

nocidos, resultan también comprendidos los *legitimados por concesión Real*.

La novedad del Código en este punto consiste en declarar sometidos á la patria potestad los hijos *naturales reconocidos* y los *adoptivos menores de edad*, respecto del padre ó madre que los reconoce ó adopta, con la misma obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad y de tributarles respeto y reverencia siempre.

Esa novedad es lógica y plausible, con sólo atender á que la patria potestad forma parte del *contenido* de la relación paterno-filial, y una vez precisada la existencia de ésta por el reconocimiento que determina la paternidad y la filiación, así como subsistiendo todos los fundamentos de necesidad de aquel poder, á los fines de servir al desarrollo del hijo supliendo su insuficiencia natural para ello, no habría razón alguna para excluir esta relación paterno-filial de los padres é hijos *naturales* de sus aplicaciones á la patria potestad; y en cuanto á los *adoptivos* sucede cosa análoga, puesto que por ministerio de la ley se produce esta relación paterno-filial, meramente *civil*, como lo es en su organización legal la patria potestad.

Sin atreverse el Código á llegar á declararla respecto de los *demás* hijos *ilegítimos*, no por eso deja de atribuir importantes efectos civiles á la relación de paternidad y filiación ilegítimas, en tales supuestos, una vez que: impone á los padres la obligación de alimentar á los hijos ilegítimos en la medida de los *auxilios* necesarios para su subsistencia y de costearles la instrucción elemental y la enseñanza de una profesión, arte ú oficio (1), base correlativa del derecho de dichos hijos ilegítimos en quienes no concurra la condición legal de *naturales* para exigir esa prestación alimenticia en determinados casos (2); confiere á la madre el derecho de prestar su consentimiento á los hijos ilegítimos que no sean naturales para contraer matrimonio cuando aquélla fuera legalmente conocida (3); y autoriza también al padre y á la madre para nombrar tutor y protutor á los hijos ilegítimos, á quienes, según el artículo 139, están obligados á alimentar (4). No es esto cosa igual á la patria potestad que, como institución *civil*, sólo puede declararse su existencia en los casos, respecto de las personas y según las reglas que el Código haya establecido.

23. El *contenido* de la patria potestad se distribuye en dos grupos de relaciones entre padres é hijos: *personales* y *patrimoniales*.

A. RELACIONES PERSONALES.

24. En las primeras predomina el aspecto puramente *ético* y *moral* ó el *jurídico*; pero los de ambas clases son *legales*, en cuanto se reconocen y sancionan más ó menos cumplidamente por el Código.

- (1) Art. 143, explicado en el cap. 30 de este tomo.
- (2) Los del 140, explicado en el núm. 59, cap. 26 ídem id.
- (3) Art. 46, explicado en el núm. 41, cap. 14 ídem id.
- (4) Art. 206, explicado en el cap. 31 ídem id.

1.º Puramente *éticas*, por su fondo, son las que se refieren al deber de los hijos de tributar *siempre* respeto y reverencia á sus padres, y aun la de estar los hijos sometidos á su dirección en todas las aplicaciones de la educación de su espíritu, en el orden moral, religioso é intelectual (1).

No significa esto que carezcan del carácter de *legales*, una vez que la ley las menciona; pero por su naturaleza se sustraen á una determinación taxativa y reglamentaria en el orden legal, así como á una sanción completa en el mismo, en el concepto de equivalente jurídico que, directamente en unos y de un modo indirecto en otros, asegure su cumplimiento perfecto ó repare su incumplimiento en todos los casos. La obligación, por ejemplo, de los hijos declarada en el art. 154 de «tributar respeto y reverencia *siempre*» á los padres, lo mismo mientras permanezcan en su potestad que después de salir de ella, es producto, más que de ésta, de la relación paterno-filial, y no encuentra en la ley todos los medios necesarios para impedir ó castigar su infracción, ni significa que los hijos, á título de ese respeto y reverencia que deben á los padres, puedan entenderse privados del ejercicio de cualquier derecho ó del cumplimiento de un deber legal, moral ó social, sin que aquél ó éste dejen de ofrecer el resultado de cierto quebranto de aquella reverencia debida por los hijos á los padres ó mermen de algún modo el prestigio y enaltecimiento de los mismos por consecuencia de actos que, en el ejercicio de un derecho ó en el cumplimiento de un deber, puedan realizar los hijos.

