

mos de decir que no puede ejecutar sino los actos de administración que el juez le determine. Nuestra legislación civil de procedimientos añade (arts. 2206 del código de la materia del Distrito Federal de 1872, 1410 del actual y 1377 del de Tlaxcala) que el tutor interino tiene que presentar, dentro del término que designe el juez y con presencia de los datos que existen en los libros de la testamentaria ó del intestado, un cómputo aproximado de la cuantía de los bienes, productos y rentas, cuya administración y manejo deba garantizar en los términos que quedan expresados. Los arts. 2207 del primero de estos códigos y 1411 del segundo, declaran que de ese cómputo hecho por el tutor interino, se dé traslado al Ministerio Público, para que en vista de su respuesta se determine el otorgamiento de la garantía.

## AUMENTO

Habiendo en estos días despachado la siguiente consulta sobre puntos que se relacionan con las materias comentadas en este tomo, creemos conveniente publicarla, entendiendole que podrá servir para la mejor comprensión de nuestro comentario.

*CONSULTA dada por el abogado que suscribe, sobre los siguientes puntos de derecho:*

*Primero: El artículo 426 del Código civil, determina que la madre viuda que da á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos de patria potestad. La madre viuda, en ese caso, ¿pierde ipso facto los derechos de patria potestad, ó es necesaria la declaración judicial que así lo determine, previo el juicio respectivo?*

Para resolver esta primera cuestión, creemos muy conveniente examinar, ante todo, la razón que tuvo el legislador para exigir toda severidad de costumbres á la madre ó abuela viuda, si había de ejercer las augustas funciones de la patria potestad. "Todas las naciones, decía Portalis, exponiendo los motivos del art. 213 del Código de Napoleón, ilustradas en este punto por la experiencia y por una especie de instinto, han creído de común acuerdo, que 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 sólo 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 (Discurso 15).” Hé aquí, sin duda, elocuentemente expresada la razón de los legisladores modernos para haber establecido en el artículo 426 de nuestro código civil del Distrito Federal de 1870, concordante al pie de la letra con el 399 del actual, 320 del código del Estado de México, 371 del de Veracruz y 296, inciso 4.º del de Tlaxcala, la grave pena de pérdida de la patria potestad en contra de la mujer culpable en el sentido indicado. Esta exigencia con la madre ó abuela viuda no es una novedad de las leyes modernas, pues ya en la legislación Justiniana encontramos el principio de que la lujuria no debe tener más derechos que la castidad (*non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria*); una ley de Partida, al encomendar de toda preferencia la tutela legítima de los huérfanos á a madre, con tal de que sea “buena mujer” (Partida 6.ª, título 16, ley 9) y el Fuero Juzgo avanzaban hasta castigar con la pérdida de la mitad de sus bienes á la viuda por “fazer adulterio.” Los glosadores expresaban con toda claridad la razón del principio, recordando que á la viuda que pasa á segundas nupcias, se le privaba de la tutela legítima de los hijos. ¿Cómo no obrar del mismo modo con la viuda culpable de prostitución? *Non debet meliores esse luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio.* El principio no se encuentra en texto expreso del código francés; pero la doctrina y la jurisprudencia lo aceptan, si bien tratando sólo de la tutela de la madre (Salviat, tomo 2, página 63.—Proudhon, tomo 1, número

146, Vazeille, *Du mariage*, tomo 2, número 431,—Delvincourt, tomo I, página 248, nota 2).

Pero ¿incurrirá la madre así culpable en la terrible pena de perder la patria potestad sobre sus hijos por sólo el hecho de dar á luz uno ilegítimo, sin necesidad de juicio en que tal se pretenda, ni de sentencia que lo declare? Sin vacilar contestamos que no, por dos razones de la mayor evidencia. Es innegable la semejanza entre la tutela y la patria potestad. Aquella es la imágen de ésta. La tutela hace en el derecho las veces de la patria potestad. Todas las legislaciones se manifiestan de acuerdo, en que es necesario sustituir, sin tardanza, con un amparo en favor de los huérfanos, el poder que la misma naturaleza les otorga, cuando la muerte ó cualquiera otra desgracia les priva de su protección. Ese amparo es la tutela, cuyo primer origen está, por lo mismo, en el testamento, es decir, en la última voluntad del padre, no perteneciendo á las leyes el derecho de designar el tutor, sino en caso de no haberlo testamentario, y siempre á condición de elegirlo entre los parientes más inmediatos, porque se supone que estos habrían sido los nombrados por el testador.

