

inmuebles, por donde, *a sensu contrario*, resulta que el menor, por muy injustificado y peligroso que sea en muchas aplicaciones, tiene reconocida una especie de capacidad *plena*, igual para actos de *administración* que para los de *libre disposición*, en lo que se refiere á bienes *muebles*, según antes se ha indicado. Podrá, en su consecuencia, dar dinero á préstamo, no obstante que no puede recibirlo; es decir, ser mutuante, pero no mutuatario, desde el momento en que como emancipado tiene capacidad para *regir su persona y bienes* (art. 317), fuera de las *excepciones* que éste consigna, en las que no se comprende dicho acto y capacidad para *consentir* (núm. 1.º, art. 1.263), y no aparece tampoco disposición especial alguna que así se lo prohíba, relativa al contrato de préstamo (1); podrá también *comprar inmuebles*, ó sea emplear su dinero en la adquisición de los mismos, á pesar de que no puede *venderlos*, y realizar, en suma, toda clase de actos y contratos que tengan por base la libre disposición de los bienes *muebles* (2).

(1) Tit. 10, lib. IV.

(2) También puede el menor emancipado ser *mandatario* (art. 1.716), si bien «el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores».

En la Memoria del Presidente de la Sala primera del Tribunal Supremo, correspondiente al año 1904, se lee:

«Se ha discutido, por último, en el pasado año judicial en un caso concreto, acerca del alcance y trascendencia del art. 1.716 del Código en relación con el 317, porque habiendo un menor emancipado mandatario de determinada persona, sustituido, debidamente autorizado, un poder á favor de un procurador para comparecer en juicio, se negaba á este procurador la legitimidad de su representación atendido el origen de la misma, y la Sala del Tribunal Supremo sancionó doctrinalmente dicha legitimidad estableciendo al efecto—en sentencia de 17 de Mayo de 1904, inserta en el núm. 8, cap. 8.º, tomo II, 2.ª edic.—la distinción debida entre los casos á que respectivamente se refieren los dos expresados artículos.

«El menor habilitado por la emancipación para regir su persona y bienes como si fuera mayor, no puede realizar, sin embargo, los actos comprendidos en la prohibición de que trata el art. 317, entre los que se encuentra el de comparecer en juicio sin la asistencia de su padre, de su madre ó de un tutor, y claro es que con esta asistencia debe otorgarse el poder que sea necesario conferir á un procurador para comparecer en juicio; pero como el 1.716 le autoriza para ser mandatario sin restricción alguna, como éste tiene la completa representación del mandante en todo y para todo lo que se encuentre comprendido dentro de los límites del mandato, como el menor no rige propiamente en este caso su persona y bienes sino la del mandante que bajo su responsabilidad puso en él toda su confianza, es obvio que las restricciones del art. 317 carecen en absoluto de razón, porque ninguno de los actos á que éstas se refieren afectan ni pueden afectar á la persona del menor sino á la de su mandante, tanto por la naturaleza del mandato cuanto porque el acto que le da vida, nacido de quien tiene absoluta libertad para regirlos, atribuye al menor la misma capacidad que pudiera tener un mayor para comprometer al mandante por su mediación con terceras personas, arrojando al efecto las consecuencias de esta confianza. Estas consecuencias ya las determina ó indica el mismo art. 1.716, según el que el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad á lo dispuesto respecto á las obligaciones de los menores, pero al arros-trarlas, y porque sólo al mandante pueden afectarle, es por lo que el menor mandatario, en el ejercicio de su cargo, obra con la plenitud de los derechos de un mayor de edad, sin restricción alguna dentro de los límites del mandato, según queda expuesto, y con la plena facultad que á su mandante plugo transmitirle.

