

ART. II

CÓDIGO CIVIL

§ 1.º

Texto.

7. EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN, MODIFICACIÓN Y RECUPERACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

Art. 167. La patria potestad se acaba:

- 1.º Por la muerte de los padres ó del hijo.
- 2.º Por la emancipación.
- 3.º Por la adopción del hijo.

Art. 168. La madre que pase á segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos, á no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiera previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio y ordenado que en tal caso conservase y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Art. 169. El padre, y en su caso la madre, perderán la potestad sobre sus hijos:

- 1.º Cuando por sentencia firme en causa criminal se le imponga como pena la privación de dicha potestad (1).
- 2.º Cuando por sentencia en pleito de divorcio así se declare, mientras duren los efectos de la misma.

Art. 171. Los Tribunales podrán privar á los padres de la patria potestad ó suspender el ejercicio de ésta, si tratasen á sus hijos con dureza excesiva, ó si les diesen órdenes, consejos ó ejemplos corruptores. En estos casos podrán asimismo privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo ó adoptar las providencias que estimen convenientes á los intereses de éste.

Art. 170. La patria potestad se suspende por incapacidad ó ausencia del padre ó, en su caso, de la madre, declaradas judicialmente, y también por la interdicción civil.

Art. 172. Si la madre viuda que ha pasado á segundas nupcias vuelve á enviudar, recobrará desde este momento su patria potestad sobre todos los hijos no emancipados.

8. CONCORDANCIAS Y REGLAS LEGALES SOBRE LA EMANCIPACIÓN. (*Sus causas, sus especies, requisitos y firmeza.*)

Art. 314. La emancipación tiene lugar:

- 1.º Por el matrimonio del menor.
- 2.º Por la mayor edad.
- 3.º Por la concesión del padre ó de la madre que ejerza la patria potestad.

Art. 315. El matrimonio produce de derecho la emancipación, con las limitaciones contenidas en el art. 59 y en el párrafo tercero del 50.

Art. 316. La emancipación de que trata el párrafo tercero del art. 314 se otorgará por escritura pública ó por comparecencia ante el Juez municipal, que

(1) L. de 26 de Julio de 1878.

habrá de anotarse en el Registro civil, no produciendo entretanto efecto contra terceros.

Art. 318. Para que tenga lugar la emancipación por concesión del padre ó de la madre, se requiere que el menor tenga diez y ocho años cumplidos y que la consienta.

Art. 319. Concedida la emancipación, no podrá ser revocada.

9. EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN. (*Capacidad del emancipado.*)

Art. 320. La mayor edad empieza á los veintitrés años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvas las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Art. 317. La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue á la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero á préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles sin consentimiento de su padre; en defecto de éste, sin el de su madre, y por falta de ambos, sin el de un tutor. Tampoco podrá comparecer en juicio sin la asistencia de dichas personas.

§ 2.º

Jurisprudencia según el Código civil.

10. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.—Cuando los hijos que se hallan bajo la patria potestad son demandados por actos á ellos no imputables, subsiste la obligación del padre de atender á las necesidades de su defensa, aunque decline la representación por causas más ó menos justificadas, puesto que la falta de dicha representación no rebaja en tal supuesto los deberes naturales sancionados por la ley civil, existentes entre padres é hijos en consideración á esa misma patria potestad, y porque de otra suerte se subordinaría el objeto principal de la defensa á lo que con relación á ésta tiene, más que otro, carácter formal (1).

No es del art. 134, como tampoco del 144, ni del 143 del Código civil, en que se consignan los respectivos derechos de los hijos naturales y legítimos, de donde se puede derivar la obligación del padre respecto de los gastos que tengan que hacer los hijos para defenderse en juicio, sino del 155, que tratando de los efectos de la patria potestad, establece el deber que tienen los padres de representar á aquéllos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho; deber que, relacionado con los demás que se enumeran en el núm. 1.º del último artículo, se extiende lógica y racionalmente á sufragar los referidos gastos, porque la representación atribuida al padre no puede entenderse establecida para el solo efecto de suplir la falta de capacidad del hijo, sino que ha de tener también por objeto hacer eficaz la obligación de la defensa con arreglo á la fortuna del mismo padre (2).