Ejemplo del orden legal que á esto se refiere, pudiera ser el caso en que, formando parte (art. 294) del consejo de familia de un incapacitado sujeto á tutela, ejercida por el padre ó la madre, un hijo de éstos, hermano del incapacitado (arts. 220, 227 y 230), se ofreciera el supuesto de la remoción (art. 239), y dicho hijo de aquéllos la estimara fundada y concurriera con su voto á semejante acuerdo, no obstante aquel deber de tributarles respeto y reverencia *siempre*, que el art. 154 impone á los hijos; porque el que ejercita un derecho ó cumple un deber nunca puede decirse que infringe otro. Lo propio puede decirse de los deberes de un orden puramente moral y social, que, cumplidos por el hijo, pueden parecer contradictorios de la prestación de reverencia y respeto debida á los padres, si bien por la singular circunstancia en que cabe se ofrezcan los de esa índole y el apremio moral que en cada caso tengan para el hijo, son supuestos de imposible regulación para las leyes y quedan sometidos al juicio social y á la sanción de la individual conciencia.

(1) En el núm. 7.º del art. 603 del Código penal se registra la sanción siguiente: «Serán castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y reprensión los hijos de familia que faltasen al respeto y reverencia debidos á sus padres»; precepto compatible con el art. 156 del Código civil, y que, por tanto, no ha sido derogado por éste, sino debe estimarse subsistente, en cuanto son realmente distintos los supuestos á que ambos se refieren ó, por lo menos, diferentes los *medios* que representan, en garantía de la autoridad paterna.

2.º Efectos *civiles* de la patria potestad, también referentes á las relaciones *personales* entre padres é hijos, pero de marcado aspecto *jurídico*, son los siguientes: la convivencia ó *unidad de domicilio*, la *alimentación*, la *educación é instrucción*, la *corrección y castigo* y la *representación* normal de los hijos por los padres, ó la anormal, excepcional y supletoria por el *defensor*; que son expresión de *derechos y obligaciones* imputables, respectivamente, á uno y á otro término personal de ese aspecto *civil* del contenido de la relación *paterno-filial*, que se llama *patria potestad*.

a. *Unidad de domicilio* (convivencia).—Bajo el núm. 1.º del art. 155 se consigna el *deber* del padre de *tener* los hijos *en su compañía*, y es, á la vez, un *derecho* (1), ofreciendo también ambos caracteres respecto del hijo.

Constituye la forma normal y más eficaz de realizar el principio de asistencia, dirección, protección y representación del hijo por el padre, y no es objeto en el Código de ninguna excepción expresa. Sin embargo, no puede desconocerse que se comprende bajo la dicción legal el derecho del padre á tenerlos *fuera* de su compañía, cuando para los fines de su educación é instrucción así lo considere conveniente, lo mismo que es racionalmente derecho del hijo á que se le respete la independencia de domicilio que, por circunstancias especiales, hayan creado hechos consentidos ó provocados por el padre ó que sean producto de necesidad legal.

Ejemplo de la primera clase serán aquellos que sean resultado del ejercicio de cargos, desempeño de oficio, práctica de profesión ó establecimiento de industria, que el padre hubiera consentido respecto del hijo de cierta edad, pero sometido todavía á la patria potestad, en cuya hipótesis algún fundamento puede aconsejar que no deba rectificarse por la simple voluntad del padre, sin justificación alguna, si con ello se causa evidente perjuicio al hijo. En este caso, ya por la racionalidad del mismo, ya por el concepto expreso del *deber de tenerlo en su compañía*, que respecto de los hijos impone el Código al padre, parece que la solución procedente sería la que se derivara de la resolución judicial, con el debido conocimiento de causa.

El Código no da ocasión expresa á tal supuesto ni establece solución para el mismo, á no ser que se considere semejante hipótesis comprendida en el precepto genérico del art. 165, de que siempre que en algún asunto el padre ó la madre tengan algún *interés opuesto* al de sus hijos no emancipados, se nombrará á éstos un *defensor* que los represente en juicio ó fuera de él, y bajo cuya representación se dilucidara semejante extremo de unidad ó dualidad de domicilio, respetando el independiente y propio que el hijo tuviese, á virtud de alguna de aquellas circunstancias; solución más *racional* que estrictamente *legal*.

