

res de edad un derecho no reconocido al padre, y que puede mirarse como el bosquejo del usufructo foral de las viudas; así como la ley 16 del mismo título es, á no dudar, el primer vestigio legal de la sociedad conyugal de gananciales.

En la época de la reconquista ó restauración acostumbraron los Reyes, y aun los Maestres y grandes señores dar fueros particulares á las comarcas y pueblos reconquistados; y no puede dudarse que estos fueros eran el espejo y retrato fiel del espíritu y costumbres de aquellos tiempos.

Pues bien; el fuero de Plasencia, dado por Don Alonso VIII, y el de Cuenca, reconocen á la madre la patria potestad en toda su plenitud: "Los hijos sean en poder de los padres é de las madres fasta que sean casados é señores de sus casas. E fasta aquel tiempo cualquier cosa que los hijos ganaren sea de los parientes, é aun quanto fallaren, non hayan voluntad de retener ninguna cosa para ellos sin voluntad del padre ó de la madre. E el padre é la madre respondan de las malas fechas que sus hijos fizieren, si quier buenos, si quier malos." (Fuero de Cuenca; no se cita el capítulo porque no los tiene el manuscrito de la Biblioteca nacional; pero en el de Plasencia es la ley 1, título de las ganancias de los hijos é de las hijas.)—"Mandamos que padre ó madre non puede desafijar sus hijos sanos ó locos fasta que les den casamiento é entanamien- tre los parientes ayan de responder por el damno quo fizieren."—"El hijo que remaniere despues de la muerte del parient fin- que en poder del parient vivo."

Resulta de este breve resúmen, que los pueblos de origen Germánico y su legisla- ción, ó nuestros fueros, han sido mas justos y galantes con el bello sexo, que los roma- nos y las romanizadas Partidas.

Haciendo gozar á la madre de los dere- chos concedidos al padre, el legislador esta- blece un derecho igual y una igual indem- nización, donde la naturaleza habia estable- cido una igualdad de molestias, cuidados y afecciones; repara con esta equitativa dispo-

sición la injusticia de muchos siglos; hace en cierto modo entrar á la madre por pri- mera vez en la familia, y la restablece en los derechos imprescriptibles que tenia por la naturaleza, derechos sagrados, despre- ciados con demasía por las legislaciones an- tiguas, reconocidos y acogidos por algunas de nuestras costumbres (fueros), pero que, aun borrados de nuestros Códigos, deberian haberse encontrado escritos con caracteres indelebles en el corazón de todos los hijos bien nacidos.

¿Tienen las madres menos cariño y ternura que los padres por sus hijos? Y este sentimiento esquisito de ternura maternal ¿no suplirá poderosamente alguna corta inferioridad en conocimientos?

¿Cómo es que á la mujer soltera ó viuda de mayor edad se le permite la libre admi- nistración de sus bienes? Las mugeres son por lo comun mas económicas; la ley 3, tí- tulo 11, Partida 4, siguiendo á la 16, título 3, libro 5 del Código, llega á decir que *son naturalmente avariciosas é cobdiciosas*; y en efecto la esperiencia hace ver que es mayor el número de familias arruinadas por los vi- cios y prodigalidad de los padres que por los de las madres.

La madre viuda es acreedora por lo me- nos á los derechos y consideración que el padre binubo: la ley, que establece desi- gualdad en esto, la rebaja á los ojos de sus hijos, y ofende la piedad filial que la mis- ma ley Romana 4, título 10, libro 27 del Digesto, no pudo menos de reconocer que se le debía igualmente que al padre.

Por último; esta disposición era un con- tra sentido manifesto en un país que lla- maba á las hembras á la plenitud de la so- beranía, y contaba entre sus reinas á doña Berenguela, doña María de Molina y á la inmortal doña Isabel la católica.

Sucedee, etc. En todos los casos de los ar- tículos 160, 161 y 163, porque en todos ellos se acaba, pierde ó suspende también la autoridad marital: en los del artículo 163 el tribunal proveerá lo conveniente, cuando segun su justificado arbitrio se limite á mo- dificar la patria potestad.

ARTICULO 165

El padre podrá nombrar á la madre en su testamento uno ó mas consultores, cuyo dictá- men haya de oír esta para todos los actos que el padre determine.

No gozará de esta facultad el padre que, al tiempo de morir, no se hallare en el ejercicio de la patria potestad, salvo si fuere por causa de locura ó ausencia; ni valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior á la pérdida ó suspensión de la patria potestad (1).

