

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 Federál 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, como 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, siéndole 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, habiéndolo en unos Códigos hasta lujo de pormenores, y en otros, graves reticencias, como en algunos, un marcado laconismo, 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 expresamente 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).

Esá misma distribución de la propiedad, administración 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 donación, 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 adquisición. Esta reforma se halla suficientemente motivada por la sola consideración 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 extrañas. 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 tercera 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 razón á que el art. 403 le da la administración y la mitad del usufructo de los bienes procedentes de donación de la madre, bajo cuyo título deben comprenderse tambien los bienes adquiridos por herencia. El Juez 4º de lo Civil, fundándose en que la omisión de la palabra «herencia» en el Código no podía menos que significar la exclusión intencional de todos los bienes del hijo que no procediesen de donación, del gravámen que expresamente señala para los demás, falló que el embargo debía ser levantado, porque los bienes en cuestión 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 1880 (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, tit. 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 Comisión, 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 Guadaluajara (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. 64).

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 inconsecuencia 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 también 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. 1837 (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 sábia, muy útil y muy previsora la privacion de la administracion 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 habría 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 Vergé *sur Zachariæ* tom. 1, pág. 408. Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 833.

(2) Arrêts. Cass. 26 mai 1856 (Sirey 1856, II, 682); 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 conclusión. Con todo no creemos que proceda esta interpretación, atento que el principio primordial establecido por todos nuestros Códigos es que al que ejerce la patria potestad pertenece no solo la legítima representación de los que están bajo de ella, sino también la administración 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 administración pueda algunas veces no pertenecer al padre, ya por declaración 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 generales, 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 cuestión 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 administración que le corresponde, y siempre que en su concepto tal enagenación sea necesaria ó por lo ménos útil para el bien del hijo. La misma legislación antigua no nos parece haber sido opuesta á esta afirmación, 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 acción reivindicatoria en cualquier poder que se encontrasen. Más, ¿qué decir en cuanto á los segundos? La legislación Romana

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

era terminante al prohibir al padre la enagenación 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 huiusmodi venditiones vel hypothecæ sunt interdictæ (1).*

Pero se admitían excepciones, entre las cuales eran las principales que el padre tuviese 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 prægravetur (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.—Godófredo, *Coment. ad legem*.

(3) *Part. 5ª*, 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 Zachariae*, tom. I, pags. 406 y 407.—Arrêt: Bruxelles, 16 juin 1874 (Pasicrisie, 1874, II, 307).

patria potestad, que *pretendiera* la enagenación ó gravamen 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 Federal, de 20 de Mayo de 1871 (*El Foro* tom. I, 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 1. 13, tít. 2, lib. 4 del Fuero Juzgo:» «Más non puede nada vender ende, nin enagenar, mas todo el fructo debe aver e depender comunalmiente, con sus fijos;» y aún es más explícita la 24, tít. 13, Part. 5ª: «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 en 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 tocado 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