Á la segunda clase pertenece el supuesto del alistamiento voluntario

(1) Así lo consideró el art. 65 de la ley de Matrimonio civil.

en el Ejército de los hijos mayores de catorce y diez y ocho años (1).

b. *Alimentación*.—Este deber de los padres para con los hijos durante la patria potestad, está regulado por las reglas generales de la ley sobre alimentos (2), y además por el arbitrio del padre, y, en su defecto, de la madre, según sus medios y circunstancias, suplido en su caso por la apreciación judicial (3).

c. *Educación é instrucción*.—El Código distingue ambas cosas como debía (4), imponiendo á los padres el deber de *educar é instruir* á los hijos; pero no pasa de aquí, ni establece reglamentación alguna al efecto, lo cual no deja de explicarse por la índole de las funciones educativas é instructivas y por la variada circunstancialidad que cada caso puede ofrecer (5).

d. *Corrección y castigo*.—Á este punto de vista se refieren, en cuanto al padre ó madre, en su caso, la facultad de corregir y castigar á los hijos *moderadamente*, que expresa el núm. 2.º del art. 155, y los medios

(1) Á que se refieren, respectivamente, los arts. 251 y 253 de la ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 19 de Enero de 1912.

Excepción, respecto de la hija, es el art. 321, al prevenir que las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre ó de la madre, en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado ó cuando el padre ó la madre hayan contraído ulteriores bodas.

Otra excepción de la convivencia de padres é hijos será la de todos aquellos casos en los que, según la ley (art. 171), los Tribunales pueden suspender el ejercicio de la patria potestad, si tratan los padres á sus hijos con dureza excesiva ó si les dieran órdenes, consejos ó ejemplos corruptores.

(2) Título 6.º, lib. I, Cód. civ., explicado en el cap. 30 de este tomo.

(3) Tiene cierta relación con este punto el art. 501 del Código penal, que dice: «El abandono de un niño menor de siete años será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 125 á 1.250 pesetas.»

«Cuando por las circunstancias del abandono se hubiere ocasionado la muerte de un niño, será castigado el culpable con la pena de prisión correccional en sus grados medio y máximo; si sólo se hubiere puesto en peligro su vida, la pena será la misma prisión correccional en su grado mínimo y medio.»

«Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores se entenderá sin perjuicio de castigar el hecho como corresponda cuando constituyera otro delito más grave.»

(4) Véase Art. I, cap. 11, t. I, 2.ª edic.

(5) Como preceptos legales concordantes pueden citarse los siguientes:

a) *Ley de Instrucción pública de 9 de Septiembre de 1857.*

«Art. 7.º La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres y tutores ó encargados enviarán á las escuelas públicas á sus hijos y pupilos, desde la edad de seis años hasta la de nueve, á no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas ó en establecimiento particular.»

«Art. 8.º Los que no cumplieren con este deber, habiendo escuela en el pueblo ó á distancia tal que puedan los niños concurrir á ella cómodamente, serán amonestados y compelidos por la autoridad, y castigados, en su caso, con la multa de dos hasta 20 reales.»

b) *Código penal.*

«Art. 603. Serán castigados con la pena de cinco á quince días de arresto y reprensión:

»5.º Los padres de familia que abandonaren sus hijos, no procurándoles la educación que requiera su clase y sus facultades permitan.»

especiales de intentar lo primero ó de realizar en parte lo segundo, complementando la acción paterna; particulares á los que se consagran los arts. 156 á 158.

Esta doble manifestación de la autoridad paterna significa el *derecho* de los padres á ejercer por sí y directamente sobre el hijo esas facultades correctorias y punitivas, si bien estas últimas en la medida que determina el adverbio *moderadamente*, y sin llegar á incurrir en los supuestos justiciables definidos y penados por los arts. 431 y 433 del Código penal como delitos de *lesiones*, que señalan la responsabilidad en que incurre el que hiere ó maltrata á otro; prescripciones no aplicables al padre, según el último párrafo del art. 431, por las lesiones que causara al hijo, excediéndose en su corrección (1).

En los casos en que el padre y la madre, en el ejercicio respectivo de su patria potestad, consideren deficiente su acción personal, la ley les faculta para impetrar el auxilio de la autoridad gubernativa (2), que deberá serles prestada en apoyo de su propia autoridad sobre sus hijos no emancipados, en la forma siguiente:

1.^a *En el interior del hogar doméstico*; sin que este art. 156 del Código diga más, ni pueda decirlo, acerca de los términos en que la autoridad gubernativa debe prestar dicho auxilio dentro del hogar, quedando remitido este punto á las circunstancias del caso y á la discreción del padre y de la autoridad indicada: siendo de notar que este medio, que revela buen deseo de parte de la ley, es expresivo de una vaguedad probablemente estéril, innecesaria y quizá contraproducente.

