

ción judicial y la fuerza irremediable de las circunstancias y necesaria aplicación de ese precepto prohibitivo del Código, contenido en el artículo 166, que se trata de *explicar*, hasta donde es posible, sin violentar su texto.

Es evidente que este sentido *restrictivo* del Código, privando al padre de hijos naturales reconocidos ó adoptivos del usufructo de los bienes de los mismos y exigiendo garantías, que en otros casos no reclama, para conferirles su administración, que á falta de ellas les niega, no obedece á otra consideración que á la de impedir que, al amparo de la patria potestad otorgada á tales padres, fuera la codicia ó el interés en el disfrute ó manejo de los bienes del hijo el estímulo que pudiera impulsarles para *reconocer* á los hijos ilegítimos ó *adoptar* á los extraños.

ART. III

RÉGIMEN VIGENTE

§ 1.º

Criterio de transición.

33. REGLAS DE DERECHO.—Las que pueden utilizarse, en cuanto á la *patria potestad*, materia de este capítulo, son de dos clases, *generales*, las dos primeras, y *especiales*, las otras dos siguientes:

Primera. No obstante la variedad de opiniones contrarias que en este punto existen, debe entenderse, atendido su respectivo fundamento (1),

(1) Tres son los *criterios de transición* que ofrecen soluciones diferentes al importante problema, relativo á si deben ó no aplicarse el art. 154 y sus desarrollos, en cuanto establecen la patria potestad del padre ó madre *naturales* sobre los *hijos de esta clase*, como consecuencia de su reconocimiento por aquéllos, y en todos los casos, también, sobre los *adoptivos* en favor del padre ó madre *adoptantes*, aunque el *reconocimiento* ó la *adopción* hayan tenido lugar *antes* de regir el Código civil, que tal *nueva* regla general contiene, comparado con la legislación precedente; ó sea, si dichos artículos serán ó no aplicables, con efecto *retroactivo*, á los hijos naturales y á los adoptados *antes* de 1.º de Mayo de 1889, que no tuvieran la condición de *emancipados* por el matrimonio ó por la edad, á saber: el absolutamente negativo, el absolutamente afirmativo y otro intermedio.

En favor del primero se alega: 1.º Que no hallándose sometidos los hijos de estas clases á la patria potestad en la legislación precedente, según ella tenían la cualidad jurídica de *menores emancipados*, sujetos á tutela ó curatela, conforme á su edad, constituyendo esto un estado civil, en cuya posesión se encontraban al empezar á regir el Código, con arreglo á cuyo art. 154 y siguientes se somete á esta clase de hijos á la patria potestad; y el dar á tales nuevas disposiciones un efecto retroactivo equivaldría á desconocer el *derecho adquirido* de los mismos á continuar en la posesión del estado ó situación civil que hasta entonces tenían, cuyos términos son substancialmente, aunque no tan explícitos, los mismos en que resuelve esta cuestión alguna sentencia del Tribunal Supremo, inserta en el núm. 21 de este capítulo. 2.º Que tal criterio se recomienda por la analogía con el que inspiró otras declaraciones de la jurisprudencia—sentencias de 19 de Junio de 1875 y 15 de Octubre de 1879, insertas en el núm. 16 de este capítulo,—negando efecto retroactivo á los arts. 64 y 65 de la ley de Matrimonio

que las disposiciones del *tít. 7.º, lib. I del Código*, relativas á la patria potestad, pueden considerarse íntegramente aplicables á las relaciones paterno-filiales existentes al tiempo de empezar á regir aquél: primero, en

civil, en cuanto á la novedad de la misma, que concedía la patria potestad á la madre en defecto del padre, respecto á aquéllas que quedaron viudas antes de la publicación de dicha ley, y sobre los hijos menores entonces sometidos á tutela ó curatela.