Ahora bien, esa semejanza entre las dos autoridades protectoras del hijo ¿no nos obligará á garantizar la duración de su ejercicio con las mismas seguridades, no haciéndola depender, ni del arbitrio de los interesados, ni de las contingencias del acaso? Creemos que sí, pues lo contrario equivaldría á sostener que es menos importante la patria potestad que su imágen, la tutela, y que, si á los hijos, al cuidado de su educación é intereses importa muchísimo que no haya sino cambios motivados é inevitables en el personal encargado de la segunda, es asunto indiferente cualquiera modificación en orden á la primera. Sería monstruoso atentado, por otra parte, que tanta ligereza se observase respecto de una institución que las leyes civiles po-

sitivas no han hecho sino reconocer, como que ella existe y ha existido siempre por el imperio incontrastable de la naturaleza.

Pues bien, el tutor no es separado de su encargo por el sólo hecho de incurrir en alguna de las causas que ameritan su destitución. "No basta, hemos dicho en nuestra obra "Principios de derecho civil mexicano," tomo 5º núm. 257, haber establecido las causas que motivan la remoción del tutor, pues se necesita determinar la manera de llevar á cabo, sin peligro de dudas y arbitrariedades, esa medida que hace necesaria, en ciertas circunstancias, el interés mismo de los pupilos. ¿Habrà ella de ejecutarse por simple acuerdo privado entre las personas interesadas, ó será necesario que todo sea efecto de sentencia judicial? Lo primero sería exponer asunto tan trascendental como los bienes físicos y morales de los menores, no menos que los intereses de las partes extrañas que con el tutor de aquellos hubiesen contraído obligaciones ó adquirido derechos, á las inseguridades y no poco frecuentes injusticias de los convenios entre particulares. Lo segundo lo reclama el carácter de interés público que no puede menos que revestir la tutela, atentas, ya no tan sólo la conveniencia de los menores de edad, que pueden mañana convertirse en miembros útiles del cuerpo social, sino también la justicia que es de asegurarse á todos los que han podido celebrar contratos con los legítimos representantes de aquellos. Por esto se ha pensado desde antiguo, que al que tiene curador, no se le dé otro, so pena de ser nulos y de ningun efecto todos los actos practicados por éste, antes de la legal remoción de aquel (Partida 6, título 16, ley 13.—Sentencia de los Juzgados 1º y 2º de Letras de Guanajuato de 28 de Noviembre de 1853, Gaceta de Tribunales, tomo 3, página 283); y lo mismo, si bien siguiendo diverso sistema, preceptúan los códigos modernos, como es de verse en los artículos 446,

447, 448 y 449 del Código de Napoleón; 390 del de Estado de México; 432 del de Veracruz; 564 del del Distrito Federal de 1870; 466 del actual y 358 del de Tlaxcala. Según los tres primeros es el consejo de familia convocado por el protutor, ó de oficio por el Juez de Paz, quien pronuncia la destitución del tutor, sobre motivos fundados y mediante audiencia del tutor mismo. Este tiene los recursos legales en contra de la decisión que le sea adversa. Según los otros códigos, la separación debe hacerse siempre con su audiencia y por sentencia judicial, después de juicio ordinario."