Según el art. 1.716 del Código civil, el menor emancipado puede ser mandatario, y, por lo tanto, está facultado para ejecutar cuantos actos emanen del mandato, sin las limitaciones que señala el art. 317, pues éstas se refieren solamente á los intereses personales y privativos del menor, pero no á los actos que

(1) Sent. 24 Enero 1900.

(2) Idem id.

ejecute con la autorización y bajo la responsabilidad de otro, por lo que no existe falta de personalidad en un Procurador en favor de quien un menor emancipado sustituye un poder para comparecer en juicio, cuando sucede que está especialmente autorizado para ello (1).

Si bien es indudable, como ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de Enero de 1900, que el deber impuesto á los padres por el art. 155 del Código civil de representar á sus hijos no emancipados en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en provecho de los mismos, se entiende lógica y racionalmente á sufragar los gastos judiciales ocasionados en el desempeño de esa representación, no se infiere de ello que estén los padres obligados á costear los gastos de cualquiera clase de pleitos que en interés de los hijos pueda promover el defensor que judicialmente se les nombre, lo que redundaría en notorio menoscabo de la patria potestad, pues así del mencionado texto legal como de la doctrina establecida al interpretarlo, se infiere precisamente lo contrario, ó sea que cuando el hijo litigue sin estar representado por sus padres en el juicio, no puede exigirse á éstos el abono de los gastos judiciales, sino en casos tan excepcionales como el del pleito resuelto por la citada sentencia, en el cual había de reputarse y se reputó al padre constituido en estado análogo al de representar personalmente á sus hijos, en atención á que sin haber dado éstos ocasión para ello, fueron demandados por una tercera persona para privarles del estado civil que disfrutaban de hijos naturales reconocidos por su padre, y que tan sólo por motivos de delicadeza declinó éste la representación y defensa que le incumbía (2).

El matrimonio produce de derecho la emancipación del menor con las limitaciones consignadas en el art. 59 del Código, limitaciones que implican la existencia de una tutela para todos los actos á que dicho artículo se refiere, ejercida por el padre ó la madre del menor, y á falta de ambos por su tutor, que conserva al efecto su carácter y autoridad, aun después del matrimonio de aquél, como se infiere del texto de dicho artículo, en relación con el 315 y 278 (3).

La persona que cumple veintitrés años queda por ello emancipada, pudiendo, por hallarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, contraer válidamente cualquiera obligación y formalizar contratos, con los pactos, cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, no siendo contrarios á la moral ni al orden público (4).

El art. 171 del Código concede á los Tribunales, para apreciar el carácter excesivo de la dureza de trato ó malos ejemplos á que se refiere, atribuciones de índole discrecional (5).

Dado el supuesto de que tanto el padre como la madre han incurrido en caso de indignidad para el ejercicio de la patria potestad, es lógico y hasta necesario pretender la suspensión de aquel derecho respecto de ambos cónyuges, pues de otra suerte se correría el riesgo de que, suspendida la del padre, hubiera necesidad de someter por más ó menos tiempo los hijos á la potestad de la madre.

Planteada la cuestión del pleito sobre privación de la patria potestad, en momentos en que los hijos por su situación y condiciones tenían que encon-

- (1) Sent. 17 Enero 1903.
- (2) Sent. 21 Enero 1903.
- (3) Sent. 12 Febrero 1902.
- (4) Sent. 17 Junio 1904.
- (5) Sent. 30 Julio 1904.

trarse sujetos á la de sus padres, las variaciones ocurridas en la situación y circunstancias de aquéllos podrán afectar, en su caso, á la ejecución del fallo, pero no á los fundamentos legales del mismo, que tienen que ajustarse á la demanda; y conformándose con las precedentes doctrinas, no se infringen los artículos 154, 167, 171, 314, 316, 318, 319 y 320 del Código civil, ni el 359 de la ley procesal (1).

Si en virtud de un testimonio del auto de autorización concedida á la madre de un menor, tomó ésta, en representación del mismo, una cantidad á préstamo con hipoteca, sin que de dicho documento aparezca que hubiesen dejado de observarse todas las formalidades legales necesarias, es manifiesto que no se puede declarar la nulidad del contrato por supuestos vicios cometidos en el respectivo expediente de autorización, cuando siendo evidente la autenticidad y legitimidad del testimonio con relación al auto referido, no afectan los supuestos vicios á la parte que ninguna intervención tuvo en el expediente y contrato sobre la base de un acuerdo judicial que tenía todos los caracteres de legítimo, tanto más si en el momento de la contratación no era posible suponer legalmente la existencia de vicio alguno (2).