Con el respeto que nos merecen ajenas opiniones, y con perdón sea dicho del mayor valor moral y práctico de las declaraciones del Supremo, nos parece la adopción de tal criterio producto de una impresión equivocada: 1.º Porque el resolver este problema transitorio en la aplicación del Código, por supuestas razones de *analogía*, derivada del precedente de aquellas declaraciones de la antigua jurisprudencia, negando efecto retroactivo á ciertos preceptos de la ley de Matrimonio civil, adolece de vicios capitales; ya de igualar las hipótesis de la *transición* en uno y en otro caso, cuando son tan visibles las diferencias, sin más que observar que aquellos artículos de la ley de Matrimonio civil otorgaban á la madre el pleno poder paterno, que antes no tenía, consistente, entre otros, en una serie de derechos *patrimoniales* que perdía el hijo ya emancipado que los disfrutaba y adquiriría la madre, lo cual no sucede con la aplicación retroactiva del art. 154 del Código y sus concordantes, bastando comparar con aquellos artículos el 166 del último, único que se refiere á derechos del padre en esa esfera patrimonial de la patria potestad sobre los hijos naturales reconocidos y adoptivos, que no concede, como aquéllos, el usufructo á los padres—núm. 32 de este capítulo,—y que los limita al de administración con fianza, es decir, la propia situación del tutor bajo cuya guarda dichos hijos, como menores, han de estar constituidos, no existiendo, por tanto, el agravio ó menoscabo respecto de tales derechos é intereses del hijo, como hubiera ocurrido con la retroactividad de la ley de Matrimonio civil; ya, sobre todo, de resolver el problema transitorio por tales motivos ajenos, de más ó menos fundada analogía, derivados de la interpretación de una ley anterior al Código y derogada por él, en vez de hacerlo por los elementos *propios*, únicos aplicables, que son los principios y reglas que el mismo Código establece para su *transición* respecto de la legislación anterior. 2.º Porque no parece bastante *limitarse*, como lo hace el Tribunal Supremo, en la declaración citada, á tener sólo en cuenta, y de un modo general é indistinto, el principio, aunque sea el *fundamental*, de que las variaciones introducidas en el Código civil que perjudiquen derechos adquiridos bajo el régimen de la legislación anterior no tendrán efecto retroactivo, y prescindir del *desarrollo* que este principio tiene en la regla primera de las transitorias, especialmente en su segunda parte, que es la de aplicación al caso, la cual ni siquiera se cita, concretándose, por lo que pueda referirse á la idea de *perjuicio* en *derechos adquiridos*, según la legislación anterior, á decir «que la patria potestad atribuida por el art. 154 al padre ó la madre respecto á 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», teniendo implícitamente por *probado* el supuesto del *perjuicio* en *derechos adquiridos* bajo el régimen de la legislación anterior, para fundar la declaración de *no retroactividad*, como si aquella idea fuese sinónima de ese *estado de derecho diferente*. Esta frase no es de sentido tan determinado y concreto como fuera preciso para que contuviera aquellos factores indispensables á la improcedencia de una aplicación retroactiva, que son los indicados del *perjuicio* en los *derechos adquiridos*, según la legislación precedente, en lugar de ser una dicción vaga é indeterminada por demás, de cuyo defecto adolece también aquella otra de «constituir el art. 154 un derecho *nuevo* que afecta á la *personalidad de los hijos*». 3.º Que aun suponiendo que no fuera así, sino, por el contrario, expresivo y concreto de modo suficiente, con arreglo á los textos legales que para la transición establece el Código, dentro de cuya esfera, con preferencia á toda generalización doctrinal, es en la que ha de moverse la función judicial en sus declaraciones, aquellos conceptos siempre resultarían improbados en lo de que,

cuanto sin dificultad alguna puedan serlo y lo son en realidad, aunque se mantenga su cita como de la procedencia del texto legal respectivo, en lo mismo que son reproducción natural ó sustancial de la legislación