Lo primero, porque no se concibe como procedimiento muy adecuado, á no intervenir hechos de violencia, llevar á la esfera del Derecho interno de la familia sanciones de carácter externo y social con la intervención de la autoridad pública, ni se alcanza la eficacia de los recursos que por ésta puedan ponerse en práctica para que ese concurso de la misma resulte provechoso y no perturbadora la ingerencia de la acción del poder público en las intimidades de la vida familiar, precisamente para relaciones *éticas* entre padres é hijos, de las que, por su naturaleza,

(1) Dicha excepción del art. 431 por el delito de lesiones graves y menos graves, que el padre cometiera respecto del hijo, por excederse en su castigo, está inspirada en un criterio opuesto al del 602 del propio Código penal, por lo que se refiere á la falta de lesiones leves, castigada con la pena de arresto menor, que se aplicará en su grado máximo, si el ofensor fuese *padre*, marido ó tutor, sean cualesquiera las circunstancias que concurran.

(2) Para los efectos del art. 156, debe entenderse por *autoridad gubernativa* la que ejerce funciones de esta clase en el lugar de que se trata, como el Gobernador civil en las capitales de provincia y el Alcalde, Tenientes de Alcalde ó Alcaldes de barrio en las demás localidades; pudiendo creerse que la presencia de una de estas autoridades de mayor grado excluye la intervención de otra cuyo carácter gubernativo sea de jerarquía inferior; aunque en otro concepto parece el Alcalde una autoridad gubernativa de índole más adecuada á esta intervención en la esfera familiar que la del Gobernador, y la de los Tenientes ó Alcaldes de barrio, por igual razón, respecto de sus superiores jerárquicos. Lo propio puede afirmarse, por analogía, de cualquiera de los Agentes gubernativos que, aunque delegados, ejercen autoridad de este carácter.

no son susceptibles de reglamentación en las leyes, equivaliendo á dar ingreso en el orden familiar al Derecho *sancionador* social, sin que exista el *determinador* previo y correspondiente.

Lo segundo, porque aun cuando esta necesidad se inspire en hechos de violencia por parte del hijo, que el padre no pudiera reprimir por sí solo, no era preciso que la ley estableciera como medio *especial* la intervención de la autoridad pública, que todo ciudadano puede reclamar en caso semejante.

Lo tercero, porque mal parada quedará la fuerza moral de los padres cuando, para la dirección de los hijos en el seno de la familia, se necesite el concurso de la autoridad pública.

2.^a Para la *detención* y aun para la *reclusión de los hijos en establecimientos de instrucción ó institutos legalmente autorizados* que los recibiesen, cuando aquéllos opongan resistencia á las determinaciones que en aquel sentido adopte el padre, hasta reputar necesario el concurso de la autoridad pública, á fin de que las mismas sean cumplidas.

3.^a Para *hacer efectivo el castigo que los padres impongan á los hijos, como pena de arresto ó detención por el máximo término de un mes en el establecimiento correccional destinado al efecto*, para lo cual bastará la orden del padre ó madre con el *visto bueno* del Juez municipal.

Esta última forma de la autoridad paterna, que sanciona el art. 156, carecía, no obstante la publicación del Código, de medios de llevarla á efecto por la falta de establecimientos ó institutos correccionales destinados expresamente á este fin (1); motivo por el cual se proveyó provisionalmente á esta necesidad de aplicación del Código con la Real orden de 12 de Marzo de 1891 (2), y en forma más definitiva por el Real

(1) El precedente legal que puede invocarse es el de la ley de 4 de Enero de 1886, autorizando á la Junta de patronos, y en su representación á la Comisión ejecutiva que venía entendiendo en el proyecto de establecer una Penitenciaría de jóvenes, para fundar un Asilo de corrección paternal y una Escuela de reforma, en donde reciban educación correccional los jóvenes menores de diez y ocho años.

(2) Por ella se dispone:

1.^o La corrección que, con arreglo al art. 156 del Código civil, impongan los padres á los hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptados, la cumplirán éstos mientras no exista establecimiento destinado al efecto en alguno de beneficencia que sea adecuado al objeto, como Hospicio, Casa de Misericordia ú otro semejante en las poblaciones en donde los haya y en el local en que se cumplan las correcciones impuestas á los acogidos ó asilados.

2.^o En los pueblos donde no exista establecimiento de beneficencia se destinará un local á propósito para el cumplimiento de estas correcciones, siempre que sea posible en las Casas Consistoriales de los Ayuntamientos.

3.^o Sólo en el caso en que no hubiere edificio donde colocar al menor de cuya corrección se trate en la forma y manera que se determina en los dos párrafos anteriores, ó cuando expresamente el padre ó madre pidiere que la detención tenga lugar en la cárcel ó establecimiento correccional donde se encierren jóvenes criminales, se detendrá en él al hijo discolo, teniéndolo con la separación posible, y sin que sea afiliado en el libro de detenidos, ni en ninguno otro especial.