El derecho romano era terminante á este respecto. *Damus*, decía el edicto pretoriano, *autem jus removendi suspectos tutores Romæ prætoribus: in provinciis proesidibus earum* (Digesto, libro 26, tit. 10, ley 1, párrafo 3). La acción era popular en contra del tutor sospechoso: *Consequens est, ut videamus, qui possunt suspectos postulare. Et sciendum est, quasi publicam esse hanc actionem, hoc est, omnibus patere* (Digesto, lib. id, tit. id, ley id, párrafo id.); pero podía ser removido de la tutela de oficio por el pretor, si á este le constaba tal circunstancia: *Praeterea videndum, an et sine accusatione possit suspectus repelli. Est magis est, ut repelli debeat, si prætori liqueat ex apertissimis rerum argumentis, suspectum eum esse: quod favore pupillorum accipiendum est* (Digesto, lib. id. tit. id. ley 3, párrafo 4). La sentencia de exclusión ó destitución debía fundarse en motivos de hecho y de derecho: *Decreto igitur debeat causa removendi significari ut apperiat de existimatione* (Digesto, lib. id, tit. id, ley 4, párrafo 1). El tutor podía apelar de la sentencia que pronunciase su exclusión ó destitución (Digesto, lib. 27, tit. 1. l. 13).

En el derecho moderno son dignos de tomarse en cuenta los textos antes citados del código de Napoleón, con tanto más motivo, para la más acertada resolución del tema á que nos

venimos refiriendo, con cuanto que, según él, la madre viuda no desempeña la patria potestad, sino sólo la tutela sobre sus hijos. Pues bien, para no citar otros comentarios que los de dos de los tratadistas más reputados de Francia, como que el uno representa la tradición de los principios, mientras el otro es el expositor más autorizado de su filosofía, recordamos que Demolombe dice que, entre las causas de exclusión ó destitución del tutor, tiene lugar de pleno derecho la que resulta de una condenación judicial. En cuanto á las otras, que se fundan sobre la mala conducta notoria, el mismo autor asienta que deben necesariamente ser pronunciadas por los tribunales, previo examen y con perfecto conocimiento de causa. "La exclusión ó la destitución, medidas rigurosísimas en contra del tutor, no pueden, dice este profesor, ser tomadas en cuenta sino después de haberlo oído, teniendo siempre el derecho de apelar y después de una deliberación motivada. (Curso del Código de Napoleón, tomo 7, números 497 y 500.)" Laurent examina la misma cuestión desde el punto de vista de las obligaciones del protutor á quien el art. 448 francés impone la de proponer la exclusión ó destitución del tutor. "Se trata de saber, dice este insigne jurista, si debe aplicarse en este caso el derecho común, que exige que *toda persona* sea oída antes de ser herida con una pena. Todo prueba que el legislador ha querido referirse á esta regla de Derecho natural (Derecho civil francés, tomo 4, núm. 531)."

Debemos, pues, concluir, que si al tutor deben guardársele las consideraciones de que primero sea oído en juicio y sentenciado en definitiva para ser excluido y destituido de su encargo, por mayoría de razón tiene que observarse el mismo procedimiento con la viuda que ejerce la patria potestad, pues nada convence de que *a priori* deba juzgársela indigna de continuar desempeñando el ministerio que ella ha recibido de la

naturaleza, y en cuyo ejercicio la confirma el acendrado é incontestable amor hacia sus hijos.

Pero hemos anunciado que había otra razón para interpretar de esta manera nuestras leyes. Queremos referirnos á lo que importaría ese prejuicio sobre indignidad de la madre viuda para continuar ejerciendo las augustas funciones de la patria potestad. El texto legal cuya más acertada interpretación tratamos de encontrar, dice: La madre ó abuela viuda que da á luz un hijo *ilegítimo*, pierde los derechos de la patria potestad." Examinémos este punto de la ilegitimidad del hijo bajo los dos aspectos á que en nuestro concepto se presta.

*Primera hipótesis:* La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, reconoce otro más, cuya época de nacimiento hace presumir que es ilegítimo, según lo que después exponremos. ¿Será éste el supuesto á que se refiere el texto legal que trata de la privación de la patria potestad en contra de la madre viuda? Como lo hemos dicho en nuestra mencionada obra de Derecho (tomo 5, núm. 64), creemos que este es el único caso á que la ley puede referirse en ésta materia, por ser el más obvio y frecuente. El reconocimiento, en efecto, al menos por el momento y mientras no sea contradicho por el hijo, quien tiene cuatro años para reclamar contra él, á contar desde que toque la mayor edad, si antes tuvo noticia del mismo, y en caso contrario desde que la tuvo, prueba que la madre viuda dió á luz un hijo ilegítimo. Verdad es que el simple reconocimiento no prueba la maternidad, pues puede prosperar mañana la reclamación contraria del hijo; pero repetimos, que al menos provisionalmente, ese acto prueba que ha sido dado á luz un hijo. Si éste, tomando en cuenta el máximo del tiempo de la preñez, no puede ser del marido, claro está que es ilegítimo, y que la autora de su reconocimiento deberá per-

der la patria potestad sobre el otro hijo, recurriéndose, en consecuencia, á la tutela legítima.