por afectar esta novedad del Código á la *personalidad* de los hijos y constituir un *estado de Derecho diferente* con la aplicación retroactiva del art. 154, respecto de los naturales reconocidos y adoptivos, declarándoles sujetos á la patria potestad, que en la legislación anterior no tenia sobre ellos el padre ó madre naturales ó adoptantes en todos los casos, existía á favor de los hijos el *derecho adquirido* y era cierto el *perjuicio* á los mismos que impusiera para la *transición* el criterio prohibitivo de la retroactividad, mientras de ello no se dedujera fundamento más especial y propio que lo acreditara; cuando, además, es evidente que no cabe hablar de *derechos adquiridos* ni de *perjuicios* para el hijo natural por lo que á la esfera personal se refiere, sustituyendo el padre al tutor en la dirección, cuidado y defensa de su persona, á no ser que se llegue á la violencia de razón de suponer más perjudicial para el hijo la dirección del padre que la del tutor, ni menos en el orden patrimonial, una vez que, según el art. 166 del Código, se ha procurado alejar todo peligro de estímulo de interés económico en el padre para realizar el reconocimiento de los hijos naturales ó verificar adopciones, y ejercer sobre ellos los derechos de patria potestad con menoscabo de sus derechos patrimoniales, al negarle el usufructo que al poder paterno corresponde sobre los hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio en los casos y términos de los artículos 160, 161 y 162, de los cuales es excepción el indicado 166, y según el que no le corresponde otro derecho que el de *administración bajo fianza que garantice sus results á satisfacción del Juez ó de las personas que deben concurrir á la adopción*, si de hijos adoptivos se tratara. Así, á mayor abundamiento, lo confirma la *Exposición de motivos* que precede á la edición reformada, en aquel pasaje que dice: «pero la patria potestad en el moderno Derecho no tiene, ni ha tenido, á los ojos de los autores del Código, el sentido que le dió la legislación romana. Concédese á los padres el poder tutívulo, á que se llama patria potestad, no para su personal provecho, sino para el más fácil cumplimiento de los altos deberes que la Naturaleza y la ley les imponen respecto á sus hijos. Á este fin se encaminan, de un lado, el reconocimiento de la autoridad paterna, y de otro el disfrute y administración de los peculios»; siendo de notar, una vez más, que respecto de los naturales y adoptivos niega al padre que reconoce ó adopta, dicho usufructo, y sólo le otorga la administración con las mismas garantías que pueden exigirse á un tutor, y aun con más, porque respecto de aquél no se consigna la excepción de la posibilidad de que sea relevado de fianza. ¿Dónde están, pues, realmente los *derechos adquiridos* de los hijos, según la legislación anterior que se *perjudiquen*? ¿Ni dónde, sobre todo, el que esos derechos *adquiridos* y *perjudicados* sean de *igual origen* que el derecho que apareciera declarado por primera vez en el Código, como este de la patria potestad—bien ó mal reconocida, á favor de padres naturales y adoptantes en todo caso, que es cuestión distinta,—conforme al tenor de la segunda parte de la regla *primera* de las *Disposiciones transitorias*, que es el precepto de *perfinencia especial* al caso, sobre cuya inteligencia y aplicación debió girar la declaración judicial, de que respetuosamente disintimos, en vez de inspirarse en el precepto general de la *transición*, que, por sí solo y sin el *complemento* de aquellas reglas que le desarrollan y fijan su sentido de aplicación, es notoriamente vago é insuficiente para resolver el problema transitorio á que la misma se refiere?

Consiste el criterio *intermedio* á que aludimos—sostenido por Scévola,—en distinguir entre los derechos del padre, por razón de la patria potestad relativos á la *persona* del hijo y los que le corresponden respecto de sus *bienes*; suponiendo que en cuanto á los primeros, debe aplicarse con retroactividad el Código, sin duda porque no perjudican, y si más bien favorecen á los fines de protección, defensa, representación y educación de los hijos naturales ó adoptivos, que, como menores, estarían antes del Código constituidos en tutela, en someterlos á la patria potestad, que es un poder de tutela más natural y de mayores garantías morales y afectivas para dichos hijos; mien-

precedente de 1870, dejando así cumplido en su tenor literal el párrafo primero de la regla *primera* de las *Disposiciones transitorias*; no sin que pueda decirse, con cierto fundamento, que carece de fin racional y útil mantener la coexistencia de dos textos legales diferentes en su origen y fecha, aunque esencialmente iguales en su espíritu y contenido; y segundo, en cuanto que las *novedades* del Código en este punto que aparecen por primera vez, nuevamente declaradas en el mismo, pueden ser aplicadas también á situaciones de patria potestad constituidas *antes* de 1.º de Mayo de 1889 y existentes en esta fecha, puesto que, como aquí sucede, *no perjudican* otros derechos *adquiridos de igual origen*.

