

con anterioridad; por lo que la sentencia que así lo declara no infringe los mencionados artículos, ni la doctrina legal de que la capacidad del individuo está sujeta á las alteraciones de la ley (1)

La reforma que estableció el art. 145 del reglamento para la ejecución de la ley Hipotecaria es de fecha 30 de Septiembre de 1870, posterior á la ley de Matrimonio civil, publicada el 18 de Junio anterior; y dicho reglamento sólo tuvo en consideración los nuevos preceptos de esta misma ley, que hacían innecesaria la aplicación de los arts. 207 al 213 de la primitiva Hipotecaria, pero sin alterar los derechos adquiridos al amparo de la legislación antigua por los huérfanos que lo fueran antes del 18 de Junio de 1870, los cuales conservaban, y han conservado su estado civil, sin que las madres viudas hasta aquella fecha hayan podido adquirir la patria potestad, que sólo les ha otorgado la ley novísima para en adelante (2).

El art. 64 de la ley de Matrimonio civil no tiene efecto retroactivo, como antes de ahora ha declarado el Tribunal Supremo (3).

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Texto.

17. ELEMENTOS PERSONALES DE LA PATRIA POTESTAD.

Art. 154. El padre y, en su defecto, la madre tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados...

Los hijos naturales reconocidos, y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta...

18. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.

a. *Sus efectos respecto de las personas de los hijos.* (Relaciones personales.)

Art. 155. El padre y, en su defecto, la madre tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

1.º El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos é instruirlos con arreglo á su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

2.º La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente.

Art. 165. Siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Juez, á petición del padre ó de la madre, del mismo menor, del Ministerio fiscal ó de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al pariente del menor á quien en su caso correspondería la tutela legítima, y á falta de éste, á otro pariente ó á un extraño.

(1) Sent. 19 Junio 1875.

(2) Ídem id.

(3) Sent. 15 Octubre 1879.

Art. 156. El padre, y en su caso la madre, podrán impetrar el auxilio de la Autoridad gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aun para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción ó en institutos legalmente autorizados que los recibieren.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez municipal para imponer á sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional destinado al efecto, bastando la orden del padre ó madre, con el V.º B.º del Juez para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende á los hijos legítimos, legitimados, naturales reconocidos ó adoptivos.

Art. 157. Si el padre ó la madre hubiesen pasado á segundas nupcias, y el hijo fuere de los habidos en anterior matrimonio, tendrán que manifestar al Juez los motivos en que fundan su acuerdo de castigarle; y el Juez oirá, en comparecencia personal, al hijo y decretará ó denegará la detención, sin ulterior recurso. Esto mismo se observará cuando el hijo no emancipado ejerza algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio.

Art. 158. El padre, y en su caso la madre, satisfarán los alimentos del hijo detenido; pero no tendrán intervención alguna en el régimen del establecimiento donde se le detenga, pudiendo únicamente levantar la detención cuando lo estimen oportuno.

b. *Sus efectos respecto de los bienes de los hijos.* (Relaciones patrimoniales.)

Art. 159. El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

Art. 1548. El marido, relativamente á los bienes de su mujer; el padre y tutor, respecto á los del hijo ó menor, y el administrador de bienes que no tenga poder especial, no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años.

Art. 160. Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido ó adquiriera con su trabajo ó industria, ó por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre ó á la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos á dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

Art. 161. Pertenecen á los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiriera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo ó parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstas imputables en la herencia.

Art. 162. Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes ó rentas donados ó legados para los gastos de su educación é instrucción; pero tendrán su administración el padre ó la madre, si en la donación ó en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Art. 163. Los padres tienen, relativamente á los bienes del hijo en que les corresponde el usufructo ó administración, las obligaciones de todo usufructuario ó administrador, y las especiales establecidas en la sección tercera del tít. 3.º de la ley Hipotecaria.

Se formará inventario, con intervención del Ministerio fiscal, de los bienes de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; y, á propuesta del

mismo Ministerio, podrá decretarse por el Juez el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo.

Art. 200. (L. Hip.) El padre, ó en su defecto la madre, son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aunque con la obligación de constituir hipoteca legal en favor de los últimos cuando contrajeran segundas nupcias (1).

