

2.^a Los de la ley Hipotecaria y los de su Reglamento que se mencionan en este capítulo.

3.^a Los indicados en el mismo de la ley de Enjuiciamiento civil.

4.^a Los concordantes del Código penal, que también se dejan consignados.

5.^a Los de algunas leyes *especiales*, como los arts. 7.º y 8.º de la ley de Instrucción pública de 9 de Septiembre de 1857 y Reales órdenes de 12 de Marzo de 1891, complementaria del art. 156 del Código civil, de 28 de Agosto de 1876 sobre venta ó gravamen de bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes á menores.

SECCIÓN UNDÉCIMA

LA EXTINCIÓN, LA SUSPENSIÓN Y LA MODIFICACIÓN DE LA SOCIEDAD PATERNO FILIAL

(LEGISLACIÓN COMÚN)

CAPÍTULO XXIX

SUMARIO.—La extinción (disolución), la suspensión y la modificación de la sociedad paterno-filial.

Art. I. DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de la extinción (disolución), la suspensión y la modificación de la sociedad paterno-filial.*—

1. Razón de plan.—2. Sentido usual de esta doctrina en los precedentes legales romanos y patrios.—3. Referencias al Derecho anterior al Código civil.—4. Declaraciones de plan.

§ 2.º *Jurisprudencia anterior al Código civil.*—5. Extinción de la patria potestad.—6. Criterio de transición para aplicar la ley de Matrimonio civil.

Art. II. CÓDIGO CIVIL.

§ 1.º *Texto.*—7. Extinción, suspensión, modificación y recuperación de la patria potestad.—8. Concordancias; reglas legales sobre la emancipación (sus causas, sus especies, requisitos y firmeza).—9. Efectos de la emancipación (capacidad del emancipado).

§ 2.º *Jurisprudencia según el Código civil.*—10. Suspensión y extinción de la patria potestad.—11. Criterio de transición.

§ 3.º *Explicación.*—12. Razón de plan.—13. Enumeración general de las causas que determinan la *extinción*, la *suspensión*, la *modificación* y la *recuperación* de la patria potestad, según el Código é indicación de las omitidas en él.—A. *Causas de extinción de la patria potestad.*—14. a. La *muerte* de los padres ó del hijo.—15. b. La *emancipación*; su concepto legal; referencias á otro lugar de este libro.—16. La emancipación considerada respecto de cada una de las causas que la producen: 1.º Respecto del matrimonio del menor. 2.º De la mayor edad. 3.º De la concesión del padre ó madre que ejerce la patria potestad.—17. Contenido jurídico de este estado civil que la emancipación produce en orden á la capacidad de derecho del emancipado: distinciones, según su extensión y según la causa de la emancipación.—18. Capacidad del emancipado por la mayor edad.—19. Idem por el matrimonio; referencias á otro lugar de este libro.—20. Idem por concesión del padre ó de la madre.—21. Grado intermedio de capacidad civil del menor emancipado: principio general y excepciones. Explicación del art. 317; regla general; limitaciones expresas en dicho artículo y sus concordancias.—22. c. La *adopción*.—23. d. Las *segundas nupcias* de la madre.—24. e. La sentencia firme en causa criminal en que se imponga como pena la privación de la patria potestad.—25. f. El divorcio.—26. g. El decreto judicial.—B. *Causas de la suspensión de la patria potestad.*—27. a. Las mismas segundas ó ulteriores nupcias de la madre viuda.—28. b. La condena á la privación de

la patria potestad, impuesta por sentencia firme, dictada en causa criminal.—29. c. incapacidad de los padres.—30. d. La ausencia de los padres.—31. e. La interdicción civil de los padres.—32. f. Los casos que enumera la ley sobre protección á los niños.—C. *Causas de MODIFICACIÓN de la patria potestad*.—33. a. La muerte del padre.—34. b. El decreto judicial.—D. *Causas de RECUPERACIÓN de la patria potestad*.—35. a. El hecho de enviudar la madre que pasó á segundas nupcias.—36. b. Todos los demás casos en los que el padre ó la madre recobran la patria potestad sobre sus hijos no emancipados, por haber cesado, antes de serlo, las causas que produjeron la pérdida ó suspensión de aquélla.

Art. III. RÉGIMEN VIGENTE.

§ 1.º *Criterio de transición*.—37. Reglas de Derecho.

§ 2.º *Resumen de fuentes legales del nuevo Derecho civil común*.—38. Enumeración de las aplicables á las materias de este capítulo.

ART. I

DERECHO ANTERIOR AL CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Principios, precedentes y Derecho anterior al Código civil, acerca de la extinción (DISOLUCIÓN), la modificación y la suspensión de la sociedad paterno-filial.

1. La *razón de plan*, á que debe acomodarse la exposición de esta materia, resulta de lo dicho en otro lugar (1). La *sociedad paterno-filial* y la *relación* de la misma clase que ésta engendra, así como su *contenido* civil, en lo que las leyes llaman *patria potestad*, es naturalmente finita, ya por desaparecer los términos personales que la constituyen, ya por cumplirse los fines que le están asignados. En este doble sentido puede hablarse de la *extinción* ó *disolución* de la sociedad y relación paterno-filiales, así como ser aquélla *total* ó *parcial*.