4.^o Los hijos á quienes se aplique la corrección serán mantenidos, en el caso de

decreto de 17 de Junio de 1901, que, al transformar en *Escuela central de reforma y corrección penitenciarias* el establecimiento penal de Alcalá de Henares, creó la *Sección de educación y corrección paternas* constituida por los que, con arreglo á este art. 156 del Código civil «sean detenidos ó retenidos á instancia de sus padres, cuando éstos pidan que se les destine á la Escuela Central de reforma á los efectos expresados en el referido artículo» (1). De todas suertes, y no siendo más que uno el establecimiento á estos efectos destinado, es de temer resulte insuficiente en la mayor parte de los casos, por la inexistencia de establecimientos de instrucción ó beneficencia en otras localidades en condiciones de servir á los fines correctorios que dicho art. 156 se propone respecto del hijo, y ser, con efecto, muy contraproducente y peligroso el que aquella tercera forma de aplicación del auxilio de la autoridad pública y la detención del hijo se realice mediante su ingreso en la cárcel, por falta de los otros medios que indica la Real orden citada ó porque así lo disponga el padre; pues, á pesar de la separación que se recomienda, nuestro sistema carcelario es sobradamente imperfecto y peligroso para tales aplicaciones.

En general, puede decirse de la intervención de la autoridad pública, ya gubernativa, ya judicial, como complementaria del poder paterno, que si bien en algún caso puede hacerse precisa, los padres sólo deben recurrir á ella en situaciones extremas, porque su uso, y sobre todo su abuso, producirán siempre un resultado lamentable, cual es el quebrantamiento de los prestigios de la autoridad moral del padre.

Como se observa, esta acción supletoria de la autoridad pública, que á los padres otorga el art. 156, se realiza mediante las tres formas indicadas, que corresponden las dos primeras á la autoridad gubernativa, y la última á la judicial; y aunque en ellas predomine más el elemento correctorio, y en esta última el punitivo, se dirigen todas principalmente á satisfacer el fin educativo, y en este sentido son más propiamente *correccionales que penales*.

En el caso de la intervención del Juez municipal, para que los padres hagan efectiva la pena ó corrección impuesta á sus hijos de detención ó arresto, hasta el término máximo de un mes, aquélla se limita por parte de la autoridad judicial á un *visto bueno* del Juez, ó sea á un trámite meramente *formal*, necesario para que la determinación paterna, adoptada en la esfera privada de su poder, se convierta en mandato de autoridad pública y tenga cumplimiento en el orden jurisdiccional de la misma.

Termina el art. 156 declarando que el resto de su contenido, ó sean esas aplicaciones de la autoridad paterna, comprenden lo mismo á los

pobreza de los padres, por los establecimientos de beneficencia ó por los Ayuntamientos en sus respectivos casos. (*Gaceta* de 26 de Marzo de 1891.)

(1) En el art. 7.º y siguientes, se determina el régimen que se ha de seguir con los pertenecientes á esta Sección, abono de los gastos de manutención, etc. (*Gaceta* de 22 de Junio de 1901).

hijos legítimos que á los legitimados, naturales reconocidos y adoptivos; es decir, á todos los que, según el art. 154, quedan sometidos á la patria potestad, como atribuciones á ella inherentes.

Son *excepciones* de este principio las á que se refiere el art. 157, á saber: 1.ª, si el padre ó la madre hubieran pasado á segundas ó ulteriores nupcias, y el hijo objeto de esa corrección fuera de los habidos en anterior matrimonio; y 2.ª, si el hijo no emancipado ejerce algún cargo ú oficio, aunque los padres no hayan contraído segundo matrimonio. En ambos casos es preciso que el padre manifieste al Juez los motivos en que *funda* su acuerdo de castigar al hijo, y se previene que aquél oiga, en comparecencia personal, á dicho hijo, reservando á la autoridad judicial la facultad de decretar ó denegar la detención, *sin ulterior recurso*.

Criterio de precaución que está aconsejado en ambos casos, ya por la presunción de cierta desconfianza de desafecto que respecto de los hijos del anterior matrimonio pueda sentir el padre que le castiga por el influjo que sobre su ánimo ejerzan las nuevas nupcias, ya por respeto á cierta independencia que el hijo necesita para el desempeño de un cargo ú oficio, que es prudente no quede sometido en tales circunstancias á la libre determinación del padre que, al acordar su arresto ó detención por el término máximo de un mes, pudiera mermar aquélla y comprometer al hijo en responsabilidades, por razón del mismo, ó colocarle en situación desairada, enojosa y aun perjudicial á sus intereses y derechos, por lo que se refiere á dicho desempeño de cargo ú oficio.