Art. 201. (L. Hip.) Los hijos, á cuyo favor establece *esta ley* hipoteca legal por razón del usufructo y de la administración que corresponde en sus bienes á los padres, tendrán derecho (2):

Primero. Á que los bienes inmuebles de su pertenencia se inscriban á su favor, si ya no lo estuvieren.

Segundo. Á que su padre, ó en su caso su madre, asegure con hipoteca especial, si pudiere, los bienes que no sean inmuebles pertenecientes á los mismos hijos.

Art. 202. (L. Hip.) Se entenderá que no puede el padre constituir la hipoteca de que trata el artículo anterior, cuando carezca de bienes inmuebles hipotecables.

Art. 203. (L. Hip.) Si los que tuviere fueren insuficientes, constituirá, sin embargo, sobre ellos la hipoteca, sin perjuicio de ampliarla á otros que adquiriera después, en caso de que se le exija.

Art. 204. (L. Hip.) Podrán pedir en nombre de los hijos que se hagan efectivos los derechos expresados en el art. 201:

Primero. Las personas de quienes procedan los bienes.

Segundo. Los herederos ó albaceas de dichas personas.

Tercero. Los ascendientes del menor.

Si los hijos fueren mayores de edad sólo ellos podrán exigir la inscripción de bienes y la constitución de la hipoteca á que les da derecho el art. 201, procediendo para ello en la forma establecida en el artículo 165 (3).

Art. 205. (L. Hip.) Es una transcripción del art. 164 del Código civil (4).

(1) Art. 134, párrafo 2.º (Reg. Hip.) La hipoteca legal que, conforme al núm. 2.º del artículo 168 de la ley, se establece en favor de los hijos, sobre los bienes de sus padres, para la seguridad del peculio, se entenderá limitada á los casos en que la administración y usufructo de dicho peculio corresponda á éstos con arreglo á las prescripciones de la referida ley de Matrimonio.

Art. 143 (Reg. Hip.) La hipoteca para la seguridad del peculio sólo podrá exigirse y deberá prestarse por los bienes no inmuebles que hagan parte de él y administren los padres.

El párrafo 2.º del art. 202—hoy, después de su reforma, 201—de la ley debe entenderse aplicable, según el art. 69 de la de Matrimonio, sólo en el caso de que el padre ó la madre contraigan segundas ó ulteriores nupcias.

(2) Lo señalado con la letra cursiva es una adición que intercala y propone el dictamen de 8 de Mayo de 1912, aprobado por el Senado, sobre modificación de algunos textos de la edición oficial de la ley Hipotecaria de 16 de Diciembre de 1909, que, á pesar de no deber estimarse ultimado el procedimiento parlamentario necesario para esta rectificación de una ley reputada vigente, todo hace esperar que será el que prevalezca como corrección definitiva, siquiera la adición pueda parecer más doctrinal que legalmente precisa.

(3) Este último párrafo es la adición núm. 7.º de igual dictamen del Senado, en la ocasión que antes se expresa.

(4) Y, por tanto, precepto legal *duplicado*, suprimiendo la referencia á la ley Hipotecaria, al transcribirse en ésta.

Art. 206. (L. Hip.) En caso de que las personas mencionadas en el art. 204 no pidan que se hagan efectivos los derechos expresados en el 201 podrá el Fiscal solicitarlo de oficio (1).

Art. 164. El padre, ó la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes inmuebles del hijo en que les corresponda el usufructo ó la administración, ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad ó necesidad, y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio fiscal, salvas las disposiciones que, en cuanto á los efectos de la transmisión, establece la ley Hipotecaria.

Art. 108. (L. Hip.) No se podrán hipotecar:

Segundo. El derecho de usufructo concedido por las leyes ó fueros especiales á los padres ó madres sobre los bienes de sus hijos, y al cónyuge superviviente sobre los del difunto.

Art. 1.810, párrafo 2.º El padre, y en su caso la madre, pueden transigir sobre los bienes y derechos del hijo que tuvieren bajo su potestad; pero si el valor del objeto sobre que recaiga la transacción excediera de 2.000 pesetas, no surtirá ésta efecto sin la aprobación judicial.