En cuanto á la prohibición de *gravar bienes inmuebles* el menor emancipado, sin el *consentimiento* de su padre, de su madre ó de un tutor, el art. 317 es terminante, y en el mismo se deben considerar comprendidos todos los casos, por virtud de los cuales se lleve á cabo dicho gravamen en los bienes inmuebles en cualquiera de las formas ó especies de derechos reales *limitativos* del dominio y aun de garantía fideyusoria por motivos de contrato á que dichos bienes pueden quedar afectos, tales como el *usufructo*, el *uso*, la *habitación* y toda clase de *servidumbres*, los *censos* en sus variadas especies, la *hipoteca*, *fianza*, *renta vitalicia* y cuantas pueden ser formas directas ó indirectas de imponer gravámenes en los bienes inmuebles del menor emancipado.

Todos estos actos, respecto de los cuales, por *excepción* á la *regla general* de capacidad que el art. 317 establece para el menor emancipado *habilitándole* «para regir su persona y bienes como si fuera mayor», son la expresión de ese grado de capacidad civil *intermedia* ó *menos plena*, que distingue entre los actos para los cuales el menor emancipado no necesita *complemento* alguno y obra con la misma eficacia civil que si fuera realmente *mayor*, y los otros, en los cuales tiene *defecto de capacidad civil*, que ha de ser *suplido* en estas dos formas: *con el consentimiento* ó con la *asistencia* del padre, en su defecto de la madre, y á falta de ésta de un tutor. El valor legal del *consentimiento* y de la *asistencia* no son de una significación semejante.

Lo primero significa *voluntad conforme y manifiesta* con el acto de enajenación y gravamen de bienes inmuebles ó de tomar dinero á préstamo, sin cuya conformidad de voluntad el acto adolecería de vicio de *nulidad*, por defecto de capacidad en el menor emancipado que lo celebra; mientras que la *asistencia* debe traducirse por *representación necesaria* del menor por aquellas personas, para que no sobrevenga el defecto procesal de la *falta de personalidad* para comparecer en juicio.

Lo que no hace el Código es establecer el medio legal subsidiario para subsanar el defecto de capacidad del menor con el fin de que pueda ser suplido ó no por otros, cuando el padre, madre ó tutor le niegan el consentimiento para los extrajudiciales y la asistencia para los judiciales; pues, si es de suponer que la negativa del consentimiento se inspirará en lo que se repute más conveniente cuando de aquellos contratos ó actos extrajudiciales se trate, no es *imposible* la hipótesis de que esa resistencia á prestarlo sea injustificada y perjudicial al menor, así como, por lo que á los judiciales se refiere, cuando el menor fuera demandado, no debe darse lugar á que quede indefenso, por no otorgarle el padre, madre ó tutor la *asistencia* que necesita para comparecer en juicio.

Sin embargo, es lo cierto que, ni en el art. 317, ni en ningún otro del Código, se registra precepto alguno que provea á tales hipótesis, á no ser de modo muy oblicuo el art. 165, por lo que se refiere al nombra-

»Así es como han quedado explicados los dos referidos artículos en la relación que entre ellos pueda existir.»

miento de un *defensor*, allí limitado al supuesto concreto de que en algún asunto el padre ó la madre tengan *interés opuesto* al de sus hijos *no emancipados*, cuando aquí se trata precisamente de *menores emancipados*; ó el núm. 2.º del 236 que obliga al protutor á sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que esté en oposición con los intereses del tutor, el cual no es aplicable, porque la tutela no existe para los menores *emancipados legalmente* (núm. 1.º, art. 200).

