..... 311
- 203 ¿*Quid* si no hay ese ascendiente?..... 311
- 204 Del caso de tutela legítima, aun siendo culpable del

- divorcio uno solo de los cónyuges..... 312
205 Perteneciendo la tutela legítima á los hermanos y
á los tíos ¿qué deberá hacerse si hay varios de
igual vínculo ó grado?..... 314

De la tutela legítima de los incapacitados.

- 206 Orígenes de esta tutela en el derecho romano y fran-
cés..... 314
207 Dos cosas dignas de observarse en nuestra legisla-
ción sobre esta materia: la gradación de las per-
sonas llamadas al ejercicio de la tutela y la ex-
clusión del cónyuge culpable de divorcio respecto
del otro..... 315
208 ¿Por qué son llamados á esta tutela los hijos, des-
pués del cónyuge?..... 318
209 ¿Subsiste la tutela del incapacitado á cargo de otra
persona, cuando el hijo de aquél alcanza la ma-
yor edad?..... 319
210 La tutela legítima de los incapacitados es preferen-
te á la testamentaria..... 319
211 Excepción del anterior principio tratándose de los
abuelos, hermanos y tíos..... 320
212 ¿La prodigalidad da también causa para la tutela
legítima?..... 320

De la tutela legítima de los hijos abandonados.

- 213 Antecedentes de esta tutela en nuestra antigua le-
gislación..... 321
214 Derecho francés..... 322
215 Nuestra actual legislación..... 323

CAPITULO VII.

De la tutela dativa (arts. 458 á 461).

216	Antecedentes de esta materia en el antiguo derecho	324
217	¿En qué casos había lugar á la tutela dativa?.....	325
218	Igualdad de la legislación romana y de la española en esta materia.....	325
219	¿Cuándo tiene lugar la tutela dativa, según el Código francés?.....	325
220	Nuestra legislación nacional.....	326
221	¿Puede el mayor de catorce años pedir la remoción del tutor nombrado antes por el juez?.....	327
222	¿Cuándo tiene lugar la tutela dativa, según nuestro Código?.....	328
223	¿Puede el menor, que tiene ya catorce años cumplidos, nombrar también al tutor para asuntos judiciales?.....	328

ADICION.

Código Civil del Estado de México.—Capítulo VII,
tít. 8º, lib. I.

Del consejo de familia (arts. 363 á 387).

224	Orígenes de esta institución en el derecho romano, español y francés.	334
-----	--	-----

CAPITULO VIII.

De las personas inhábiles para la tutela y de las que deben ser separadas de ella (arts. 462 á 468).

SECCION 8ª

Derecho antiguo.

225	¿Quiénes eran incapaces para la tutela, según la legislación romana?.....	338
226	Antigua legislación española.....	339

Derecho moderno.

227	¿Quiénes son inhábiles para la tutela?	340
228	De los menores de edad	341
229	De los sujetos á tutela ó curatela	341
230	De los tutores que infringen la obligación de dar fianza	342
231	De las personas cuya incapacidad para una tutela anterior, aparece ya probada	343
232	De los tutores sospechosos	343
233	Nuestra legislación en esta materia	344
234	Del tutor removido antes de su encargo, por haber contraído matrimonio con la pupila sin la dispensa necesaria	346
235	¿Esta causa de incapacidad comprende también el caso de matrimonio entre la pupila y un descendiente del tutor?	346
236	De los condenados á ciertas penas	346
237	Significación de las palabras "privación" ó "inhabilitación" en orden á los derechos civiles	348
238	De los que son notoriamente de mala vida	348
239	De los que tienen pleito pendiente con el menor	350
240	De los que tienen deuda considerable en favor del pupilo	350
241	¿Quid del caso en que el hijo del tutor es el deudor del pupilo?	351
242	Estas prohibiciones ¿alcanzan también al tutor testamentario?	351
243	De los parientes negligentes en dar aviso de la orfandad del menor	352
244	De los jueces y magistrados del Tribunal Superior	352
245	De los extranjeros no domiciliados	353