Si en el momento del contrato, por razón de dicha autorización judicial, era innegable la capacidad jurídica de la madre, hay que reconocer que el contrato en su origen, en este sentido y aspecto, revestía todos los caracteres de legitimidad necesarios, no necesitando, quien contrataba con aquélla, cerciorarse más que de la legitimidad de la autorización en su parte dispositiva (3).

Los defectos de tramitación existentes en el expediente, sólo podrían, por tal razón, trascender, en su caso, para los efectos de indemnización de perjuicios á los funcionarios que los hubiesen cometido, pero no á un tercero que pudo válidamente contratar, sin conocimiento de aquéllos, sobre la base de una autorización judicial de indiscutible autoridad, mientras no constare de algún modo lo contrario (4).

El hecho de no haberse notificado al Fiscal la autorización concedida, no tiene trascendencia para la mencionada nulidad, cuando aquélla fué acordada de conformidad con el dictamen de dicho funcionario, implicando como implica una contradicción notoria que pudiere apelarse de una autorización concedida en tales condiciones (5).

Habiéndose demandado en juicio ejecutivo el reintegro del préstamo sin que entonces se alegase la nulidad del título, no es dable, después de la publicación del Código, reservar al menor un derecho especial que no sea el de reclamar directamente contra su guardadora, si es que ésta hubiere perjudicado sus intereses, salvo lo dispuesto en el art. 1.479 de la ley procesal (6).

El mero derecho de representación en juicio del hijo por el padre ó la madre, se deriva del de la patria potestad, que no se puede entender mermado ni perjudicado por el concurso de acreedores de éstos, siendo como es en absoluto independiente de la administración de bienes, que no va inherente á tal función ó cargo; y no observándose la referida doctrina, se infringen los arts. 260 y

- (1) Sent. 23 Junio 1905.
- (2) Sent. 28 Octubre 1907.
- (3) Idem id.
- (4) Idem id.
- (5) Idem id.
- (6) Idem id.

2.014 de la ley procesal, y 4.º, 154, 155, 164, 169, 170, 171, 185 y 914 del Código civil (1).

Pretendiéndose la suspensión temporal del ejercicio de la patria potestad del marido conforme al art. 171 del Código civil, procede que los hijos mayores de tres años, á la sazón en poder del padre, pasen al de la madre, á tenor del art. 1.887 de la ley Procesal, señalándose como procedimiento adecuado el de los arts. 1.880, núm. 4.º, y 1.910, ó mejor el del 1.911 de la ley citada (2).

El repetido art. 1.887, únicamente permite determinar que el menor de tres años quede con la madre, y los otros hijos con el padre, y no que se decida acerca de todos los hijos, en relación con la manera de ejercer la patria potestad en un juicio esencialmente distinto de las actuaciones del depósito de la madre (3).

En virtud de lo expuesto, es indudable que, limitada la pretensión de la madre á que con mayor ó menor trascendencia se constituya en ella el depósito de ciertos hijos, se está en el caso del párrafo segundo de la regla 2.ª, art. 63 de la ley procesal, en relación con el art. 64, según el cual el domicilio de los hijos que han de ser depositados es el de su padre (4).

Si bien el padre, y en su caso la madre, tienen la representación legal de sus hijos menores para la disposición y administración de los bienes de éstos, lo que en ningún caso pueden hacer es contratar con ellos, asumiendo con tal objeto su representación, pues esto implicaría la negación de circunstancia tan esencial, cual es la de que en todo contrato concurren dos ó más voluntades distintas y autónomas, aun cuando la personalidad de cualquiera de ellas tenga que ser completada ó representada por un tercero, y la de los requisitos todos que informan la existencia de los contratos, á tenor de lo dispuesto en el artículo 1.261 del Código civil, conforme con los precedentes de nuestro Derecho, ya que por mucha que sea la extensión de las facultades concedidas á los padres con relación á los bienes de sus hijos, no pueden llegar á anonadar la personalidad de éstos, confundiéndola con la suya propia, como sería en realidad si pudieran contratar con sus hijos, asumiendo su representación; por lo cual es evidente que todo contrato entre padres é hijos, en tales condiciones otorgado, es esencialmente nulo y no es susceptible de confirmación, á tenor de lo prescrito en el art. 1.310 del expresado Cuerpo legal.