Menciona únicamente el Código este medio supletorio, deducido de la paternidad, de la maternidad ó de la tutela, para completar el defecto de capacidad del menor emancipado en los actos en que no es suficiente por sí mismo; pero como dice sólo *padre, madre ó un tutor*, no hay razón para limitar el sentido de aplicación de esta palabra á los padres *legítimos*, sino que comprende á éstos y á los *naturales y adoptivos*; y por lo que se refiere al supuesto de que en defecto de los padres haya de suplir aquel defecto de capacidad *un tutor*, cuál ha de ser éste, en qué condición ha de ser nombrado y ha de ejercer por medio transitorio y circunstancial, no permanente, esa función supletoria de la capacidad del menor emancipado, de *consentimiento ó asistencia*, si habrá de ser sólo el tutor el que se designe y por quién y de qué manera, ó si habrá de hacerse el nombramiento completo de todo el *organismo tutelar*, ó sea del protutor y del consejo de familia, cuestiones son todas éstas que reproducen las dudas y ponen de manifiesto los vacíos en el Código que con motivos semejantes se han hecho notar en otros lugares (1), y confirman el sentido de la crítica que el Código merece por haber suprimido la institución adecuada para éste y otros casos análogos de la *curatela especial*.

22. c. La *adopción*.—Al consignar el núm. 3.º del art. 167 que la patria potestad se acaba por la adopción del hijo, no hace otra cosa que concordarse con la declaración final del 177, de que el adoptado conserva los derechos que le corresponden en su familia natural, á excepción de los relativos á la patria potestad (2).

23. d. Las *segundas nupcias de la madre*.—Con el único precedente en nuestras antiguas leyes (3), de que el nuevo matrimonio de la viuda fuera causa que la privase de la tutela de los hijos del matrimonio anterior que tuviera en guarda, aparece en el Código el art. 168, por virtud del cual, «la madre que pasa á segundas nupcias *pierde* la patria potestad sobre sus hijos del primer matrimonio, 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

(1) Al explicar, por ejemplo, los arts. 1.352 y 1.361, núms. 44, letra b, y 46, letra c, capítulo 18 de este tomo.

(2) Véase la explicación de los arts. 177, en esta parte al tratar de la *adopción*, letras c y d, núm. 22, cap. 27, y 154, en cuanto otorga la patria potestad á los adoptivos, núm. 22, cap. 28, ambos de este tomo.

(3) 14, tít. 2.º, y 3.ª, tít. 3.º, lib. IV, F. J., y 4.ª y 5.ª, tít. 16, Part. VI.

ejerciese la patria potestad sobre sus hijos» (1). El texto no deja lugar á duda, de que se refiere lo mismo á las *segundas* nupcias que á cualquiera de las *sucesivas*, aunque su letra se contraiga á aquéllas respecto de la pérdida por la madre de la potestad sobre los hijos habidos en las anteriores; así como que la palabra *hijos*, que emplea sin calificativo dice relación sólo á los *legítimos*, puesto que habla del *marido* difunto, *padre* de éstos.

El fundamento de este artículo no parece ser el temor á que el nuevo matrimonio de la viuda con hijos de uno anterior la prive de aquellas condiciones de libertad é independencia que necesitaría para ejercer el poder paterno, dentro del criterio del Código, en cuanto que le está reconocido en el art. 63, núm. 2.º, que podrá, *sin licencia de su marido*, «ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto á los hijos legítimos ó naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto á los bienes de los mismos»; y, además, si se observa que este efecto de la pérdida de la patria potestad por las segundas nupcias de la madre puede ser corregido y evitada dicha pérdida, cuando la hipótesis del segundo matrimonio de la misma fuera prevista *expresamente* en el testamento del marido de quien hubo aquellos hijos y autorizada por éste para conservar y ejercer la patria potestad sobre ellos.

Ya en otro lugar (2) se ha observado que, á pesar de tal precepto del artículo 63, si la mujer como *madre* puede, sin licencia de su marido, ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto de la persona y bienes de sus hijos, no deja, como *mujer casada*, de estar obligada á la unidad de domicilio por la convivencia conyugal, á la obediencia al marido y á todas las limitaciones y faltas de libertad que su condición de *casada* produce; y que, por tanto, no siempre será posible armonizar tal estado de subordinación de la mujer al nuevo marido con aquellas condiciones de necesaria independencia para el fácil ejercicio de su patria potestad sobre los hijos de anterior matrimonio.