En este punto sería preciso completar el Código, extendiendo su criterio de precaución á todos los casos en que el padre ó madre que ejerza la patria potestad sobre hijos legitimados por concesión Real, naturales reconocidos y adoptivos, contrajeran con posterioridad matrimonio con otra persona que aquella de quienes les hubieron, porque aun cuando sean primeras nupcias deberían considerarse como *ulteriores*, á los efectos de despertar igual desconfianza que la antes indicada para el caso de segundas, respecto de hijos habidos de anterior matrimonio; siendo extraño que el Código, que ha tenido presente esta circunstancia, por el artículo 166, cuando de los efectos civiles en orden á los *bienes* de los hijos se trate, no haya hecho lo mismo en este importante aspecto de los efectos civiles relativos á las *personas* de dichos hijos.

Sin embargo de lo fundado de estos recelos acerca de la justificación con que el padre proceda en esos casos de excepción, á que se refiere el art. 157 y, principalmente, en el primero de ellos, no es posible desconocer el riesgo de probable menoscabo moral, que para la autoridad paterna produzca la intervención del Juez y la audiencia concedida al hijo para oírle sobre los motivos en que el padre funde su acuerdo de castigarle, mucho más si el Juez estimara que era justificada la alegación del hijo, y negara su detención. Bien pudiera repetirse aquí aquello de que lo que se cree mejor es enemigo de lo bueno; y que, por esto, tal vez sería preferible no incorporar á la acción paterna, en la esfera interna

del Derecho de familia, ninguna intervención de la ley social ni de la autoridad pública, que establecida con el fin de amparar las determinaciones del padre, puede originar visible quebranto en sus necesarios prestigios y llevar honda perturbación al régimen interior de la misma.

El art. 158 cierra esta materia con tres declaraciones:

1.^a La de que el padre y, en su defecto, la madre satisfarán los alimentos del hijo detenido; causa que privaría á los padres pobres de este medio de corrección y castigo, y cuya omisión en el Código se ha tratado de salvar con lo dispuesto en el núm. 4.º de la Real orden de 12 de Marzo de 1891 (1), confirmado por el párrafo segundo del art. 8.º del Real decreto de 17 de Junio de 1901, antes citado.

2.^a Que los padres, en tal caso, no tendrán por ello intervención alguna en el régimen del establecimiento donde el hijo sea detenido; declaración indispensable para que, á título de la patria potestad, no resultara perturbado un servicio público.

3.^a Que subsiste en el padre la facultad de *remitir* la pena ó corrección, pudiendo levantar la detención del hijo cuando lo estime oportuno, lo cual debe entenderse del modo indistinto y general con que en el Código aparece; es decir, lo mismo en el caso de que, según el art. 156, la detención sea llevada á cabo por el simple acuerdo del padre y limitado el Juez á poner el *visto bueno*, que en el supuesto del 157 de que sea el Juez quien decrete la detención en vista de los motivos en que el padre funde su acuerdo y resultado de la comparecencia personal concedida al hijo para oírle sobre los mismos.

e. *Representación normal de los hijos* (su capacidad).—Es doctrina corriente en el Derecho la de que el padre es el *representante* de sus hijos, por ministerio de la ley; y, sin embargo, la dicción del Código no es tan explícita, puesto que sólo en la segunda parte del núm. 1.º del artículo 155 se lee: «y *representarlos* en el ejercicio de todas las acciones que *puedan redundar en su provecho*», lo cual parece á primera vista, que limita la representación de los padres á los casos en que sea *judicial*, aparte esa otra limitación de *conveniencia*, muy difícil de precisar, que resulta de las palabras últimas de que dichas acciones «*puedan redundar en provecho del hijo*» (2).

(1) Antes transcrito; que, si subsana el defecto del Código, no deja de ser algo arbitrario.

(2) En la Memoria elevada al Gobierno, por el ilustrado Presidente de la Sala de lo civil del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1904, se lee: «Se ha pretendido dar al deber impuesto á los padres por el número primero del art. 155 del Código, de sufragar los gastos judiciales originados en los pleitos por aquéllos sustentados en representación de sus hijos, una extensión y alcance que el Tribunal Supremo no ha estimado arreglada á derecho, ni conforme con principio alguno de equidad ó justicia. Ciertó es, y así lo tiene doctrinalmente declarado, que la obligación que los padres tienen de representar á los hijos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en provecho de éstos, impone la de atender con sus bienes propios á las costas que con este motivo se originen, porque en el orden familiar no es posible legalmente desligar la personalidad del padre de la del hijo, y porque tal representación

No existe en el Código para la patria potestad un precepto tan general, como cuando se trata de la *tutela*, por ejemplo, y se lee en el artículo 262 que «el tutor *representa* al menor ó incapacitado *en todos los actos civiles*, salvo aquellos que por disposición expresa de la ley pueden ejercitar por sí solos». Sin embargo, debe tenerse por indudable que subsiste después del Código el principio de nuestro antiguo Derecho acerca de la condición genérica de *representante legal* del padre respecto del hijo; y bien pudiera decirse que confirma este sentido la inducción que puede hacerse á la vista del art. 165, según el cual, 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; de donde se infiere que en todos los casos en que no exista esa *oposición de intereses*, el padre es el *representante judicial y extrajudicial* de sus hijos.