*Segunda hipótesis.* La madre viuda, en ejercicio de la patria potestad sobre un hijo legítimo, da á luz otro, cuyo nacimiento tiene lugar después de trescientos días de muerto su padre. No necesitamos recordar aquella frase del jurisperito Gallo, que fundado en la doctrina Hipocrática, decía: *Si post mortem in decem mensibus proximis natus erit, haeres esto.* (Digesto lib. 38, tit. 2, ley 29). Esta era la jurisprudencia antigua, no considerándose sino como "un suceso prodigioso y raro," para servirnos de las expresiones de Gregorio López (Glosa á la ley 4, tit. 23, Partida 4), que un hijo naciese, sin mengua de su legitimidad, en el undécimo mes de su vida intrauterina. Las legislaciones modernas, inclusive la nuestra, han seguido esta tradición, que sin embargo, no confirma la ciencia (Memoria ante el Instituto de Francia por el Dr. Petit, 1766, citada por Merlin, Repertorio "Legitimité," Sect. 2, párrafo 3). Así el art. 314, inciso 2 del Código del Distrito Federal de 1870, declara que se presumen por derecho, legítimos: los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes á la disolución del matrimonio, ya provenga ésta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido.

Esta declaración ¿significará que el simple nacimiento del hijo, así retardado, baste á fundamentar su ilegitimidad aun cuando nadie la reclame y sin necesidad de contienda judicial? Al comunicarse al Tribunal la redacción actual del art. 315 del Código Francés, que dice: "La legitimidad del hijo nacido trescientos días después de la disolución del matrimonio, *podrá ser negada;*" aquel respetable cuerpo hizo observar: 1º que por la manera con que este artículo aparecía redactado, parecía que si la legitimidad del hijo, nacido doce meses, por ejemplo, después de la disolución del matrimonio, no era negada, tal

hijo debería ser reputado como legítimo, lo cual no podía, según los tribunales, ser el pensamiento de la ley; 2º que el artículo en cuestión debía, por lo mismo, ser concebido en términos más precisos y positivos, estableciéndose, en vez de la facultad de negar ó no la legitimidad de este hijo, que por el lapso de cualquier tiempo, época fatal, después de los trescientos días, ya no fuese posible la legitimidad del hijo de que se trata y 3º que la Sección se vería obligada á adoptar la siguiente redacción: "la ley *no reconoce* la legitimidad del hijo nacido trescientos y un día después de la disolución del matrimonio." El art. 315 de este Código permaneció, sin embargo y ha llegado hasta nosotros, tal como antes lo hemos transcrito. ¿Cuál es la razón de esto? Escuchemos á Duveyrier, orador del Tribunal ante el Cuerpo Legislativo: "Los nacimientos tardíos no exigen ninguna disposición condicional. Es claro que la legitimidad de un hijo podrá ser negada, si nace en el oncenno mes después de la disolución del matrimonio, ó por mejor decir, á lo menos trescientos días después de disuelto el matrimonio, porque entonces él ya no puede colocarse en el matrimonio ni su concepción, ni por consiguiente, la presunción legal de su legitimidad. ¿Por qué tal hijo no es de derecho ilegítimo y puesto en el número de los hijos naturales? Porque todo interés particular no puede ser combatido sino por un interés contrario. La ley no está llamada á reformar lo que ignora; y si el estado del hijo no es atacado, queda al abrigo del silencio que nadie está interesado en romper." Laurent da otra razón: es un último favor, dice, que la ley acuerda á la legitimidad. Si el estado del hijo no es negado, se le reputará como legítimo. Aquí todavía la ficción estará en oposición con la verdad. El hijo nacido uno ó dos años después de la disolución del matrimonio, es ciertamente un hijo natural; sin embargo, será legítimo si nadie ataca su legitimidad. El legislador prefiere esta ficción que á nadie hace mal