246	La ley mexicana de 28 de Mayo de 1886.....	357
247	Razón de ser del requisito del domicilio que se exige á los extranjeros para ser tutores.....	357
248	La capacidad que nuestras leyes reconocen á los ex- tranjeros para la tutela ¿subsiste aun tratándose de los que pertenezcan á una nación, donde igual derecho no se reconocía á nuestros compatriotas?	358
249	De los que tengan responsabilidad pecuniaria actual, como empleados de hacienda.....	360
250	De los que hayan contribuido á la demencia, idiotis- mo, etc., etc., de los incapacitados.....	361
251	De los incapaces para la tutela por declaración espe- cial de la ley.....	362
252	De las incapacidades supervenientes á la tutela, ó de las causas de remoción.....	362
253	¿Quiénes deben ser removidos de la tutela?.....	363
254	De la condenación del tutor á la privación ó inhabi- litación para los derechos civiles.....	363
255	De otras causas de remoción.....	364
256	De la negligencia del tutor en promover la convoca- ción del consejo de familia.....	364
257	La remoción del tutor tiene que ser decretada por sentencia judicial.....	364

CAPITULO IX.

De las excusas de la tutela (arts. 469 á 479).

SECCION 9ª

Antiguo derecho.

258	Antecedentes de esta materia en el antiguo derecho.	367
259	¿De qué modo y en qué tiempo debían ser propues- tas las excusas?.....	369

Derecho moderno.

260	Código de Napoleón.....	370
261	¿Quiénes pueden excusarse de ser tutores, según nuestro moderno derecho?.....	371
262	De los militares en servicio activo.....	372
263	De los pobres de solemnidad.....	373
264	De los mayores de sesenta años.....	373
265	De los que tienen domicilio distinto del del menor ó de donde está la mayor parte de sus bienes.....	373
266	¿Quid del transcurso de diez años de ejercicio de la tutela de los incapacitados?.....	373
267	Del modo y tiempo de proponer las excusas.....	374
268	De las excusas necesarias y voluntarias, según el Código del Estado de México.....	374
269	¿Qué sucede, cuando el motivo de excusa sobreviene después de admitida la tutela?.....	375
270	¿Puede entenderse tacitamente renunciada la excusa?.....	375
271	¿Dura la tutela mientras se ventila en el juicio res- pectivo la procedencia de la excusa?.....	375
272	Deber del tutor de ser probo en la presentación de excusas.....	376
273	Pena del tutor legítimo, si legalmente citado, no se presenta al juez, manifestando su parentesco con el menor.....	376
274	Incapacidad del tutor testamentario para heredar <i>ex testamento</i> , si se excusa de la tutela.....	377
275	¿Cómo debe entenderse esta incapacidad según al- gunos de nuestros códigos?.....	378
276	El Código actual del Distrito Federal en este punto.....	379
277	Continuación.....	379

- 278 ¿Puede haber otras excusas que las señaladas en la ley?..... 379
- 279 Desaparecida la causa de la excusa ¿debe ó solamente puede el antiguo tutor volver á la tutela? 380

CAPITULO X.

De la garantía que deben prestar los tutores para asegurar su manejo (arts. 480 á 494).

SECCION 10.ª

Antiguo derecho.

- 280 Antecedentes de esta materia en el derecho romano 385
- 281 Antigua legislación española..... 387

Derecho moderno.

- 282 Código de Napoleón..... 389
- 283 Nuestro moderno derecho..... 391

Núm. 1.—De la obligación previa del tutor de caucionar su manejo.

¿En qué puede consistir la caución?

- 284 ¿En hipoteca, en fianza ó en ambas?..... 392
- 285 Continuación..... 395

Núm. 2.—¿Qué debe comprender la caución?

De las seguridades de su conservación.