Así lo comprueban también otras *aplicaciones especiales* de este principio de representación paterna respecto de los hijos, que se registran en el Código, tales son: la de que los padres puedan optar, á nombre de sus hijos, por la nacionalidad española, renunciando á toda otra (art. 18); la de concederles licencia para contraer matrimonio (art. 46); la de prestar consentimiento los padres, en los casos de adopción de los hijos por otras personas (art. 178); la facultad de nombrarles tutor y protutor (art. 206), que conforme al 262, antes indicado, ha de *representarlos*, lo que significa una especie de *delegación* del padre en el tutor para la representación de los hijos, cuando deje de existir la patria

no es comparable á la de cualquier procurador ó mandatario, sino que implica con todas sus consecuencias una carga aneja á los efectos de la patria potestad; ¿pero quiere esto decir, como se ha pretendido, que cuando un hijo intente litigar contra su propio padre, pueda hacerlo á costa de éste, obligándole á adelantar ó ir pagando los gastos del litigio? Ni el texto del precepto legal del que se quiere derivar la obligación, ni razón alguna atendible consienten dar semejante extensión á tal deber. El hijo que de esta suerte procede, aun cuando sea con algún fundamento legal, se desprende y sale de la órbita de la familia para destacar su personalidad enfrente de la de su padre; éste no puede ni debe tener por lo mismo su representación; nace de esta situación de hecho y de derecho una responsabilidad personalísima del hijo que no puede trascender al padre, sino en el caso de que los Tribunales, apreciando el fundamento de la demanda ó reclamación, le condenaran al pago de las costas, no por la consideración del texto del art. 155 del Código, sino porque estuviera demostrado su injusto proceder, y la necesidad que obligó al hijo á adoptar la resolución extrema de recabar de los Tribunales alguna declaración de derecho contraria al padre; pero mientras tanto, sería contradictorio del precepto legal referido exigirle el cumplimiento de una obligación que deriva pura y exclusivamente de los derechos de patria potestad de que en absoluto se prescinde en tal supuesto; y sería además perturbador del orden familiar facilitar por este medio á un hijo mal aconsejado para que pudiese atentar, no sólo á la tranquilidad, sino á los intereses materiales de sus padres. No; cuando el hijo tuviere razón, como queda dicho, podrán los Tribunales tenerlo en cuenta al hacer la imposición debida de costas, mas para nada puede juzgar en esta estimación una prescripción establecida para caso diametralmente contrario, ó sea aquel en que el padre, ejercitando un derecho y cumpliendo un deber, defiende con legítima representación á su hijo, bien contra quien injustamente le demanda, bien reclamando en su provecho algo que le pertenece.»

potestad y entren en la tutela; la de ser responsables los padres de los perjuicios causados por sus hijos menores de edad, que vivan en su compañía, á no ser que demuestren que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño (art. 1.903); y hasta la facultad de otorgarles la emancipación voluntaria, que significa como despojarse de su representación (art. 314).

No hay tampoco en el Código ninguna *disposición general* que determine la *capacidad civil* más ó menos restringida del *hijo de familia*, como tampoco existe regla semejante que establezca cuál sea la *capacidad general* de los *menores de edad*.

En este punto, fuera de ciertos casos especiales, en los que ni la condición de hijo de familia ni la de menor edad (1), cumplidos ya cierto número de años, priva de capacidad para la celebración de ciertos actos civiles, como el matrimonio á los doce y catorce años (art. 83), la testamentifacción activa á los catorce años (art. 663), la aptitud para ser testigo en el testamento otorgado en el caso de epidemia, cumplidos los diez y seis años (art. 701), no resulta en el Código establecido ningún principio de capacidad para el hijo de familia, y más bien puede afirmarse que carecen de ella, por sí, y que su *personalidad* está absorbida por la representación que á los padres corresponde, por efecto de la patria potestad. Claro es que nos referimos á la capacidad *de obrar ó civil*, ó sea facultad de realizar actos jurídicos con eficacia legal, y no á su capacidad *jurídica* ó aptitud para tener derechos ó ser términos personales de una relación civil; porque el hijo de familia, no obstante su condición de tal, puede ser propietario, usufructuario, acreedor, deudor, etc., aunque todos los derechos que se deduzcan de estas situaciones de relación civil hayan de ser ejercitados normalmente, mediante la representación legal del padre (2).