Desde el momento en que el Código hace depender la conservación de la patria potestad en la madre viuda que pasa á segundas nupcias sobre los hijos del primer matrimonio de la circunstancia de haberlo autorizado en su testamento el anterior marido, padre de los mismos, es lógico deducir que el Código no ha tenido en cuenta aquella temida falta de libertad é independencia de la madre, y que sólo tal disposición sig-

(1) No existe precepto *reciproco* para el caso del segundo matrimonio del viudo, según sucede en alguna de las leyes forales, como la 1.ª, tít. 10, lib. III de la Novísima Recopilación de Navarra, y á pesar de lo fundado que puede ser en este sentido y en la práctica la observación de Goyena (ob. cit., t. I, pág. 180) al decir: «Todas las razones, más ó menos especiosas, que se han alegado á favor del padre, se estrellan ante la triste y constante experiencia de que *las madrastras son más funestas á los hijos del primer matrimonio que los padrastros*; el segundo matrimonio es, por muchas razones, más excusable en la mujer débil que en el hombre fuerte.»

(2) Núm. 62, cap. 17 de este tomo.

nifica una especie de *pena*, por no haberse mantenido viuda, y, á lo sumo, un medio puesto al servicio del natural recelo que pueda sentir el padre de que, muerto él, sus hijos continúen bajo la patria potestad de la madre que contrae segundo matrimonio, y tal circunstancia pueda ceder en perjuicio de dichos hijos por hallarse sometida la madre á las influencias legales y morales del nuevo marido.

Privar á la viuda que contrae segundas nupcias, por regla general, de la patria potestad sobre los hijos habidos de matrimonio anterior, ó mantenerla en su ejercicio por efecto sólo de aquella circunstancia permisiva del marido anterior y padre de aquéllos, es fiar á un *accidente*, nada menos que la desaparición ó subsistencia de la patria potestad, es decir, el mantenimiento ó alteración de todo un régimen legal. Además, en la práctica, es de temer sean muy poco frecuentes los casos de tal autorización del marido; y aun en aquellos en que resulte otorgada por éste en su testamento, como no se refiera á una hipótesis de segundo matrimonio con persona determinada, sino simplemente á ulteriores nupcias, en general, que pueda la mujer contraer, la garantía de tal precaución en favor de los hijos es completamente *nula* y falta de motivación lógica que la abone, en cuanto que el padre de aquella prole que autoriza para la conservación de la patria potestad de la madre, si después de muerto contrae ésta segundas nupcias, otorga tal venia sin el menor conocimiento de causa.

Refiérese el art. 168, sólo á los hijos *legítimos*, y correspondiendo también al padre y á la madre la patria potestad sobre los hijos *naturales*, es evidente que resulta de *peor condición* la madre *legítima* que la *natural*, puesto que, aunque ésta se case, no pierde la patria potestad sobre los hijos naturales, porque no le es aplicable el artículo 168. Más extraño es el caso de la mujer que, teniendo hijos *naturales* sometidos á su patria potestad, se casa con persona distinta del padre de éstos, tiene nueva prole en aquel matrimonio, enviuda, y al celebrar nuevas nupcias se ve privada de la patria potestad sobre sus hijos *legítimos*, si el marido no autoriza en su testamento la conservación de la misma y, en cambio, sigue ejerciendo la que tenía sobre aquellos *naturales*. De esto resulta, también, comparado el art. 168 con el núm. 2.º del 63 (1), que el primero de estos artículos puede dejar sin efecto el segundo respecto de los hijos *legítimos*, si no precede aquella autorización del marido anterior, padre de los mismos, privando á la mujer viuda que contrae nuevo matrimonio sin licencia del marido, de que ejerza los derechos y cumpla los deberes nacidos de la patria potestad que le corresponden sobre los hijos *legítimos* habidos de otro, pero no sobre los *naturales*, á los cuales no comprenden los supuestos de dicho art. 168, subsistiendo, por tanto, íntegramente el referido precepto del núm. 2.º del art. 63 en cuanto á los mencionados hijos *naturales*, sin posibilidad

(1) Explicado en los núms. 62 y 63, cap. 17 de este tomo.

legal de aquella modificación derogatoria que el art. 168 establece para los hijos *legítimos* (1).