Observándose esta doctrina, no se infringen los arts. 165, 1.259, 1.261, 1.262, 1.266, 1.309, 1.310, 1.311 y 1.313 del Código civil.

No es lo mismo que un padre contrate con su hijo el que le represente para contratar con un tercero, ni que ambos puedan defender juntos intereses comunes, ni que menores que contratasen con terceras personas puedan consolidar en su día los contratos defectuosos, ni que uno se abrogue la representación de un extraño para contratar, ni que se trate de defectos personalísimos susceptibles de subsanación complementaria (5).

11. CRITERIO DE TRANSICIÓN.—Si el Tribunal *a quo*, haciendo aplicación del precepto que consigna el art. 168 del Código civil, deniega la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio á la viuda que, siéndolo con anterior-

- (1) Sent. 28 Octubre 1907.
- (2) Sent. 3 Septiembre 1908.
- (3) Idem id.
- (4) Idem id.
- (5) Sent. 6 Marzo 1909.

idad á dicho Código, contrajo segundas nupcias después de publicado el mismo, el principio proclamado en el párrafo inicial de las disposiciones transitorias de aquél, en virtud del que las variaciones introducidas por el Código que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior no tendrán efecto retroactivo, obliga á examinar en ese caso si la sentencia perjudica con su fallo algún derecho adquirido por la viuda con anterioridad á la publicación del Código que obste á la aplicación del citado art. 168 (1).

Las viudas conservan íntegro el derecho de patria potestad sobre sus hijos mientras no pasen á segundas nupcias; de modo que lo que se condiciona por el antedicho artículo es este nuevo estado, prescribiéndose que en tal caso perderá la madre la patria potestad, á diferencia de lo establecido en la anterior ley sobre Matrimonio civil; y como semejante condición depende completa y absolutamente de la realización voluntaria de un acto posterior á la publicación del Código, es evidente que al contraer las segundas nupcias la mencionada viuda, lo hizo sometida ya á las prescripciones de la nueva legislación, pues sólo podría constituir derecho el reconocido por la ley anterior al estado civil que se disfrutaba, no aquel con que se condiciona un estado diferente (2).

Estimándolo así la Sala sentenciadora, no infringe los arts. 64 y 66 de la ley de Matrimonio civil, ni el 63, el 168, la disposición transitoria primera y el párrafo inicial de las del Código civil (3).

El art. 63 del Código civil es perfectamente compatible con el 168, puesto que aquél se refiere á los casos en que deba subsistir la patria potestad de las madres, bien por haber pasado á segundas nupcias antes de la publicación del nuevo Código, bien por haberlo previsto y autorizado el padre en su testamento (4).

§ 3.º

Explicación.

12. En el cap. 4.º, tít. 8.º del lib. I, y bajo el epígrafe de los *modos de acabarse la patria potestad*, ofrece el Código no muy numerosos artículos, 167 á 172, cuyo contenido se refiere á tres supuestos distintos en orden á esta materia, á saber: la *extinción*, la *suspensión* y la *modificación* de la patria potestad, y aun pudiéramos añadir para algunas hipótesis, la *recuperación* de la misma.

13. Á la *extinción* se refieren las causas siguientes:

1.ª La *muerte* de los padres ó del hijo (art. 167, núm. 1.º).

2.ª La *emancipación* (art. 167, núm. 2.º).

3.ª La *adopción* (art. 167, núm. 3.º).

4.ª Las *segundas ó ulteriores nupcias de la madre* no autorizada en

(1) Sent. 20 Diciembre 1892.—Véase un notable artículo crítico, que inspiró esta sentencia, de D. Cecilio Roda, publicado en la *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXXXIII, págs. 513 á 521.

(2) Sent. 20 Diciembre 1892.

(3) Idem id.

(4) Idem id.

testamento por el marido difunto para conservar la patria potestad sobre sus hijos (art. 168).

5.^a La *sentencia firme* en causa criminal, que imponga á los padres la pena de privación de la patria potestad (art. 169, núm. 1.^o).