Art. 166. Los padres que renocien ó adoptaren, no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos ó adoptivos, y tampoco tendrán la administración, si no aseguran con fianza sus resultas á satisfacción del Juez del domicilio del menor, ó de las personas que deban concurrir á la adopción.

19. CRITERIO ESPECIAL DE TRANSICIÓN.

Regla 5.ª Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar á regir el Código; pero si continuaren viviendo en la casa y á expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad, según la legislación anterior.

Regla 6.ª El padre que voluntariamente hubiese emancipado á un hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad, con arreglo á la legislación anterior.

(1) Art. 142. (Reg. hip.) Los que inscriban á favor de un hijo de familia la propiedad de bienes inmuebles que por la ley constituyan su peculio, harán constar esta circunstancia en la misma inscripción, expresando la procedencia de dichos bienes.

Cuando se omita esta circunstancia en la inscripción, deberán pedir que se haga constar por medio de una nota marginal, puesta á la misma, los que tienen derecho, según la ley, para exigir que, en su caso, se constituya hipoteca para la seguridad del peculio.

Art. 144. (Reg. hip.) La inscripción hipotecaria por peculio expresará todas las circunstancias que requiere la de hipoteca voluntaria y además las siguientes:

- 1.ª La edad y estado del hijo, dueño del peculio.
- 2.ª La procedencia de los bienes que constituyan el peculio.
- 3.ª Los bienes en que éste consista y su valor, ó el que se les haya dado para la constitución de la hipoteca, en los términos que determina el art. 18 de este Reglamento.
- 4.ª Expresión de constituirse ésta espontáneamente por el padre ó la madre ó en virtud de providencia y expediente judicial, y á instancia de quién.
- 5.ª Las circunstancias del núm. 10 y párrafo siguiente de las comprendidas en el art. 140.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

20. PATRIA POTESTAD.—El art. 154 del Código civil declara que el padre tiene la potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, y entre los efectos de la patria potestad señala el art. 155 el deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía é instruirlos con arreglo á su fortuna, siendo precepto terminante del art. 1.887 de la ley de Enjuiciamiento civil, que en el caso de depósito de una mujer casada para entablar demanda de divorcio, queden en poder de la madre los que no tuviesen tres años cumplidos, y los que pasasen de esta edad en poder del padre, hasta que en el juicio correspondiente se decida lo que proceda (1).

Según tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 7 de Julio de 1892, el usufructo establecido por la ley á favor de los padres en virtud de la patria potestad que ejercen sobre sus hijos, se halla por su naturaleza primordialmente afecto al cumplimiento del deber de crianza, alimentación y educación de éstos, constituyendo tal obligación un título de los hijos á ser atendidos con el importe de dicho usufructo de mejor derecho sobre el de cualquier acreedor ordinario por razón de deudas que la sociedad legal ó los padres hubieren podido contraer (2).

Si bien esto no obsta para que el usufructo legal se halle también afecto á las expresadas deudas, cuando después de cubiertas las obligaciones que tienen con los hijos el padre ó la madre se benefician de parte de él, mientras no conste la existencia de tales beneficios, se infringirían, no sólo las leyes que regulan y determinan el concepto del expresado usufructo, apreciadas por el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de Julio de 1892, sino también las citadas especialmente por el recurrente, si no se declarase el mejor derecho de los hijos á ser atendidos según sus legítimas necesidades y posición social con el importe del usufructo, antes que los demás acreedores de sus padres, aunque no resulte previamente fijada la extensión y cuantía de la obligación (3).

Siendo el nombramiento de curador para pleitos una consecuencia legal del depósito acordado, su revocación es ineludible cuando se deja éste sin efecto, y por lo tanto, el considerando de la sentencia recurrida, en que se dice que el art. 1.914 de la ley de Enjuiciamiento civil está modificado por el art. 165 de Código civil, no es fundamento esencial del fallo, y no puede dirigirse eficazmente contra él recurso de casación (4).

