

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 revindicó los naturales fueros de la patria potestad, haciendo caer en desuso las leyes que la oprímian. 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^o 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 ¿acaso 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. I, 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 dudarle 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 2.^o 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. Ocorre 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 opinión, 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 cuestión 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 opinión 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.—Dallóz, *Repert "Puissance paternelle"* núm. 83

(3) *Partida* 5, tit. V, l. 2.—*Nov. Recop.* lib. 10, tit. I, l. 17.—Hermosilla *Ad leg. Partitaram.*—*Sala Novísimo 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: *afirmatio 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 explícita. 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 9 Janv. 1849 (Sirey, 1852, II, 304)—Por la negativa; Demolombe, tom. 6. número 41 bis, y 442.

(2) *Cod. lib. 9. tit. LXXI, l. 8 § 4.*

excluye cualquiera condición que significara desconfianza ó desacuerdo entre padres é hijos (1), y por esto no está contraído por la obligación de afianzar, y si solo por la alimenticia de que hemos hablado en otra parte (2), *lex enim*, decía el derecho romano, *quae de patre erga filios maximam 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 iudicis, si iudici videbitur utile esse et redundare in favorem et utilitatem filii... aut si iudici 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. pat. terri." § 8, 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 consentía el antiguo derecho, según es de verse en la ge-

(1) Véase tomo 2, de esta obra, núm. 460.

(2) Demolombe, tom. 6, núm. 319.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 319.

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 Napoleón (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: *excipitur*.—Gregorio López, *glosa* 5^a á la l. 5, tit. 17, Partida 4^a.—Antonio Gómez, *ad leg.* 48 de Toro, núm. 10, § 3.—Sentencia del Juzgado 3^o de lo civil, México, 12 de Abril de 1853 (Gacet. de Trib. tom. 1, pág. 723).

(2) *Rep. gener. du journal du Palais*, «Puissance paternelle», num. 24 et suiv.—*Arrêts*: Besançon, 4 juill. 1864 (Sirey, 1865, II, 69)—Orléans, 5 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)—Denolombe, 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 espontánea 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 5^o 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. 433) 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 pertenecieran,» 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 (Gaceta de Trib. tom. 1, pág. 728).

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.