f. *Representación anormal ó excepcional de los hijos por el defensor*.—Declarado en el núm. 1.º del art. 155 que al padre corresponde la *representación legal* de los hijos, en el normal ejercicio de su patria potestad, debía la ley hacerse cargo, no sólo de aquellos casos de incapacidad sobrevenida al padre, de modo *permanente*, la demencia, la

(1) Adviértase, sin embargo, que en el art. 1.716 se reconoce capacidad para ser mandatario al menor emancipado, si bien el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores.

(2) «Aunque el art. 207 del Código faculta para nombrar tutor á los menores, á la persona que los instituye por herederos ó los deja legados de importancia, esta facultad sólo comprende el caso de que los menores no tengan padre ó madre; pero no cuando los padres existen y los hijos menores están sometidos á la patria potestad, de la cual el testador extraño no puede despojarlos, pues en este caso sólo es posible el nombramiento de *administrador* de los bienes de la herencia para excluir de la administración al padre, que no por esto pierde la patria potestad, cuyo concepto comprende y significa mucho más que la simple administración de bienes adquiridos por los hijos de persona extraña; y subsistiendo aquélla corresponde al padre la representación de los hijos no emancipados.» (Resolución de la Dirección general de los Registros de 13 de Marzo de 1892.)

interdicción civil, etc., que darán lugar á que el poder paterno se derive en la madre ó á que aparezca la necesidad de constituir el organismo tutelar, sino que era preciso tener presente aquellas otras situaciones en que, de un modo *transitorio* y pasajero, resultara necesario proveer al hijo de *representación* distinta de la del padre, para aplicaciones especiales á un determinado asunto.

A esta necesidad responde la idea del *defensor*, establecido por el art. 165, que viene incluido en el grupo de los *efectos* de la patria potestad respecto de los *bienes* de los hijos; y apesar de que sea más frecuente que sobrevenga la hipótesis del *interés opuesto* entre el padre ó madre que ejerza la patria potestad y el hijo, en lo que á las relaciones patrimoniales se refiere, al fin dicha hipótesis no puede ser absoluta, y de lo que se trata es de proveer á la *representación excepcional y supletoria* del hijo en tal caso de *incompatibilidad de intereses* con el padre, razón, por la cual, quizá hubiera figurado mejor colocado este precepto como excepción de aquella falta de representación que menciona el número 1.º del art. 155, que no con aquella especial aplicación á dichos efectos de la patria potestad respecto á los *bienes* de los hijos.

Dada la hipótesis de *interés opuesto* con los padres se produce la necesidad legal del nombramiento de un *defensor* para el hijo de familia constituido en la patria potestad (1), cualquiera que sea este interés, personal ó patrimonial.

Esta institución del *defensor* no tiene precedente de completa identidad en el Derecho anterior, y sólo guarda cierta analogía con el de curador especial *ad hoc* ó para un negocio determinado, que en las leyes y en la práctica forense se designó con el título de curador *ad litem*, cuyo nombre atribuía un sentido de marcada aplicación á la representación judicial, mientras que el *defensor* es un representante excepcional y supletorio del padre en los casos de oposición de intereses con éste, lo mismo en juicio que fuera de él, según la declaración del art. 165.

Esta falta de absoluta identidad entre ambas instituciones, en el antiguo y en el actual Derecho, no permite aplicar todas las reglas del anterior respecto del curador *ad litem* al cargo del *defensor*, lo que es un motivo más que reclama la reforma de la ley de Enjuiciamiento civil en congruencia perfecta con el Código, si bien mientras esto no se verifique podrían ser aplicables aquellas reglas de puro *procedimiento*, no las de carácter *sustantivo*, que respecto de la designación de curadores contiene la ley procesal; esto es, sólo aquellas, suficientes á poner en práctica lo dispuesto por el segundo párrafo del art. 165, ó sea que 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 (2), confiera el

(1) «Concretándose expresamente el art. 165 del Código civil á los hijos *no emancipados*, es obvio que sin violentar su precepto no puede hacerse aplicación de sus disposiciones á los hijos *emancipados*.» (Resolución de la Dirección general de los Registros de 4 de Noviembre de 1896.)

(2) Esta capacidad se regula por el art. 2.º de la ley de Enjuiciamiento civil, según