La muerte del hijo y la del padre, si no hay madre, ó la de los dos padres, son hechos que originan la *extinción total* de la misma; la muerte del padre, si sobrevive la madre, no *extingue* la sociedad paterno-filial más que respecto de aquél, pero la relación subsiste, cambiando los términos personales mediante la *sustitución* del *padre* por la *madre*, que asume entonces, en sí, la dualidad de los mismos respecto de la patria potestad, en lo que á las personas de los padres se refiere, pero mantiene dentro de la relación al otro término personal que es el *hijo*, pudiendo decirse que, en tal caso, la relación paterno-filial no se *extingue* sino que tan sólo se *modifica* en uno de sus términos personales.

Modificación es, también, y no *extinción*, cuanto se refiere á las causas legales que, como la interdicción civil, la ausencia del padre, el decreto judicial ó las segundas nupcias de la madre, según su duración, pueden producir la *extinción* ó la *suspensión* de la patria potestad.

Á pesar de ser el aspecto más importante y sustantivo del *contenido*

(1) Núm. 17, cap. 2.º de este tomo.

civil de esta relación dicho ejercicio de la *patria potestad*, no expresa la *totalidad* del mismo en el orden civil, ni menos en el natural y en el puramente jurídico; de lo cual resulta que cabe distinguir cuanto á la *extinción* ó *suspensión* de la *patria potestad* se refiere, de aquello que *extingue* ó *disuelve totalmente* la *sociedad* y *relación paterno-filiales*, que, si bien limitada la última considerablemente en sus efectos civiles, después que la *extinción* de la patria potestad se produce, subsiste aquélla, sin embargo, para el cumplimiento de otros fines propios de la relación paterno-filial, en el orden natural, en el jurídico y aun en el meramente legal ó civil.

La *extinción* de la relación paterno-filial será de *todo* su *contenido*, y, por tanto, de la *patria potestad*; la *extinción* de ésta, y menos su *suspensión*, no significará la de toda la *relación paterno-filial*.

2. Á este último aspecto de la *extinción* y *suspensión* de la *patria potestad*, como institución meramente *civil*, refiérese el influjo de las leyes civiles españolas, cuyos precedentes *romanos* y *patrios* quedan consignados oportunamente (1), y de los cuales son dignos de señalarse, como motivos capitales de *transformación* en la patria potestad, tanto por lo que dice relación á las *personas* que la ejercen, como en cuanto á las *causas* que han de poner término ó modificar el ejercicio de este poder civil de los padres sobre los hijos, la ley 47.ª de las de Toro (2), declarando que el matrimonio es causa legal de emancipación del hijo, y el art. 64, párrafo segundo, de la ley de Matrimonio civil, que atribuye igual eficacia al cumplimiento de la mayor edad de aquél; transformaciones todas en la relación paterno-filial desde el punto de vista *civil*, y por lo que á la patria potestad afecta, de las que ya se deja dicho lo suficiente en los lugares indicados (3).

3. Esta circunstancia y la conformidad de doctrina legal, en general, entre la legislación vigente después del Código y su inmediato precedente en el Derecho anterior acerca de la materia, hacen realmente innecesarios mayores desarrollos en este punto, que sólo darían lugar á una verdadera duplicación de las reglas legales.

Hay que limitarse á consignar aquí, además de lo dicho, para dejar satisfechos los fines de exposición de este Derecho *anterior* al Código, que la patria potestad se *extinguió* ó *se suspendió*.

Se *extinguió* por naturaleza, por privilegio legal, por pena y por voluntad.

Por *naturaleza*: en virtud de la muerte de los padres ó del hijo.

Por *privilegio legal*: mediante la profesión religiosa del padre ó del hijo, de cierta dignidad ó ejercicio de cargo público en éste y de la

(1) Respecto de Roma, núm. 32, cap. 3.º, y respecto de España, núms. 13, 21, 22, 25, 28 y 30, cap. 11, todos de este tomo.

(2) Núm. 4, letra a y nota 5.ª, cap. 17 de este tomo.

(3) Cuyo aspecto histórico completa cuanto resulta del análisis y crítica de nuestros preceptos legales respecto de esta materia, hechos en el vol. 1.º de la presente obra.

emancipación por ministerio de la ley, que producía el matrimonio y del cumplimiento de la mayor edad del hijo.

Por vía de *pena*: á consecuencia de la pérdida de nacionalidad, por la de interdicción civil, subsidiaria de una principal perpetua, por el decreto judicial de la emancipación forzosa fundada en delito del padre, y por los malos tratamientos, corrupción de los hijos ó prostitución de las hijas (1).

Por *voluntad*: en los casos de la llamada emancipación *voluntaria*, mediante el cumplimiento de las debidas formalidades y de la correspondiente *gracia al sacar* (2).

Se *suspendía* por incapacidad mental del padre, pena temporal con la accesoria de interdicción civil y ausencia en ignorado paradero.

