

de aquellos á quienes defiendan las leyes de nuestro libro que non lo pueda ser. E si el Juez fallare, que alguna cosa deue dar la madre á los mozos, por razon de sus bienes que touo en guarda, ó por otra manera qualquier, 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, tit. 16, l. 5.—*Fuero Juzgo*, lib. 3, tit. 1, l. 8; tit. 2, l. 14; lib. 4, tit. 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 artesanos, tienen frecuentemente por objeto dar un nuevo protector á los huérfanos, resulta siempre que la mujer entra á una nueva sociedad cuyo jefe es extraño á los hijos de ella; y si este hecho no podría, sin injusticia, hacerle perder la tutela de pleno derecho, basta á lo menos para apelar á la familia á fin de que delibere sobre si aquella debe serle conservada (1)." "Este motivo, dice con razón Laurent, se aplica también al padre que vuelve á casarse. Es necesario decir más, añade este mismo autor, la situación de los hijos es peor, en caso de segundas nupcias del padre, que cuando la madre contrae un segundo matrimonio; la indiferencia, digamos mejor, la parcialidad, la barbarie de las madrastras se han hecho proverbiales, y no se dice otro tanto de los padrastros (2)." El texto francés no pasó sin discusión en el Consejo de Estado. Tronchet pidió que el padre fuese igualado á la madre. En el antiguo derecho, la jurisprudencia privaba siempre de la tutela á la madre binuva, porque se suponía que las segundas nupcias significaban diminución de la ternura materna. Ahora bien, la misma conducta puede hacer dudar igualmente del afecto del padre; luego es preciso obligar á éste á que declare á la familia el matrimonio que se propone contraer, y autorizarla á rehusarle la tutela. Bigot-

(1) 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 hacia los hijos. Esto supuesto, debemos reconocer que, haciendo á un lado como principal base del razonamiento, la circunstancia de la mayor ó menor suma de derechos en el hombre y mujer casados, ó subsiste igualmente en ambos el mismo afecto por sus hijos después de un segundo matrimonio, ó no subsiste en ninguno. ¿Por qué, pues, esa diferencia que frecuentemente está en abierta pugna con la realidad de las cosas? Los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala son aún más dignos de estas observaciones, porque desconfían de la madre 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) Loqué, tom. 3, pág. 336.

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

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

(1) 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 también del juriconsulto 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 viuda, 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 francés 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) Escribire, *Dic.* "Tutora ó Tutriz."

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

Supuesta la prescripción de los Códigos de Veracruz y Estado de México, dos condiciones son necesarias para que la madre viuda y vuelta á casar, pueda conservar la administración de los bienes del hijo: el permiso del consejo de familia y la aceptación de la madre con conocimiento de su marido. En otra parte explicaremos qué significa esta institución del consejo de familia á que se refieren los Códigos de Veracruz y Estado de México, 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. 69.—Arrêts: Poitiers, 15 fevr. 1811. (Daloz, *Rep.* "Puissance Paternelle" núm. 74); Caen, 19 mai, 1854. (Sirey, 1854, 2, 718); Bruxelles, 28 janv. 1824. (Daloz *Rep.* "Minorité" núm. 394).

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 recobrarse los derechos perdidos sobre sus hijos, si volvía á enviudar. "Con la muerte del segundo marido, dice este autor, desaparece la causa que interrumpió la administración de la madre; y es muy natural que lo relativo á las cosas y personas de los hijos vuelva á reunirse en la misma mano, puesto que ya no se descubre interés de ellos en lo contrario. (2)" La misma prescripción se encuentra en el primer proyecto de un Código Civil mexicano (3), y de allí pasó á nuestros Códigos vigentes de Veracruz (art. 373), del Estado de México (art. 322) y del Distrito Federal de 1870 (art. 429). Todos estos preceptos declaran que la madre viuda y viuda otra vez, recobra la patria potestad perdida por el segundo matrimonio, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva.

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

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

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

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

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

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

(1) L. L. 6, tit. 1, lib. 3, y 2, tit. 4, lib. 4 del *Fuero Juzgo*; 1, tit. 2, lib. 3 del *Fuero Real*; 26, tit. 13, Part. 5.ª, 6, 14 y 15 de *Toro*.—Antonio Gómez, *ad istas leges*.—Febrero, tom. 2, § 30, pág. 236.—Sala, tom. 2, pág. 60.

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

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

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

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

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

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

ADICION. <sup>(1)</sup>

TITULO OCTAVO  
DE LA ADOPCION.

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

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

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

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