No es admisible la doctrina legal que reconoce el estar representado el menor por dos personalidades distintas en los supuestos de los arts. 236 y 165 del Código civil, toda vez que el primero dispone que en determinados casos, y sin que desaparezca el tutor, puede otra persona, el protutor, representar al incapacitado; y el 165, que sin embargo de que el padre representa al hijo, en determinados asuntos asume su representación otra persona, sin que por ello se dé el absurdo de que dos personas estén representando al propio tiempo al menor (5).

(1) Sent. 19 Noviembre 1895.

(2) Sent. 27 Septiembre 1893.

(3) Idem id.

(4) Sent. 3 Diciembre 1895.

(5) Sent. 5 Diciembre 1895.

Los arts. 164 del Código civil y 2.211 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, establecen la forma en que deben enajenarse los bienes de los menores (1).

Al denegarse, como se ha denegado, la preferencia del pariente sobre el extraño para desempeñar el cargo de defensor, no se infringe el art. 165 del Código civil, pues este precepto no la concede á todos los parientes del mismo, sino á los que en su caso estuvieran llamados á desempeñar la tutela legítima (2).

La obligación en que están los padres de alimentar, instruir y educar á los hijos, no implica la de suministrarles litis expensas con cargo á los bienes de la sociedad conyugal cuando litiguen, representados por el defensor que judicialmente se les nombre (3).

El hijo no emancipado que litigue contra sus padres para que se les prive de la patria potestad, carece de derecho á exigirles el abono de los gastos judiciales causados en su defensa, porque además de ser en tal caso imposible aplicar la regla general derivada del art. 155 del Código civil, dado que ni el padre los representa de hecho en el juicio, ni legalmente cabe atribuirle tal representación, no existe razón alguna de justicia, ni siquiera de equidad, para imponer al padre demandado una obligación tan contraria al orden de la naturaleza, como lo sería la de contribuir con sus bienes á su propia degradación (4).

No es lícito rebasar los límites de la discreción y de la prudencia con medidas atentatorias á los derechos de la patria potestad, de que sólo procede privar al padre en el juicio correspondiente por razón legítima, ó en la forma debida, si procediera el depósito de los hijos que tenga en su poder; y no observándose esta doctrina por la Sala sentenciadora, es de estimar la infracción de los arts. 154, 155, 149, 481, 483, 1.811 y 1.817 del Código civil (5).

Según el texto claro del art. 1.887 de la ley procesal, quedarán en poder del padre los hijos mayores de tres años, cuando por anomalías ocurridas en el matrimonio se hubiera constituido el depósito á que se contraen los dos primeros números del 1.880 de la propia ley (6).

La convivencia del hijo con la madre, acordada por razón de la edad cuando se constituyó el depósito de ésta, no excluye el derecho del padre á reclamarlo cuando haya cumplido la señalada para que él pueda hacerlo, dados los términos absolutos y precisos que como base reguladora y única contiene el mencionado precepto; y ejercitando éste en el juicio declarativo correspondiente, se emplea el medio adecuado y exigible para hacerlo efectivo; y la Sala sentenciadora que así lo entiende no infringe los arts. 1.887 de la ley procesal, y, en relación con éste, por su indudable carácter sustantivo, el 73 del Código civil ni el 154, 155, 167 y 171 del mismo Código (7).

Las sentencias de casación de 6 de Junio de 1884 y 4 y 25 del propio mes de 1896, sólo resuelven cuestiones de esta naturaleza, no comprendidas dentro del procedimiento que fija el art. 1.897 de la ley procesal (8).

El art. 168 del Código civil se refiere única y exclusivamente, como la juris-

(1) Sent. 19 Febrero 1894.

(2) Sent. 14 Enero 1896.

(3) Sent. 21 Enero 1903.

(4) Idem id.

(5) Sent. 9 Junio 1909.

(6) Sent. 13 Febrero 1909.

(7) Idem id.

(8) Idem id.

prudencia ha declarado, á las segundas nupcias ulteriores á la vigencia de la nueva ley (1).