puesto que á nadie la niega, la realidad, porque proclamar ésta, sería herir inútilmente al hijo; (Laurent, tomo 3, núm. 386. — Demolombe, tomo 5, núm. 83.—Marcadé, tomo 2, *sur l'art.* 315, núm. 16, 1.—Duranton, tomo 2, núm. 58.—Daloz, *Reper-*torio "Patern. et Filiat" núm. 85.—Demante, tomo 2, núm. 42, bis I.—Mourlon, tomo 1, núm. 890.—Arntz. *Droit civ. franc.* tomo 1, núm. 529).

¿Cuál es, sobre esta materia, nuestra legislación? Puede asegurarse que desde la ley de 10 de Agosto de 1857, aquella es conforme de toda conformidad, al espíritu que dictó el art. 315 francés. También será inhábil para heredar, decía el art. 25 de esta ley, al marido de su madre, el hijo nacido vividero en el mes undécimo después de muerto el primero..... si los herederos de éste se opusieren á que el hijo sea reputado como del marido. La ilegitimidad, pues, no procedía sino á instancia de los herederos del marido, de manera que, en caso de no haber tal demanda, el hijo nacido en el undécimo mes y así en adelante, después de la muerte del marido, era hábil para heredar al padre como hijo legítimo. El Código del Distrito Federal de 1870, sigue, á no dudarlo, el mismo sistema. Para convencerse de ello, basta leer los arts. 319, 325 y 326 que suponen la posibilidad de una contienda judicial sobre la legitimidad ó ilegitimidad del hijo nacido después de trescientos días de disuelto el matrimonio y que previenen, como el art. 318 francés, que *todo acto extrajudicial que contenga el desconocimiento de parte del marido ó de sus herederos, se tendrá como no verificado..... si no es seguido de una acción judicial dirigida contra un tutor dado al hijo y en presencia de su madre.* ¿Qué objeto podían tener estos preceptos, si la ilegitimidad resultase del simple hecho del nacimiento del hijo después del periodo máximo de la preñez? La necesidad, pues, de un litigio con su sentencia definitiva, se impone, para que el hijo así nacido sea reputado ilegítimo, no bastan.

do por lo mismo, la sola presunción legal de que antes hablamos. ¿Cómo entonces aceptar que la madre de ese hijo sea privada de la patria potestad, por sólo el hecho del nacimiento de aquél? Dos juicios, pues, son necesarios: el de desconocimiento del hijo y el de privación de la patria potestad, que es consecuencia del anterior.

**Segundo:** *La madre viuda, después de tener hijos ilegítimos, á nombre y en representación de sus hijos legítimos menores de edad y previa la autorización judicial concedida cuando se llenaron los requisitos de ley, vendió á un tercero bienes raíces y le cedió acciones, todo perteneciente á los menores, por herencia de su padre, ignorando ese tercero la existencia de tales hijos ilegítimos y la madre no expresando ni antes ni al concederse la autorización para la venta y cesión, ni al otorgarse la escritura respectiva, que había tenido hijos ilegítimos. ¿Esa venta y cesión son válidas, ó el contratante de buena fé debe sufrir perjuicio alguno?*

Indudablemente son válidas la venta y la cesión y ningún perjuicio debe sufrir el cocontratante, pues los contratos son válidos y deben producir todos sus efectos, siempre que reunan las circunstancias de *capacidad de los contrayentes, mutuo consentimiento y objeto lícito* (arts. 1395 y 1535 del Código Civil del Distrito Federal de 1870). Creemos haber demostrado que la madre viuda de que se trata, por no haber sido privada judicialmente de la patria potestad, estaba en legítimo ejercicio de ella. Luego tenía capacidad al celebrar los contratos. Esto resuelve la cuestión.