En su consecuencia, dentro de este *criterio de transición*, que consideramos precedente en virtud de los fundamentos que se expresan en la nota, estimamos aplicables á las relaciones de patria potestad *existentes* al tiempo de la promulgación del Código los artículos del mismo que se enumeran á continuación, en los términos siguientes:

a. El segundo párrafo del art. 154, en cuanto al declarar sometidos á la patria potestad á los hijos *naturales reconocidos* y á los *adoptivos* menores de edad, que no lo estaban según la legislación precedente, á nuestro juicio, por las razones antes expresadas, debe considerarse aplicable á los hijos de estas clases, aunque hubieran sido reconocidos ó adoptados *antes* de 1.º de Mayo de 1889, por el tiempo que durara su menor edad posteriormente á esta fecha, ó hasta que sobreviniera cualquiera otro motivo de emancipación legal ó voluntaria.

b. El art. 156 que, relativo á la potestad disciplinaria del padre sobre los hijos, y haciendo objeto de su reglamentación nuevos medios para ejercer la autoridad paterna, que en esos términos explícitos no se consignaban en la legislación precedente, debe aplicarse á *todos* los hijos

tras que no sucedería lo mismo en cuanto á los derechos patrimoniales que, otorgados con retroactividad al padre natural ó adoptante sobre los hijos de esta clase, que no estaban, según la legislación anterior, sometidos á la patria potestad, podría ocasionarse, con dicha retroactividad, algún perjuicio en los *derechos adquiridos* de dichos hijos, dándose lugar con ello á la salvedad de excepción de la segunda parte de la regla *primera* de las *Disposiciones transitorias*, que en tal supuesto niega aplicación retroactiva á los derechos que aparecen *declarados por primera vez* en el Código. Además de que esta inteligencia ofrece el resultado arbitrario de dar lugar á una patria potestad muy anómala en principio, en cuanto otorga al padre los derechos de la patria potestad en todo lo *personal* y los niega en todo lo *patrimonial*, desconoce ú olvida los términos del art. 166, conforme á los que el padre no tiene, según hemos dicho, el derecho de usufructo en los bienes de los hijos de esta clase; con lo cual ya resulta satisfecho todo el motivo que pudiera abonar esa distinción en que se funda tal criterio *intermedio*.

Todas estas razones nos deciden en favor del criterio absolutamente afirmativo de la *retroactividad* del pár. 2.º del art. 154 y siguientes, que es el que aceptamos en la regla *primera* para el de *transición* consignado en el texto; esperando que nuevos casos darán motivos á corregir en este punto la tendencia contraria iniciada en las declaraciones de la jurisprudencia, ó que el mayor número de ellas prestará una base positiva de la misma que invocar contra los principios por nosotros aceptados por creerlos más procedentes dentro del régimen legal establecido por el Código para la *transición*.

sometidos á la patria potestad, después de vigente el Código, aunque estuviesen constituídos en ella con anterioridad á 1.º de Mayo de 1889.

c. Los arts. 157 y 158 relativos á ciertos procedimientos de excepción para los mismos fines correctorios y punitivos del hijo, á los cuales será aplicable igual *criterio de transición*.

d. El art. 165, para la representación de los hijos en casos de *interés opuesto* con los padres, aunque la relación de patria potestad en que sobrevengan existiera ya constituida al empezar á regir el Código, por los fundamentos indicados que sirven de base de criterio para la *transición* en estos artículos enumerados (1).

e. Los arts. 160 á 162 relativos á los derechos de los padres en los bienes de los hijos por razón de la patria potestad, en parte iguales y en parte distintos que sus precedentes, 65 á 69 de la ley de Matrimonio civil; pues sus diferencias no justificarían su parcial y diversa aplicación, por la fecha *anterior ó posterior* al día en que empezó á regir el Código.

f. El art. 163, diferente sólo de la legislación precedente en el último extremo relativo á la facultad del Juez, á propuesta del Ministerio fiscal, para decretar el depósito de los valores mobiliarios propios del hijo; cuya diferencia, por *adición*, no autoriza para negarle el efecto de aplicación general y retroactiva.

g. El art. 164 y sus concordantes 1.810, 1.817 y 1.300 á 1.314, igualmente aplicables, en los supuestos que reglamentan, á todos los casos que sobrevengan en la patria potestad *existente* al empezar á regir el Código, aunque su constitución proceda de fecha *anterior*, sin perjuicio de los efectos, derechos y acciones que á los mismos hijos correspondan según la legislación precedente respecto de las enajenaciones, gravámenes y transacciones de sus bienes y derechos realizados antes de 1.º de Mayo de 1889.

h. Y el art. 166, como complemento del párrafo 2.º del 154, y por el propio criterio en la aplicación excepcional á los bienes del hijo natural reconocido ó adoptado á que se refiere.