6.^a La *sentencia en pleito de divorcio*, si no dejaran ésta y la anterior de producir sus efectos antes de que el hijo hubiera salido de la patria potestad por la emancipación (art. 169, núm. 2.^o).

7.^a El *decreto judicial*, privando á los padres de la patria potestad por tratar á los hijos con dureza excesiva ó darles órdenes, consejos ó ejemplos corruptores (art. 171).

Son causas de *suspensión*:

1.^a Las mismas *segundas ó ulteriores nupcias de la madre*, según el art. 168, si enviudara de este nuevo matrimonio, antes de que los hijos hayan salido de la patria potestad por otra causa, puesto que nuevamente viuda, la *recobra* por virtud de lo dispuesto en el art. 172 (arts. 168 y 172).

2.^a La *condena á la privación de la patria potestad*, cuando se extingue antes de que el hijo haya podido salir de ella por otra causa, de igual modo que el *divorcio*, cuyos efectos de aplicación á la patria potestad duran sólo mientras subsisten los de éste, y no se modifican en cuanto á la misma por virtud de las hipótesis que establecen los arts. 73, núm. 2.^o, y 74 (números 1.^o y 2.^o, art. 169).

3.^a Por *incapacidad, ausencia* del padre ó, en su caso, de la madre, declarada judicialmente, y también por *interdicción civil* de aquél, y en los casos en que los *supuestos del 171*, de dureza excesiva, por órdenes, consejos ó ejemplos corruptores, no produzcan más efectos civiles que el de la *suspensión* y no el de la *extinción* (arts. 170 y 171).

Son causas de *modificación*:

El decreto judicial, en cuanto se faculta al Juez para privar á los padres total ó parcialmente del usufructo de los bienes del hijo, ó tomar las providencias que estime convenientes á los intereses de éste, en los diferentes supuestos del art. 171, de tratar á sus hijos con dureza excesiva ó de darles órdenes, consejos ó ejemplos corruptores.

Son causas de *recuperación* de la patria potestad, la de la mujer que contrajo segundas nupcias y volvió á enviudar, respecto de los hijos del matrimonio anterior y todos los casos en los que, terminados los efectos, de la causa que *extinguió ó suspendió* la patria potestad, vuelvan los hijos á ingresar en ella por no haber salido antes de la misma en virtud de otra causa legal—arts. 168, 169, 171 respecto de la suspensión temporal ó revocada y 170, en cuanto á la incapacidad, ausencia ó interdicción civil,—cuyos efectos terminen *antes* de haber salido el hijo de la patria potestad por otra causa legal (1).

(1) En el Derecho anterior al Código civil eran también causas legales de extinción de la patria potestad la *dignidad del hijo*, el *abandono de éste por el padre*, el *voto religioso* y la *pérdida de la nacionalidad*.

A. CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

14. a) La muerte de los padres ó del hijo.

Es causa *natural* que no necesita *explicación*, á no ser para recoger el efecto de la potestad *subsidiaria* que, muerto el padre, corresponde á la madre sobre sus hijos legítimos.

Como la patria potestad, aunque con aquellas condiciones de más *imperfecta*, que antes se ha hecho observar (1), corresponde también sobre los hijos *naturales reconocidos* (art. 154), y el reconocimiento de éstos puede tener lugar por el padre ó la madre conjuntamente ó por uno solo

Se concibe, hasta cierto punto, la desaparición de la primera en razón al cargo público que reclama en el hijo la independencia suficiente, que no es compatible con su sumisión á la patria potestad, porque, mayor de edad á los veintitrés años, según el Código, es superior la que se exige, en general, para el ejercicio de cargos públicos y aun para el de los derechos políticos, según declara la Real orden de 5 de Agosto de 1889 (*Gaceta* del 6), que se refiere á la de veinticinco años; pero no es absolutamente cierto en todos los casos, por ejemplo, el desempeño del profesorado oficial, al cual puede aspirarse cumplidos que sean los veintiuno. El Código no ha olvidado la hipótesis; lo que ha hecho es no considerarla como *causa legal* de emancipación y reducirla al precepto del segundo párrafo del art. 157, exigiendo que los padres manifiesten al Juez los motivos en que funden su acuerdo de castigar al hijo, por consecuencia de las facultades que les otorga el art. 156, para que el Juez decrete ó deniegue la detención del mismo sin ulterior recurso, en el caso en que dicho hijo, *no emancipado*, ejerza algún cargo ú oficio.