**Tercero:** *Suponiendo que la madre pierda la patria potestad sin la declaración judicial, y que el contrato celebra-*

*do con el tercero es nulo ¿puede el cocontratante de buena fé revalidarlo con sólo escritura de ratificación de aquella venta y cesión que le haga el hijo legítimo siendo ya mayor y siendo menor, otorgue esa escritura autorizada judicialmente, un tutor que al mismo menor se le nombre, por faltar persona que en defecto de la madre ejerza la patria potestad?*

Dada tal suposición, es seguro que el contrato nulo se revalidaría por ratificación del hijo ilegítimo ya mayor de edad. Creemos, sin embargo, que más que ratificación por parte del hijo, su conducta importaría un verdadero nuevo contrato, celebrado con todas las formalidades de la ley, y entre personas capaces de celebrarlo. Pero no hay que aceptar, so pena de tergiversar los más elementales principios de derecho, la suposición indicada, pues ella equivaldría á hacer efectiva una pena, y pena la más terrible y angustiosa de todas, es á saber, el arrebato de los hijos del regazo materno, sin haber oído á la madre, sin haberla vencido en el juicio correspondiente y contra el principio de derecho natural que dice, cómo nadie puede ser condenado á una pena, sin que previamente haya podido, al menos, exponer sus descargos.

*Cuarto: Yo, contratante en los términos indicados con la viuda que dió á luz hijos ilegítimos, fundado en la cesión de acciones á título oneroso, entablé acción contra H, reclamando el crédito que me fué cedido. H, sin oponer excepción de ninguna clase, contestó negando la demanda; durante la dilación probatoria rendirá las pruebas que acrediten que la madre del hijo legítimo con la cual contraté, dió á luz un hijo ilegítimo, antes del contrato que con ella celebré. ¿Qué efecto producirá en el juicio esta prueba,*

*después de no haberme negado la personalidad que fundo en la escritura de cesión presentada con la demanda; y si me es perjudicial esa prueba, cuál sea la mejor forma para contrariarla?*

Contestamos, en cuanto á la primera parte de la pregunta, que es absolutamente de ningún efecto esa prueba; y en cuanto á la segunda, que aquella, de ninguna manera puede ser perjudicial al intento del solicitante de la consulta, ó sea en el sentido de la validez del contrato celebrado por el tercero, pues bastará cotejar la fecha de la declaración judicial de ser ilegítimo el hijo dado á luz por la madre viuda con la fecha del contrato suscrito por ella, cuando todavía no había sido privada judicialmente del ejercicio de la patria potestad. Colocándonos en este punto de vista, nada importa la prescripción del art. 319 del Código civil del Distrito Federal de 1870, según el cual "las cuestiones relativas á la filiación y legitimidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse en *cualquier tiempo* por la persona á quien perjudique la filiación ó la legitimidad del hijo," pues evidentemente esta declaración no puede afectar á derechos ya adquiridos y consumados, como serían sin duda los que se derivaran del contrato, ya irrevocablemente consumado por la madre viuda en su indiscutible derecho de la patria potestad. Si, pues, el punto de falta de personalidad, no objeto la por él al contestar la demanda, ya que se nos informa que se limitó á negarla, sin oponer excepción alguna concreta, nada tiene que hacer en el caso; como no lo tendría tampoco lo que, en nuestro concepto, podría decirse que objetó, es á saber, la excepción *sine actione agis*, que es la que se tiene por opuesta por todo aquel que niega una demanda, es inconcuso que si

muchísima é incontestable influencia tiene en el asunto la circunstancia de la fecha en que se celebró el contrato, comparada con aquella en que la ilegitimidad del hijo resulta comprobada.

En consecuencia consultamos que cualquiera prueba que H. rinda sobre el particular, es extemporanea, inefcaz y anti-jurídica. Al fin y al cabo las actuaciones judiciales hacen prueba plena según el art. 548 del Código de Procedimientos del Estado, y en ellos habrá de aparecer: 1º cuándo se celebró el contrato por la madre viuda, y 2º cuándo es declarado ilegítimo el hijo. Convendrá, creemos, á mayor abundamiento, presentar en el término de la prueba, copia certificada ó testimonio del contrato celebrado, y cuyos efectos se disputan.

México, Julio 22 de 1893.

A. VERDUGO.

Al Sr. Lic. A. Vega.—Acatlán, Estado de Puebla.

## APENDICES