4. La *razón de plan* que inspira este volumen exigiría que una vez estudiadas hasta aquí las dos *sociedades conyugal y paterno-filial*, que integran la familia en su sentido más estricto y apropiado, nos hiciéramos cargo de aquel tercer elemento de la misma, *lato sensu*, que denominamos *sociedad parental*.

Consignamos esta declaración para mantenernos fieles á aquella *razón de plan*; pero hecha esta salvedad, para que no se pueda atribuir nuestro silencio á preterición injustificada, hemos de declarar, asimismo, que consideramos innecesario de todo punto llevar el desarrollo de esta materia al texto, haciéndola objeto de uno ó varios capítulos, como lo ha sido en las referidas sociedades *conyugal y paterno-filial*.

De los dos procedimientos que pueden adoptarse á ese propósito, ninguno es aceptable.

No lo es el llevar al texto del presente volumen y en este lugar la exposición completa y pormenorizada de todas las aplicaciones *civiles*, á que puede dar lugar la causa genérica del parentesco, ya en el orden propiamente familiar, ya en el sucesorio: en el primero, porque van mencionadas en los capítulos correspondientes, por ejemplo, para impedimentos, licencia y consejo para casarse, en el matrimonio, para la deuda alimenticia en favor de los colaterales de primer grado, en la materia de alimentos; y para la tutela y consejo de familia, en los capítulos que se refieren á la institución tutelar; y en el segundo, porque es asunto propio del último volumen de la presente obra, consagrado al DERECHO DE SUCESIÓN *mortis causa*.

No lo es, tampoco, el proceder por indicación genérica de referencia, más ó menos *sistematizada*, porque esto produciría una duplicación innecesaria, puesto que ya resulta hecho con todo el pormenor y sistemati-

(1) El segundo párrafo del núm. 4.º del art. 1.º de la ley de 26 de Enero de 1878 (*Gaceta del 28*), sobre protección á los niños, establece que los padres pueden ser privados temporal ó perpetuamente de la patria potestad, á juicio del Tribunal sentenciador, cuando entreguen al hijo menor de diez y seis años gratuitamente ó mediando precio á individuos que ejerzan profesiones de acróbatas, gimnastas, funámbulos, buzos, domadores de fieras, toreros, directores de circos ú otras análogas.

(2) Art. 1.º de la ley de 14 de Abril de 1838.

zación que se han estimado convenientes, en el tomo II, segunda edición del presente libro, núms. 20 y 21, capítulo 10.º Debemos, pues, concretarnos con este motivo á dicha *referencia* y á las *consignadas* en los números 14, 15 y 31 del cap. 1.º, y en el núm. 18 del cap. 2.º, ambos de este volumen.

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

5. EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—El empleo ó cargo público que confiere jurisdicción y atribuciones que imponen al que lo ejerce la responsabilidad personal de sus actos, le exime de la patria potestad, porque sujetándole ésta á la voluntad de otro, obstaría al libre desempeño de aquél, produciéndose una incompatibilidad legal (1).

El cargo de Alcalde está virtualmente comprendido entre los que enumeran las leyes 7.ª á 14, inclusive, del tít. 18, Partida IV, que libraban de la patria potestad al que los obtenía (2).

El hijo se reputa como emancipado para la administración y usufructo de los bienes adquiridos con su trabajo é industria si no viviese en compañía de sus padres (3).

La patria potestad invocada por el padre para que se le entregase una de las dos hijas que se hallaban en poder de otras personas quedó en suspenso, según el art. 71 de la ley de Matrimonio civil, desde que por auto firme dictado en expediente distinto se ejecutó el depósito judicial de ambas niñas, fundado en los malos tratamientos del padre, y, por lo tanto, una vez admitido por la Sala sentenciadora el testimonio justificativo de aquella resolución, no pudo legalmente ordenar la entrega de la hija que se reclamaba, porque la ejecución de ese fallo era inconciliable con el auto firme del depósito (4).

Para extinguirse la patria potestad por desamparo del hijo, es necesario con arreglo á la ley 4.ª, tít. 20, Partida V, que aquél tenga lugar dejándolo en las puertas de la iglesia, hospital ú otro paraje de donde fuera recogido por la piedad de otro, y si á la separación voluntaria de los cónyuges, la madre se llevó consigo á la hija, nacida de aquel matrimonio, menor á la sazón de tres años, que hoy reclama su padre, no medió el abandono que exige la citada ley de Partida (5).

6. CRITERIO DE TRANSICIÓN PARA APLICAR LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.—El art. 64 de la ley de Matrimonio civil, según el cual «se reputará emancipado de Derecho el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayor edad», no puede tener aplicación á los hijos fallecidos con anterioridad á la publicación de la expresada ley (6).

(1) Sent. 11 Mayo 1866.

(2) Idem id.

(3) Sent. 18 Enero 1888.

(4) Sent. 4 Mayo 1886.

(5) Sent. 29 Marzo 1883.

(6) Sent. 21 Agosto 1873.