Es, en cambio, lamentable que se haya prescindido de mencionar la segunda, cuando nada más justificado que privar de la patria potestad al padre que, contra lo que es de naturaleza, cometiera el atentado moral de abandonar á sus hijos, tanto más cuanto que este hecho es constitutivo de delito, según el art. 501 y sus concordantes del Código penal.

Respecto del *cambio de nacionalidad y pérdida de la española en el padre*, es evidente que por sí sola no es *causa de extinción* de la patria potestad, en virtud de la cual los hijos se hayan de considerar *emancipados*, sino de *modificación* de las reglas de su ejercicio en los términos que las leyes de la nueva nacionalidad establezcan, combinadas con las españolas ó de origen, según el criterio de Derecho internacional aplicable á tales casos, conforme á lo expuesto en el núm. 26, cap. 13, t. II de esta obra.

Por último, en cuanto á la *profesión religiosa*, en lo que se refiere á la patria potestad nacida de matrimonio canónico, como causa de divorcio, puede venir á constituir otro de los medios que producen la *extinción* de la patria potestad; pero el Código no la menciona respecto del matrimonio canónico, ni tampoco del civil, si bien admitida la hipótesis de que el padre ó el hijo ingresen en una Orden religiosa, se hace imposible el ejercicio ó sumisión al poder paterno cuando uno de los términos personales de esta relación está sometido á la privación de libertad que impone la vida conventual.

Extraño es también que, siendo la patria potestad el poder más natural de dirección para los hijos menores de edad sometidos á ella, no resulte escrito en el Código algún precepto, si no igual, análogo á los motivos de incapacidad para el ejercicio de la tutela que mencionan los números 2.^o, 3.^o y 5.^o del art. 237—explicado en el capítulo 31 de este volumen,—considerando inhábiles para ella á los que hubieren sido penados por los delitos de robo, hurto, estafa, falsedad, corrupción de menores ó escándalo público ó á cualquiera pena corporal mientras no extingan la condena, ó á los que sean personas de mala conducta ó que no tuvieren manera de vivir conocida; porque aunque los supuestos del art. 171, y aun los del 169, pueden coincidir con algunas de aquéllas, ni son tan explícitos ni igualmente comprensivos.

(1) Núm. 32, cap. 28, de este tomo.

de ellos (art. 129), y en esta hipótesis cabe que preceda el reconocimiento de la madre al del padre, puede ofrecerse la duda de si el reconocimiento *ulterior* del padre privará á la madre del ejercicio de la patria potestad que, por el que ella hiciera anteriormente, tuviese sobre el hijo al tiempo de reconocerle después el padre. Ni una buena razón jurídica ni el texto legal abonan tal solución.

Obsérvese que el fundamento de esta patria potestad sobre los hijos ilegítimos *naturales* está en el *reconocimiento* y vínculo civil que el mismo crea entre el padre ó madre que reconoce y el hijo reconocido, mientras falta todo motivo civil de relación entre el padre y la madre cuando el reconocimiento ha sido de uno solo de ellos ó de los dos por separado, para subordinar aquel efecto de la patria potestad respecto de la madre á la prioridad de su ejercicio por el padre, cuando éste reconoció, después que aquélla, al hijo natural de ambos. El otorgamiento *subsidiario* de la patria potestad á la madre, en defecto del padre, sólo aparece explícitamente contenido en el primer párrafo del art. 154 y respecto de los hijos *legítimos*; mientras que el segundo párrafo de dicho artículo no consigna esta condición *subsidiaria* y dice tan sólo que los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre ó de la madre que los reconoce ó adopta. Así es que, si el reconocimiento se hubiera hecho por uno solo de ellos, padre ó madre, éste tendrá la patria potestad y con su muerte se extinguirá dicho poder sin pasar al otro, puesto que falta la base del reconocimiento por su parte. Si reconocieron ambos, hay que distinguir si lo hicieron conjuntamente ó por separado: en el primer caso, podrá y deberá cumplirse el criterio de preferencia á favor del padre respecto de la madre, y muerto aquél entrará ésta en el ejercicio de la patria potestad; pero si el reconocimiento fué por separado, el que primero reconozca, padre ó madre, aquél será á quien corresponda el ejercicio de la patria potestad y por su muerte recaerá en el otro, pudiendo ocurrir que sea la madre quien la ejerza primero y el padre después.