24. e. *La sentencia firme en causa criminal en la que se imponga como pena la privación de la patria potestad.*

Este texto del Código es terminante; y, sin embargo, su aplicación ofrece fundadas dificultades, por falta de las necesarias *concordancias* con otros órdenes legales. En efecto: según el núm. 4.º del art. 25 del Código penal, no pueden reputarse penas *las privaciones de derechos* y las reparaciones que en forma penal establezcan las leyes civiles. De esta clase es lo dispuesto por el Código civil, que en el citado núm. 1.º del artículo 169 la califica de *pena* impuesta en sentencia firme dictada en causa criminal, cuyo texto deja fuera de duda dicho carácter de *pena*, que le niega aquel precepto del núm. 4.º del art. 25 del Código penal, á tenor del 22 del mismo, al declarar que «no será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por ley anterior á su perpetración».

Sólo en la *interdicción civil* como *pena accesoria*, según la escala general del art. 26 del Código penal, y en cuanto conforme al art. 43 se declara que privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad, excepto en los casos en que la ley limita determinadamente sus efectos (2), puede encontrarse cierta relativa concordancia de la penal con la civil, en orden á la consideración como *pena*, de la privación de la patria potestad; pero es de advertir que no debe reputarse cosa *igual*, puesto que además de hacerse mención separada de dicha *interdicción civil*, considerándola como causa de *suspensión* de la patria potestad en el art. 170, tal interdicción es pena *accesoria* tan sólo de las *principales* de cadena perpetua ó temporal, según los artículos 54 y 57 del Código penal, y tales penas no pueden ser impuestas á las mujeres, con arreglo al art. 96 del mismo, según el cual, cuando incurrieran en delito que el Código penal castiga con las referidas penas de cadena perpetua ó temporal, ó con las de presidio mayor ó correccional, se les impondrán, respectivamente, las de reclusión perpetua ó temporal, prisión mayor ó correccional.

De todo esto resulta que la *interdicción*, ni como pena accesoria—que en una interpretación estricta es posible imponer sólo al padre, pero no á la madre (3)—ni por figurar en otro artículo y para efectos

(1) Todo esto hace evidente la necesidad de que, al revisarse el Código, sea reformado ó desaparezca el art. 168.

(2) Como acontece en el 466, para los reos de corrupción de menores en interés de tercero, á quienes se les condena á las penas de interdicción del derecho de ejercer la tutela y ser miembros del Consejo de familia, aquí sustituido, por lo que á la patria potestad se refiere, con el precepto del art. 171 del Código civil, que provee á dicho supuesto de corrupción de los hijos por el padre ó por la madre.

(3) No hay razón alguna para que en igual supuesto de delincuencia, y de consiguiente imposibilidad en el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, no alcance su suspensión á la madre, cuando la ejerza, lo mismo que al padre.

Consultados los artículos concordantes del Código penal, podría creerse á primera

de *suspensión* de la patria potestad, debe reputarse *equivalente* á la de «*privación de patria potestad* impuesta en sentencia firme dictada en causa criminal», que expresa el núm. 1.º del art. 169; pareciendo más bien que esto exige la reforma de la ley penal para obtener la concordancia que hoy falta con ese precepto de la ley civil. Sólo con él es congruente el núm. 4.º del art. 1.º de la ley de 26 de Julio de 1878 sobre protección de los niños, que contiene la sanción de esta pena de *privación de la patria potestad*.