Su primer párrafo es el 391 Francés, 246 Sardo, 401 Holandés con una lijera adición: el 313 Napolitano autoriza al padre para nombrar á la madre un co-tutor, aun estra- ño. El Código de Vaud, á pesar de haber concedido á la madre viuda en el artículo 204 el usufructo de los bienes de sus hijos, en el 214 y siguientes reconoce al padre el derecho de nombrar, ó no, á la madre por tu- tora; y siempre que esta lo sea, le ha de nom- brar el juez de paz un consultor, *sin cuyo consentimiento* no podrá hacer ninguna de las cosas mencionadas en los artículos 314, 315, 316 y 317; es decir, nada importante, como por el artículo 311 no lo puede hacer sin igual requisito la soltera mayor de 23 años, y la viuda ó divorciada.

Los Códigos que, como el Romano y Pa- trio no atribuyeron patria potestad á la ma- dre no tuvieron necesidad de ocuparse en esto.

En el artículo anterior se han declarado á la madre todos los mismos derechos y obli- gaciones que tiene el padre: así no podrá este á pretesto del artículo 177 nombrar tutor á sus hijos, haciéndola pasar por la

1. El padre podrá nombrar en su testamento, á la madre y á las abuelas en su caso, uno ó mas consultores, cuyo dictámen hayan de oír para los actos que aquel determine expresamente.—No gozará de esta facultad el padre, que al tiem- po de morir, no se hallare en ejercicio de la pa- tria potestad, aunque el nombramiento se haya hecho en testamento anterior á la pérdida ó sus- pención de aquel derecho.—Cuando la suspen- sión se funde en ausencia ó locura, valdrá el nombramiento, si se hizo en testamento ante- rior á la declaración de ausencia, ó á la enaje- nación mental.—Arts. 420, á 422, tit. 8, cap. 3 lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

vergüenza de verse declarada indigna de ve- lar sobre ellos, y por el dolor de verlos con- fiados á un estraño.

Mas para calmar en ciertos casos las in- quietudes del padre, juez competente sobre la capacidad de su muger, se le concede que pueda nombrarle uno, ó mas consultores.

Para todos los actos que el padre deter- mina: Puede el padre determinar actos es- peciales, puede espresar que sea para todos, y así se entenderá, cuando no haya espresado ni uno, ni otro. Esta facultad del pa- dre alcanza á todos los actos, ora recaigan sobre las personas, ora sobre los bienes de los hijos, pues los primeros son menos im- portantes que los segundos; y el presente artículo es una modificación del anterior, en que se concede la patria potestad, com- pensiva de derechos, sobre las personas y bienes de los hijos, segun los capítulos 1 y 2 de este título: fuera de que, no siendo obligatorio el parecer del consultor; hay uti- lidad en oírle, y no se lastima ningun dere- cho.

Haya de oír. No tiene pues la madre ne- cesidad á obligación de seguir el dictámen del consultor; en otro caso vendria á quedar privada de parte de sus derechos por un me- dio indirecto: la ley permite que se ilustre á la madre; pero presume que obrará siem- pre en el interés de sus hijos.

Vivos y repetidos fueron los debates de la Comisión general sobre este punto.

Querian unos conservar al padre la facul- tad de nombrar tutor á sus hijos con ab- soluta exclusion de la madre, fundándose, no solamente en la incapacidad y debilidad exageradas del sexo, sino en suposiciones repugnantes á la naturaleza, y desmentidas las mas veces por la experiencia: el nom- bramiento de un consultor, cuyo parecer no era obligatorio para la madre, era insuficien- te para tranquilizarlos.

Pero esto equivalia á dar en tierra con el artículo anterior, adoptado ya como base para establecer á la madre en toda su dig- nidad y derechos naturales: *sin embargo*, no se atrevian á tanto.

El mismo inconveniente resultaba, dando al dictámen del consultor fuerza obligatoria, y el artículo 391 Frances, conforme con nuestro primer párrafo, no les satisfacía.

Adoptóse por fin, á manera de transacion y como término medio, el del artículo siguiente 166; pero temo que ha de encontrar con graves dificultades en la práctica y que tal vez no llene su objeto: ¿cómo se probará la malicia de la madre en no oír, cuando sin recurrir á ella puede no conformarse con el dictámen del consultor?

De todos modos, si el consultor muere, ó no admite, nadie puede nombrar otro, porque este derecho es privativo del padre, y el nombramiento argulle confianza personalísima.

No gozará, etc: porque este derecho procede de la patria potestad, y el párrafo supone la pérdida, ó suspension de todos los derechos de ella.