Lo propio puede decirse de la potestad sobre los hijos adoptivos y su terminación por la muerte del adoptante, cuyos fundamentos consisten sólo en el acto de la *adopción*, así es que la patria potestad corresponde al adoptante que, por regla general, no puede ser más de una persona, fuera de la excepción de que dos cónyuges adopten conjuntamente (núm. 4.º, art. 174), único caso en que cabe que sobrevenga la hipótesis de que, muerto el marido adoptante, recaiga la patria potestad en la mujer también adoptante, sobre los hijos adoptados conjuntamente por ambos.

15. b) La emancipación.

Ya en otro lugar (1) se ha tratado de esta institución civil, en sus aplicaciones al matrimonio, y con tal motivo se han examinado las dis-

(1) Núms. 24 á 26, cap. 17 de este tomo.

posiciones del Código en cuanto á ella, determinando: cuál es el *nuevo concepto* con que realmente se ofrece, comparado con el que tenía en el Derecho anterior; cuáles son las consecuencias legales del mismo y *antinomias* que el Código presenta en relación á esta doctrina; así como consignado cuanto de especial contiene el mismo cuando dicha emancipación tiene lugar por matrimonio, á tenor del núm. 1.º del artículo 314, exponiendo las *limitaciones* que establece á la capacidad del emancipado por este medio, según la edad, distinguiendo, á este propósito, entre la capacidad del hombre y la de la mujer casada.

No ha venido al Código la palabra *emancipación* (1) con el doble sentido legal con que figuraba en el Derecho anterior: uno *estricto* (2), que es el de la *emancipación voluntaria*, y otro *lato*, que es el acto de salir el hijo de la potestad del padre, no sólo por el matrimonio, sino por cualquiera otra causa legal (3) en el nuevo concepto y con las consecuencias de esta novedad que se deja explicada (4), originando más bien la expresión de un *estado civil* indeterminado de *capacidad relativa*, por razón de la edad, aunque constitutivo de causa de *extinción* de la patria potestad, cuando la causa legal que produce la emancipación sobreviene en un hijo de familia.

16. Considerada la *emancipación*, respecto de cada una de las *causas* que la producen, resulta:

1.º Respecto de la emancipación por el *matrimonio* del menor (núm. 1.º, art. 314), además de lo antes dicho (5):

a. Que no obstante esta cualidad de *emancipado* por el *matrimonio* anterior, disuelto antes de ser mayor de edad, ó por la *concesión de los padres*, mientras no ha cumplido los *veintitrés años*, es decir, en todos los casos en que la emancipación no lo sea por razón de la *mayor edad*, debe considerarse el emancipado por los otros medios sometido á la necesidad de la licencia ó al consejo paterno para contraer matrimonio, aunque sea en segundas nupcias, por las razones que se consignaron oportunamente (6).

b. Como, con arreglo al criterio del art. 69 en sus dos primeros párrafos (7), el matrimonio contraído de *buena fe*, aunque sea declarado *nulo*, debe producir *efectos civiles*, y si ha intervenido buena fe sólo de parte de uno de los cónyuges, surte únicamente dichos efectos civiles respecto de él y de los hijos, así como si interviene *mala fe* por parte de

(1) Del verbo latino *emancipare*, que significa soltar la mano, sacar de su poder, transferir, enajenar, vender. Escriche, ob. cit., t. II, pág. 782.

(2) En el proemio del tit. 18 de la Partida IV: «quando el padre sacasse su hijo de su poder a plazer del; a que dizen en latin *emancipatio*».

(3) LL. 8.ª, tit. 11, lib. I, F. R.; 12, 15, 16, 17 y 18, tit. 18, Part. IV, y 3.ª, tit. 5.º, lib. X, Nov. Rec.

(4) Núm. 25, cap. 17 de este tomo.

(5) Núms. 24 á 26, cap. 17 de este tomo.

(6) Núm. 41, cap. 14 de este tomo.

(7) Explicado en el núm. 23, cap. 23 de este tomo.