25. f. *El divorcio*.—Dados los términos en que está concebido el núm. 2.º del art. 169, al decir «cuando por sentencia firme, en pleito de divorcio, *así se declare* — el padre, y en su caso la madre, pierden la potestad sobre sus hijos — mientras duren los efectos de la misma»; parece indispensable que la sentencia de divorcio haya de contener esas *expresas declaraciones* de pérdida de la patria potestad. Sin embargo, no debe entenderse así, principalmente por tres razones, á saber:

1.º Porque no concuerda con el núm. 2.º del art. 73 (1), que declara, ministerio *ex lege*, ser uno de los efectos *civiles* de la sentencia de divorcio «el quedar ó ser puestos los hijos bajo la patria potestad y protección del cónyuge inocente», sin hacer depender esta consecuencia legal del divorcio, de que se *declare ó no* en la sentencia en que se decreta, y es desde luego dicho texto legal del núm. 2.º del art. 73 más fundamental y comprensivo de esta doctrina que el meramente enunciativo de la causa del divorcio, que es el carácter de aquel núm. 2.º del art. 169.

2.º Porque la pérdida de la patria potestad, si no fuera efecto *civil* que el divorcio produce de *Derecho* y tuviera que ser objeto de *declaración especial* en la sentencia para que se originase este resultado, es lógico que no tendría el divorcio tal consecuencia de la pérdida de patria potestad, si en la sentencia no se hubiera declarado así, ó lo que es lo mismo, que dependería de esta declaración judicial, y no de la ley, semejante resultado; sentido, que no es admisible en buena doctrina, por cuya razón hay que subordinar, cualquiera que sea su contexto, este núm. 2.º del art. 169 á igual número del 73.

3.º Porque teniendo idénticos efectos legales las dos formas matrimoniales, *canónica* y *civil*, admitidas por el Código, y siendo esto de la

vista que, siendo la interdicción civil pena accesoria de las de cadena perpetua y temporal, y no pudiendo imponerse á la mujer tales penas—arts. 26, 43, 56, 57 y 96, Cód. pen.—no era aplicable á la madre esta causa de privación de la patria potestad por interdicción civil; pero, si bien el Código penal ha cometido el error de establecer y considerar la interdicción civil con relación á las *penas* y no con relación al *delito*, en este caso, la pena impuesta de reclusión perpetua ó temporal á la mujer, es la determinada en equivalencia y sustitución de las de cadena perpetua y temporal, que traen consigo las de interdicción civil, por lo cual entendemos que, dada esta equivalencia, ha de considerarse en tales casos accesoria la pena de interdicción civil y surtir sus efectos en cuanto á la suspensión de la patria potestad que estuviera ejerciendo la madre al ser castigada con aquellas penas por delincuencia semejante.

(1) Explicado en el núm. 27 del cap. 23 de este tomo.

pérdida de la patria potestad un efecto puramente *civil*, los Tribunales *eclesiásticos*, que son los competentes para decretar el divorcio en el matrimonio canónico (art. 80), carecen de competencia para resolver acerca de los efectos *civiles* de la *nulidad* del matrimonio y del divorcio, que sólo pueden obtenerse ante los Tribunales ordinarios (art. 67); lo cual comprueba que no es *necesario*, ni siquiera *posible*, cuando del matrimonio canónico se trata, la observancia literal del núm. 2.º del art. 169, haciendo depender, en los casos de divorcio, la pérdida de la patria potestad, de que *así se declare* en la sentencia firme que lo decreta.

Entiéndase completada la *explicación* de este texto y doctrina del Código con lo dicho en otro lugar (1), pudiendo concluir con la observación de que el divorcio cabe que sea considerado, respecto de la patria potestad: ya como causa de *extinción*, en el caso de divorcio decretado por culpabilidad común de ambos cónyuges, en el cual la muerte de uno no hace que renazca la patria potestad en el otro, sino que se *extingue* para los *dos*, siendo provistos los hijos del correspondiente tutor; ya como causa de *suspensión*, en el supuesto de divorcio decretado por culpa de uno solo de los cónyuges, en cuyo caso el inocente ejerce todos los derechos de patria potestad, pero á su muerte la recobra el culpable, si fuese el marido, y la adquiere en su condición subsidiaria la mujer, no obstante haber estado la culpa de parte de ésta; ya como causa de *recuperación*, en el propio sentido de haberla perdido el cónyuge culpable que la ejerciera—generalmente el marido—y recobrarla á la muerte del cónyuge inocente, ó sea, de ordinario, la mujer.