Por causa de locura: vé la escepcion que para igual caso se hace al final del artículo 163, porque no se ha de añadir afliccion al afligido, ni agravar la desgracia del desgraciado: el loco puede testar en sus lucidos intervalos con toda la libertad y plenitud del hombre sano, artículo 600; con igual ó mayor razon subsiste su testamento anterior á la locura.

O ausencia. Aunque en el artículo 163 no se reserva el usufructo al ausente, es por tratarse de un derecho útil al mismo; y hubo de su parte culpa en ausentarse sin dejar apoderado, al paso que no tiene las molestias y cuidados de la administracion. Pero aquí se trata del ejercicio de un derecho útil á los hijos; así como el ausente podría nombrarles tutor testamentario, si no tuvieran madre, podrá nombrar á esta consultor: escusado es decir, que valdrá el nombramiento hecho en testamento anterior á la ausencia.

Ni valdrá el nombramiento, etc.: salvo los dos casos de locura ó ausencia, segun acabo de esponer: en las demas obra la regla, *in cidit in eum casum, á quo incipere non poterat*, y en la testamentifaccion se atiende

generalmente, no solo al tiempo de otorgarse el testamento, sino al de la muerte del testador.

ARTICULO 166.

La madre que maliciosamente dejare de oír el dictámen del consultor ó consultores, podrá ser privada de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos, á instancia de aquellos, ó del consejo de familia (1).

Vé lo espuesto en el anterior sobre las palabras *haya de oír*; y adviértase que la disposicion de este no alcanza á la madre que oye, aunque nunca siga el dictámen del consultor; y por lo mismo he dicho que este término medio ó de transacion será ineficaz: la madre maliciosa *oír á siempre*; la que deje de oír por ignorancia ó negligencia, no está comprendida en el artículo.

ARTICULO 167.

La madre viuda que diere á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que se le dan en el artículo 164 (2).

Conforme con el 220 de Vaud, que habla de la tutela, y con el nuestro 814 sobre los bienes sujetos á reserva.

Ad secundi conjungii vota festinat, vel adulterium perpetrat, dice de la viuda en un caso igual la ley 1, título 2, libro 3 del

1. La madre ó abuela que dejare de oír el dictámen del consultor ó consultores, podrá ser privada, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, de toda su autoridad y derechos sobre sus hijos ó nietos, á instancia de aquellos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.—La madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho á la patria potestad ó el ejercicio de esta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente á quien corresponda segun la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme á derecho.—El ascendiente que renuncia la patria potestad no puede recobrarla.—Arts. 423 á 425, tít. 8, cap. 3, lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

2. La madre ó abuela viuda, que da á luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 392.—Art. 426, tít. 8, cap. 3, lib. 1º, cód. civ. vigente.

El derecho que el artículo 392 citado concede á las personas á que se contrae el presente es el de entrar á ejercer la patria potestad en defecto del padre. Véase la nota que obra á fojas 129 de este tomo.—N. de los EE.

Fuero Juzgo: *non enim aliquid amplius habebit castitate luxuria, novela 18*, capítulo 2: "i solo que sea buena muger," ley 9, título 16, Partida 6: y en verdad *non debet melioris esse conditiones luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio*.

Pero, estando prohibida la investigacion de la paternidad y maternidad segun el artículo 127, el presente 167 ha de entenderse segun el citado 814.

Los motivos de interés privado y decoro público, en que se funda el artículo, son bien obvios: á este caso, idéntico al del citado 814, es exactamente aplicable lo que al fundar el 213 Francés dice el inmortal Portalis: "Todas las naciones, ilustradas en este punto por la esperiencia y por una especie de instinto, han creído de comun acuerdo, que el sexo mas amable debe tambien para dicha de la humanidad ser el mas virtuoso. Las mugeres conocerian poco su verdadero interes, si en esta severidad aparente que se usa con ellas vieran tan solo un rigor tiránico, y no una distincion útil y honrosa: no es en nuestra injusticia, sino en su vocacion natural, donde las mugeres deben buscar el principio de los deberes mas austeros que les han sido impuestos para mayor ventaja de ellas mismas y en provecho de la sociedad." (Discurso 15).

ARTICULO 168.

La que contrajere segundas nupcias, conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administracion de los bienes; á no ser que el consejo de familia se la defiera.

Si se la defiere, el marido responderá comunadamente con la muger de las resultas de la administracion posterior al matrimonio.

Si no se la defiere, el mismo consejo nombrará administrador con todas las obligaciones que tiene el tutor respecto de los bienes del menor (1).