La prescripción del art. 168 del Código civil no autoriza á extender la incapacidad en que incurre la madre que contrae segundas nupcias para seguir ejerciendo la patria potestad sobre sus hijos á su marido para poder desempeñar el cargo de tutor de los mismos, porque aunque hubiera algunas razones de orden moral tenidas en cuenta por el legislador al establecer la pérdida de la patria potestad en el caso expresado, que también pudieran alegarse en defensa de aquella tesis, es innegable que, dada la fundamental diferencia que existe entre la institución de la patria potestad y la de la tutela, y la manera diversa como una y otra funcionan, ni esas razones comunes revisten igual importancia, según que se apliquen á una ú otra institución, ni podrían asentarse sobre la misma base una y otra incapacidad; á lo que se agrega la potísima consideración de que entre las incapacidades declaradas en el art. 237 del Código civil, no se encuentra aquella comprendida (2).

Nombrado un individuo defensor de unos menores y discernido el cargo, se constituye á favor de aquél y de éstos una situación legal que, sin perturbación, no puede ni debe ser caprichosamente alterada, mientras no exista causa de verdadera remoción, debiendo ser equiparado dicho cargo al de los tutores para estos efectos, aun cuando se imponga la necesidad de un criterio más amplio para la estimación de la mencionada causa (3).

El art. 165 del Código autoriza el nombramiento de defensor entre personas extrañas, aunque haya parientes del menor, si éstos no son de los llamados á la tutela legítima (4).

La sentencia denegatoria de la remoción del citado cargo, sin causa que la justifique, no infringe los arts. 1.818, 1.856 y 1.857 de la ley Procesal, ni el referido 165 del Código civil (5).

Correspondiendo al padre, y en su defecto á la madre, la potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, á tenor de lo preceptuado en el art. 154 del Código civil, es consecuencia lógica y racional de este principio que el nombramiento de defensor judicial, establecido en el art. 165, y según los propios términos del mismo, es en absoluto improcedente cuando la madre no tenga interés opuesto al del hijo para poder representarle, aunque el padre exista, ya que otra inteligencia sería opuesta, ó cuando menos implicaría una limitación injustificada al derecho de patria potestad reconocido en favor de la madre, siendo asimismo manifiesto que aunque el padre no pierda la patria potestad respecto de los hijos que queden en poder de la madre depositada para los efectos legales compatibles con este estado, es la madre quien la asume para aquellos que no lo sean, y para su representación cuando exista interés opuesto de aquél, por virtud de su derecho subsidiario de patria potestad, sin que sobre esta base y supuesto necesite habilitación ninguna, por ser todo consecuencia y derivación de un estado de derecho regulado por la ley (6).

21. CRITERIO DE TRANSICIÓN. (Patria potestad sobre los hijos naturales.)— El nuevo Código civil, en sus disposiciones transitorias, establece el principio

(1) Sent. 26 Diciembre 1908.

(2) Sent. 19 Junio 1901.

(3) Sent. 9 Octubre 1908.

(4) Idem id.

(5) Idem id.

(6) Sent. 9 Junio 1909.

fundamental de que las variaciones introducidas en el mismo que perjudiquen derechos adquiridos bajo el régimen de la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo; y esto supuesto, la patria potestad atribuida, según el art. 154, de notoria inaplicación al caso, al padre ó á la madre respecto de un hijo natural, constituye un derecho nuevo que afecta á la personalidad de éstos, cuando por haber nacido antes de la publicación del Código adquirieron un estado de derecho diferente, que sólo dando efecto retroactivo al nuevamente creado, podría hacerse desaparecer (1).

§ 3.º

Explicación.

22. Más que á determinar el *concepto legal* de la *patria potestad*, á fijar sus *elementos personales* y su *sentido genérico* de *poder*, por parte de los padres, y de *sumisión* por el de los hijos, es á lo que se refiere el art. 154, que figura como disposición general *inicial*, constituyendo él solo el primer capítulo del tít. 8.º del lib. I, cuyo epígrafe es «*De la patria potestad*».

