

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: *fere 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 Tabulae*, 4^a.

(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 legislación, 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 etimología 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 hácia 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 quiritario 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 quiritario, la magistratura doméstica jamás podía ser desempeñada por la madre, aún 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 apénas 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 fe 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 fe 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.* 1. 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. ídem 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 interpretación 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 también 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 también 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 también la siguiente é importante controversia: ¿la declaración de incapacidad puede ser parcial de tal manera que prohibiendo algunos actos de administración, deje subsistentes otros y entre ellos el más grave de los que comprende la patria potestad, es á saber, la educación de los hijos? Esta cuestión 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 opinión, 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. «Nacemos 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 aquél? ¿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 copia 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 desempeña 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 había 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 (Pasicrisis, 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^{ta} 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 "Puissance 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, *quæ de patre erga filios maxiam 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. 313.

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. 21 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)—Dernolombe, 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 garantizar 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 fraudalento 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.—Lacantignère, 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 resúmen, 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 lejígitima 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.—Valétte, *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 trascrita 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 testamentación, 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.—Gullot, *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 hácia 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 binuva 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 recobrara 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, tít. 1, lib. 3, y 2, tít. 4, lib. 4 del *Fuero Juzgo*; 1, tít. 2, lib. 3 del *Fuero Real*; 26, tít. 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.)