26. g. *El decreto judicial*.

Según la legislación precedente, ésta podía ser una de las causas en virtud de la que el hijo saliera de la patria potestad, que es lo que se titulaba *emancipación judicial ó forzosa* por diferentes motivos; de los cuales, sólo dos, los malos tratamientos ó castigos crueles de los padres á los hijos y la prostitución de las hijas son los que corresponden de algún modo con parte del art. 171 del Código civil. La novedad de los términos de éste no consiste en esa intervención y eficacia para tales aplicaciones á la patria potestad del decreto judicial, sino en haber otorgado á los Tribunales mayor amplitud en las determinaciones de esta clase, en términos verdaderamente discrecionales. Así es que, conforme al art. 171, los Tribunales pueden privar de la patria potestad, dando lugar con su decreto á la *extinción* de la misma ó *suspender* en el ejercicio de ella, y en este caso privar á los padres, total ó parcialmente, del usufructo de los bienes del hijo, ó simplemente *modificar* su ejercicio adoptando las providencias que estimen convenientes á los intereses de éstos.

Desde luego se percibe que los supuestos á que responde el art. 171 no son los de ninguno de los artículos anteriores, especialmente el 169.

(1) Núm. 27, cap. 23 de este tomo.

Dicho 171 tiene por objeto, además, establecer una nueva serie de motivos, por los cuales se *extingue, suspende ó modifica* la patria potestad ó su ejercicio, siempre que existan esas *causas de Derecho*, de dureza excesiva en el tratamiento de los padres ó de darles aquéllos á éstos órdenes, consejos ó ejemplos corruptores; pero todo ello se dispone en el Código con una gran vaguedad ó indeterminación, entregándolo á la libre discreción judicial. Este criterio legal tiene el peligro de que una misma causa producirá distintos efectos civiles de mayor ó menor alcance en la *privación ó suspensión* de la patria potestad y acuerdos de más ó menos garantía para los hijos, según la apreciación judicial en cada caso, sin que tampoco resulten amparados los padres contra las imputaciones gratuitas de que pudieran ser objeto en este sentido, ya porque el Código civil nada provee sobre el particular, ya porque el mismo Código penal no podrá servir de sanción con sus recursos en todos los casos (1).

En dicho art. 171 se observan también ciertas distinciones entre los efectos *civiles*, relativos á las *personas* de los hijos, en los supuestos de *privación ó suspensión* en el ejercicio de la patria potestad, que los Tribunales decreten en tal caso, y los referentes á los *bienes*, en cuanto que en la segunda parte de dicho artículo se añade que en este caso «podrán, asimismo, los Tribunales 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 éstos». ¿Cuáles son esos *casos*? Son los de la *privación* de la patria potestad y los de la *suspensión* en el ejercicio de la misma, pues que se designan todos con esa denominación general, pero no se concibe que el padre pierda la patria potestad y pueda conservar, según lo que *libremente* determine el decreto judicial,