Dichos *elementos personales* son: de un lado, el padre y, en su defecto, la madre; y de otro, los hijos legítimos no emancipados, los naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad. Ni aquéllos, ni éstos, pueden calificarse de sujetos *activos* ni *pasivos* de la relación civil de patria potestad, porque unos y otros tienen ambas condiciones, desde el punto de vista de los *derechos* y *obligaciones* que forman su *contenido*, y que son imputables á aquéllos ó á éstos, con el indispensable carácter *correlativo* de constituir *derecho* en los primeros lo que es *obligación* en los segundos, y viceversa. Sólo considerada en conjunto como un *estado civil*, representativo de un *poder jurídico*, cabe decir que, en la patria potestad, el sujeto *activo* son los padres y el sujeto *pasivo* los hijos.

No es expresivo el Código en este art. 154, ni en ninguno otro posterior, de nada que pudiera tomarse como un *concepto legal* de la patria potestad, ni en él se percibe diferencia alguna entre ésta y el *concepto total* de la relación paterno-filial, á no ser la diferencia implícita de ambas ideas, que se deduce de consagrar la obligación en los hijos de «obedecer á sus padres» *mientras permanezcan* en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia *siempre*, ó formas de la sumisión y subordinación filial, que la primera sólo subsiste con la patria potestad, y la segunda se ofrece para el hijo respecto del padre, por el mero hecho de su condición filial, dentro y fuera de ésta.

Aparte esta declaración de obediencia, respeto y reverencia de los hijos respecto de los padres, que comprende el art. 154, y que se refiere al *contenido* de la patria potestad y de la relación paterno-filial, las dos últimas en la esfera de aquellas relaciones *personales* entre padres é hijos, lo que dicho artículo determina son las personas á quienes *corresponde* y sobre quienes se *ejerce* la *patria potestad*.

(1) Sent. 28 Abril 1894.

El padre y, en su defecto, la madre tienen dicha potestad. Novedad legal en nuestro Derecho, más por lo explícita y general que por la falta de algunos precedentes (1), que realizó el art. 64 de la ley de Matrimonio civil, conservándose la fórmula en iguales términos de generalidad en este art. 154 del Código, sin que ni en aquella ni en éste se llevara la reglamentación á distinguir con mayor precisión y detalle el valor de la frase, *en defecto*; la cual, por un lado, significa que esta potestad no la tiene la madre cuando puede ejercerla el padre, ó por otro, da á entender que sólo en los supuestos en que por muerte, y por cualquier motivo de los que las leyes señalan, éste no la ejerza, será cuando corresponda su ejercicio á aquélla (2).

Pudo ser más expresivo y reglamentado este principio en el Código, determinándose con mayor detalle y exactitud el alcance de esta fórmula *subsidiaria* de ejercicio de la patria potestad, otorgada á la madre *en defecto* del padre; pero no debe entenderse que, mediante ella, se excluya á la madre de la intervención en la educación, dirección y poder moral sobre los hijos, *concurriendo* en este sentido de una manera *simultánea* á la función complementaria que á ambos padres otorga la relación paterno-filial por el mero hecho de la existencia de prole. Las consecuencias legales y de valor práctico son, á nuestro juicio, estas dos: primera, el predominio de la autoridad del padre, como jefe de la familia,

(1) Núms. 13 y 21, cap. 11 de este tomo. Aparte del imperfecto germen del Fuero Juzgo, á que en el primero de los números antes indicados se hace referencia, lo más explícito es la declaración del Fuero de Cuenca, que dice: «Los hijos sean en poder de los padres y de las *madres* hasta que sean casados é señores de sus casas»; la del de Plasencia, en que se lee: «mandamos que el padre ó *madre* non pueden desafijar sus hijos sanos y locos en otra fecha que la del casamiento»; y el Fuero Viejo, que declara haber lugar á la tutela «quando ome, ó *muger* muere deja hijos chicos que non sean de edad». L. 1.^a, tit. 4.^o, lib. V.

(2) Casos pueden ofrecerse, sin embargo, en que el orden de imputación de la patria potestad sea distinto. Por ejemplo, si se trata de hijos naturales reconocidos primeramente sólo por la madre que viniera ejerciendo la patria potestad, al efecto de resolver si el reconocimiento ulterior hecho por el padre privará á aquélla de la misma, toda vez que el principio general de la ley es que sólo la ejerza *en defecto* del padre, sin que se registre en el Código texto alguno especialmente aplicable á semejante supuesto.