- 286 ¿Por qué cantidad debe otorgarse la caución tutelar? 395
- 287 ¿Cuál es el límite establecido por nuestros códigos para caucionar rentas, réditos ó productos?..... 399
- 288 ¿*Quid* en orden á los productos de las fincas rústicas?..... 400

<u>Núm.</u>	<u>Pags.</u>
289 ¿ <i>Quid</i> en orden à negociaciones mercantiles ó industriales?.....	400
290 Sistema de los Códigos de Veracruz y Estado de México sobre monto de la caución tutelar.....	401
291 El consejo de familia fija ese monto.....	402
292 ¿ <i>Quid</i> si los bienes del pupilo se aumentan durante el desempeño de la tutela?.....	402
293 ¿ <i>Quid</i> en el caso de que varias personas sean tutores de otros tantos menores, cuyos bienes consisten en una herencia indivisa?.....	403
294 Sistema de los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala en orden al punto anterior.....	404
295 Medidas de conservación, dictadas por nuestros códigos respecto de la garantía tutelar.....	405
Núm. 3.—¿Quiénes están obligados á caucionar?	
296 Diferencias acerca de esto entre nuestros varios códigos.....	407
297 Antigua legislación española.....	409
298 El tutor testamentario ¿está exento de la obligación de caucionar su manejo?.....	409
299 ¿ <i>Quid</i> , si sobrevienen causas ignoradas por el testador?.....	409
300 Silencio del Código de Tlaxcala sobre este punto..	410
301 ¿Están también exceptuados de la obligación de caucionar los tutores que no estén en posesión efectiva de los bienes?.....	410
302 Lo están igualmente los ascendientes, como tutores legítimos.....	411

303	Los tutores legítimos de los hijos expósitos se encuentran en el mismo caso.....	412
304	De igual exención goza el tutor que sea al mismo tiempo coheredero del incapaz.....	413
305	Están, finalmente, exceptuados también de la caución los tutores interinos.....	414
	Núm. 4.—Del plazo para otorgar la caución. Procedimientos.	
306	El plazo de tres meses que los Códigos del Distrito Federal y el de Tlaxcala fijan al tutor para que otorgue la caución ¿importa, si no lo hace, su inhabilidad?.....	414
307	¿Quién desempeña la tutela durante ese plazo?....	416
308	¿Cuáles son las obligaciones del tutor interino en el caso anterior?.....	417

AUMENTO.

Consulta dada por el autor sobre la verdadera interpretación del art. 426 del Código Civil del Distrito Federal de 1870.

APENDICES

Apéndice letra A.—Sentencias del Juzgado 4.º de lo Civil y de la 3.ª Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal.....	III
Apéndice letra B.—Sentencias del Juzgado 2.º de lo Civil del Distrito Federal; de la Comandancia General del Distrito de México; de la 2.ª Sala del	

<u>Núms.</u>	<u>págs.</u>
Tribunal Supremo de la Guerra y de la 3. ^a del mismo.....	XV
Apéndice letra C.—Sentencia del Juzgado 3. ^o de lo Civil del Distrito Federal.....	XX
Apéndice letra D.—Sentencias del Juzgado 4. ^o de lo Civil del Distrito Federal, y de la 2. ^a Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	XXII
Apéndice letra E.—Sentencia del Juzgado 3. ^o de lo Civil del Distrito Federal.....	XXV
Apéndice letra F.—Sentencias del Juzgado 4. ^o de lo Civil del Distrito Federal; de la 3. ^a Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal; de la primera Sala del mismo; del Juzgado de Letras de Guanajuato; de la Sala Colegiada del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz; del Juzgado 5. ^o de lo Civil del Distrito Federal; del Juzgado 6. ^o de lo Civil del mismo, y del Juzgado 5. ^o de lo Civil de idem.....	XXXI
Apéndice letra G.—Sentencias de la 3. ^a Sala del Tribunal Superior del Distrito Federal, y de la 1. ^a Sala del mismo.....	LXXI