(1) Según los arts. 340 y 467 no se comete el delito de *denuncia falsa* ni el de *calumnia* sino mediante la falsa imputación á alguna persona de hechos constitutivos de delito de los que dan lugar á procedimiento de oficio, y no tienen tal carácter de delito los casos de corrupción ó prostitución de menores sino cuando son para satisfacer los deseos de otro ó el interés de *tercero*, conforme á los arts. 459 y 466 de dicho Código; circunstancias, que no son precisas para que proceda la aplicación del art. 171 del Código civil, privando ó suspendiendo en el ejercicio de la patria potestad al padre, respecto del cual se hicieran esas imputaciones de órdenes, consejos ó ejemplos corruptores de sus hijos, ni mucho menos tienen nada que ver con el extremo relativo á la dureza excesiva con que los tratan. En la esfera penal sólo quedarán, pues, al padre, si no concurriera aquella específica circunstancia indicada de los arts. 340 y 467, la querrela de injuria del 471, en cuanto resulta que la imputación de esa falta en el ejercicio de la patria potestad redundará en deshonor, descrédito ó menosprecio del padre; pero ni sería justo que prosperara su acción de injuria cuando el hecho fuera cierto y el delincuente se hubiera limitado á provocar el cumplimiento del art. 171 del Código civil, aparte la dificultad del art. 475 del Código penal, que no admite prueba al acusado de injurias sobre la verdad de las imputaciones, sino cuando éstas fueren dirigidas contra empleados públicos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo, ni habría, si la querrela de injuria hubiera de ser la sanción contra todos los que denunciaren estos abusos en el ejercicio de la patria potestad, quien se decidiera á promover el cumplimiento de dicho art. 171 del Código civil, temiendo incurrir en aquellas responsabilidades penales.

todo ó parte del usufructo de los bienes del hijo, porque desapareciendo aquella relación civil deberían concluir todas sus consecuencias, lo mismo respecto de las personas que de los bienes. Como el precepto es ampliamente discrecional para los Tribunales, no cabe en su recta aplicación, cualesquiera que sean las censuras que á la *crítica* merezca, *limitar* la esfera del arbitrio judicial, que es, en último término, la *única medida* establecida por el Código para estos casos de *privación, suspensión ó modificación* de la patria potestad por la decisión de los Tribunales.

Respecto al procedimiento en que ese *decreto judicial* haya de pronunciarse, lo mismo puede ser en el *criminal*, cuando la dureza excesiva ó las órdenes, consejos ó ejemplos corruptores en que se funden la *privación ó la suspensión* del ejercicio de la patria potestad constituyan *delitos*, que en el *civil* del juicio declarativo que corresponda, conforme al art. 481 de la ley de Enjuiciamiento civil. Una de las disposiciones indicadas en tales casos, podrá ser la del depósito de los hijos conforme al núm. 4.º del art. 1.880 de dicha ley procesal y el nombramiento de un defensor para el hijo, con arreglo á los arts. 165 del Código civil y el 1.914 de la citada ley de Enjuiciamiento.

B. CAUSAS DE SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD.

27. a. *Las mismas segundas ó ulteriores nupcias de la mujer viuda.*—En efecto: declarado por el art. 172 que, si aquélla vuelve á enviudar, *recobrará* desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados, es evidente que entonces dichas segundas nupcias constituirán, por su duración, que no fué bastante á que los hijos se emanciparan por los medios legales de la edad ó del matrimonio, una simple causa de *suspensión* de la patria potestad, pero no de *extinción* de la misma, con todos los inconvenientes de este *reingreso* de los hijos en la patria potestad de la madre, según se observa después (1).

28. b. *La condena á la privación de la patria potestad impuesta en sentencia firme dictada en causa criminal.*—Cualquiera que sea el sentido en que se considere este motivo de *pérdida* de la patria potestad, que establece el núm. 1.º del art. 169 (2), si por una de las causas legales que lo autorizan, la pena llega á extinguirse, y los hijos no han adquirido la calidad de *emancipados* por otro de los modos legales, desaparecido el motivo que produjo su *pérdida*, es lógico, dado el criterio del art. 172 para el caso de las segundas nupcias, que vuelvan los hijos á ingresar en la patria potestad del cónyuge á quien se impuso aquella pena de privación de la misma, convirtiéndose, por tanto, en una verdadera causa de *suspensión* de la patria potestad más que de conclusión ó *pérdida* de la misma; pero es lo cierto que, aparte las dificultades de aplicación, antes expresadas (3), del núm. 1.º del art. 169, el

(1) Al explicar el art. 172, núm. 34 de este capítulo.
 (2) Letra e, núm. 23, idem id.
 (3) Idem id. id.