El temor de que el reconocimiento del padre carezca, por lo tardío, de aquella espontaneidad que fuera de desear y pueda obedecer á móviles menos elevados que los del puro afecto paternal, la falta de convivencia ó unidad de domicilio de ambos padres y del hijo natural, á quien la patria potestad de aquéllos se refiere, el ejercicio que de dicho poder venía teniendo la madre, que por su ternura maternal hizo el sacrificio hasta de los miramientos de su sexo, anticipándose al padre en el reconocimiento del hijo habido fuera de matrimonio, y hasta lo perturbador que para la educación del hijo pudiera resultar el cambio de ese ambiente de relaciones de cariño con la madre que le educa, por la nueva dirección del padre que ulteriormente le reconoce, son todas consideraciones que pudieran y debieran determinar en la ley alguna fórmula destinada á proveer al caso, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del mismo; pero es lo cierto que no hay texto en el Código que autorice para que en tales supuestos no cese la patria potestad en la madre y deje de pasar al padre que reconoce al hijo natural después que aquélla.

sobre las mismas determinaciones de la madre, en aquellas manifestaciones en que ésta concurra á la función paterna; y segunda, el carácter legal *preferente* con que el padre lleva la representación jurídica de la persona y derechos de sus hijos, y el subsidiario con que, en defecto del padre, se reconocen iguales facultades á la madre. Más claro: la *relación paterno-filial*, en su concepto genérico y total, una vez sobrevenida la prole que la origina, es y se da lo mismo en el padre que en la madre; la *patria potestad*, como *parte* del contenido de esa relación paterno-filial, y en su sentido *civil* y positivo corresponde al padre *antes* que á la madre, y á ésta sólo *en defecto* de aquél.

Ahora bien; ¿sería conveniente que en los conflictos del ejercicio de esta función que la relación paterno-filial trae consigo, no la patria potestad, fuera sometida su resolución á la acción correctoria de los Tribunales, ante el temor de posibles excesos del padre y de injusto atropello y desconsideración de las iniciativas de la madre? ¿O sería preferible que estas diferencias entre ambos padres no salieran del seno de la familia y se resolvieran por la supremacía de la patria potestad del padre y por su condición de jefe de la familia toda?

Sin negar la posibilidad de aquellos excesos y la de mayor acierto en algún caso en las iniciativas de la madre que en las del padre, por ejemplo, para la educación moral, religiosa, etc., de los hijos en las primeras edades, estimamos perturbadora la intervención de los Tribunales en esta esfera, más propia del Derecho *interno* de la familia que de la social del *externo*, y, por tanto, más acertado el criterio del Código, conforme con todos sus precedentes legales, de subordinar tal hipótesis al poder familiar que representa la patria potestad, ejercida por el padre, fuera de aquellos casos de excepción, ya salvados por las leyes, en los que la madre, no obstante vivir el padre, le reemplaza en el ejercicio más ó menos pleno de este poder familiar de patria potestad ó en los que los Tribunales pueden *privar* á los padres de la misma ó *suspender* su ejercicio, si trataran á sus hijos con dureza excesiva ó si les dieran órdenes, consejos ó ejemplos corruptores (art. 171).

En cuanto á las personas *sobre quienes* la patria potestad se ejerce, ninguna *explicación* necesita lo evidente de que recaiga sobre los hijos *legítimos no emancipados*, comprendiéndose en ellos los *legitimados*, según la declaración del art. 122 (1), respecto de los que lo fueran por *subsiguiente matrimonio*, que disfrutarán de los mismos derechos que los hijos *legítimos*. Aunque no se hace mención en el art. 154 de los *legitimados por concesión Real*, á cuyo medio no atribuye explícitamente el efecto de la patria potestad el art. 127 (2), como sólo pueden ser legitimados, con arreglo al art. 119, los hijos *naturales*, y tienen únicamente este carácter los que son reconocidos, y el 154 somete á la patria potestad á los que tienen esta condición legal de *naturales reco-*

(1) Explicado en el núm. 63, cap. 26 de este volumen

(2) Núm. 65, cap. 26 de este tomo.