

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 Franinville 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, *Reperl.*: "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 Mævium tutores quis dedit, et cavit: volo et rogo omnia fieri cüm 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 exigit: an liberati essent? Respondit si et administrationem Mævio dedisset, non recté 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 particeps 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 notariadad 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. 197.—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 dañe 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 ejecutare, 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. 32.—Demolombe, tom 7, núms. 98 y 99.—Ducaurroy Bonnier et Rustain Com. 1, núm. 501.—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 incurren 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 prescindien de la buena ó mala fé de la madre en no haber oido 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 "oir," 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* siempre; la que deje de *oir* 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 Zacharia*, 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 l'art. 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: *afflictio 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 *viuda 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, sopena 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 ménos 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 pará fundar en él la privación de la patria potestad, se infringe á no dudarle aquella prohibición, que no admite sino las excepciones expresadas en la ley. Fuerza es, pues, establecer que nuestros Códigos Nacionales se refieren y solo 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, n.ºm. 223.

nuestros Códigos se encuentran 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 extestamento praestari debet: nec ullum in legato damnum facere intelligeretur* (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'Orleans*, art. 82.—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. 167.

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

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

(4) *Cod.*, lib. 5, tit. 85, l. 2.

de aquellos á quienes defiendan las leyes de nuestro libre 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, fincan 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 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 trascrita 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. 8; 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 huéfanos, 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 disminución 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) Loqué, tom. 3, pág. 412.

(2) Laurent, *Avant-Projet*, art. 336.

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 civilsuyas 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) Véase 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 nuevo marido*.

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) Escriche, 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 potestad 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, bastándonos 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. 1854. (Sirey, 1854. 2, 718); 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-

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 recobrase 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. 236.—Sala, tom. 2, pág. 60.

(2) Esriche, *Dicc.* "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.)