Segunda. El beneficio de restitución *in integrum*, sancionado por la legislación precedente en favor, entre otras personas, de los menores de edad, aunque fueran hijos de familia, y suprimido por el Código civil, correspondería, sin embargo, en todos los casos en que fuere procedente con arreglo al Derecho anterior, á los que, al publicarse dicho Código, estuviesen en condiciones de edad para disfrutarlo conforme á aquella legislación; bien por el tiempo que les restare del *cuadrenio legal*, si entonces habían cumplido ya veinticinco años, pero no veintinueve, y se hallaban, por tanto, fuera de la patria potestad, bien por los cuatro años siguientes, á partir de la fecha de 1.º de Mayo de 1889, si en la misma

(1) Respecto de los demás, 154 (primer párrafo), 155, 159 y sus complementos de la ley Hipotecaria y sus reglamentos, y de la de Enjuiciamiento civil, nada hay que decir, puesto que aquéllos del Código reproducen el Derecho anterior, y estos otros, que no lo son, pertenecen á las leyes declaradas *subsistentes* por el mismo.

tenían menos de veinticinco y más de veintitrés años, ó desde que cumplieran dichos veintitrés: todo conforme al tenor de la primera parte de las reglas *primera, segunda y cuarta* de las *Disposiciones transitorias*; puesto que se trata de derechos nacidos de hechos realizados bajo la legislación anterior que deben regirse por ella, aunque el Código no los reconozca; de actos y contratos celebrados bajo el régimen de aquélla, que deben surtir todos sus efectos según la misma; y, por consiguiente, de acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, los cuales subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose, en cuanto á su ejercicio y duración para hacerlos valer, á lo dispuesto en el Código (1).

Tercera. La regla *quinta* de las *Disposiciones transitorias*, que mantiene á los padres de hijos mayores de veintitrés años y menores de veinticinco, sometidos á su patria potestad al empezar á regir el Código, en el disfrute de los derechos que tuvieran según la legislación anterior y por el mayor tiempo de *dos años* que la misma establecía para que se produjera la emancipación legal por la edad, pero sólo en el caso de que dichos hijos continuaran viviendo en la casa paterna y á expensas de sus padres; situación *transitoria*, tan pasajera como circunstancial, creada al amparo, más que del respeto á los derechos, ó mejor á las expectativas del padre, fundadas en la mayor duración de la patria potestad según el Derecho anterior, en un motivo de *hecho* y en cierto sentido compensatorio, por la indicada continuación de convivencia del hijo con el padre, y á expensas de éste, hasta cumplir dichos veinticinco años (2).

Cuarta. La regla *sexta* de las *Disposiciones transitorias*, la cual, teniendo sin duda en cuenta que, según el Derecho precedente, en los casos de emancipación voluntaria, correspondía al padre la reserva del derecho á la mitad del usufructo legal en el peculio adventicio de los hijos, ha considerado de equidad respetar aquél hasta el límite de la legítima expectativa de su disfrute, conforme á la legislación anterior, ó sea hasta los veinticinco años, en que por la edad salía el hijo de la patria potestad con arreglo á la misma, y no hasta los veintitrés, en que, según el Código, se produce la emancipación legal por la edad (3).

§ 2.º

Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común.

34. ENUMERACIÓN DE LAS APLICABLES Á LAS MATERIAS DE ESTE CAPÍTULO.—Son dichas *fuentes*:

1.ª Los artículos del Código civil insertos y explicados en el mismo.

(1) El tiempo ya transcurrido desde la publicación del Código, hará desaparecer la posibilidad y utilidad de la aplicación de esta regla.

(2) *Idem id.*

(3) *Idem id.*