1. La madre ó abuela que pasa á segundas nupcias, pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá á la tutela conforme á la ley.—La tutela en ningun caso podrá recaer en el segundo marido.—Arts. 427 y 428 tít. 8º, cap. 3, lib. 1º cód. civ. vigente.—N. de los EE.

Segun el 386 Francés, la madre que repite matrimonio, pierde el usufructo de los bienes adventicios de sus hijos: le siguen el 300 Napolitano, 235 Sardo, 372, párrafo 1, Holandes, y 206 de Vaud.

Segun el 395 Francés, la madre viuda, que quiere repetir matrimonio, debe antes convocar el consejo de familia para que decida si ha de conservársele la tutela; no convocándolo la pierde de pleno derecho, y el nuevo marido es responsable de las resultas de la tutela indebidamente conservada por la madre. Siguen al Francés el 397 Napolitano, 272 de la Luisiana y 253 Sardo, el cual añade que, aunque la madre pierde de pleno derecho la tutela en el caso de no convocar el consejo de familia, podrá este reponerla en ella: yo tengo por muy racional esta adición, y en este sentido debe entenderse nuestro artículo: el 405 Holandes dice lo mismo sin mas diferencia que atribuir al Juez la facultad del consejo de familia: los 219 y 220 de Vaud dicen simplemente que la madre pierde de pleno derecho la tutela por casarse, ó dar á luz un hijo ilegítimo.

Segun el 396 Francés, si el consejo conserva á la madre en la tutela, ha de darle necesariamente por co-tutor á su segundo marido, el cual será sólidamente responsable con su muger de la gestion ulterior; le siguen el 318 Napolitano, 254 Sardo, 273 de la Luisiana, y 406 Holandes.

El derecho Romano y Patrio, que no reconocieron patria potestad en la madre, y si solo su tutela legítima, se limitaron necesariamente á esta sola en el caso de segundo matrimonio; *Contractis secundis nuptiis, expelli eam (matrem) á tutela convenit Authentica Sacramentum* á la ley 2, título 35, libro 5 del Código: segun la opinion mas fundada, procedia esto mismo aun cuando el padre le deferia la tutela en testamento, previniendo que continuase en ella á pesar de repetir matrimonio."

Esta manifestacion del padre no se creyó bastante para desvanecer la siniestra presuncion de que la madre binuba sacrifica

mas de una vez al segundo marido los intereses y hasta las vidas de sus primeros hijos; *plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt*, ley 22, título 37, libro 5 del Código; y nadie, según la 55, libro 30 del Digesto, puede impedir en su testamento la observancia de las leyes.

La ley 5, título 16, Partida 6, copió la disposición Romana, aunque lo estaba ya en las leyes 8, título 1, libro 3, 14, título 2, y en la 3, título 4, libro 4 del Fuero Juzgo.

Como ni el Derecho Romano, ni el Patrio reconocían á la madre el usufructo de los bienes adventicios, no podía perderlo por el segundo matrimonio, pero perdía la tutela.

Todos los Códigos antiguos y modernos han conservado al padre binubo la integridad de sus derechos en las personas y bienes de sus hijos: una sola escepcion encuentro en la ley 1, título 10, libro 3 de la Novísima Recopilación Navarra. "El padre por casarse segunda vez pierde la tutela y administración de las personas y bienes de las criaturas del primer matrimonio."

Todas las razones, mas ó menos especiosas, que se han alegado á favor del padre, se estrellan ante la triste y constante experiencia de que *las madrastras son mas funestas á los hijos del primer matrimonio que los padrastros*.

Así en la antigua legislación habria yo preferido la Navarra á la Castellana; y en la moderna estaria por la absoluta igualdad entre el padre y madre binubos: *el segundo matrimonio es por muchas razones mas excusable en la muger débil, que en el hombre fuerte*.

Nuestro artículo 168 tiene esta tendencia, y contra lo establecido en los Códigos modernos se muestra mas liberal con la madre binuba, conservándole todos los mismos derechos que el padre, menos la administración de los bienes, si no le es deferida por el consejo de familia.

Las madres suelen formar la primera educación de sus hijos, y viven siempre con ellos

en mayor contacto que el padre: *¿por que, pues se ha de negar á la madre lo que realmente tiene una madrastra á la sombra y con el nombre del padre binubo?*

Y ¿por qué siendo mas excusable el segundo matrimonio de las madres, se las ha de penar, y dificultar que lo encuentren, privándolas del usufructo? Este llevará siempre aneja la carga de educación y alimentos según el artículo 68.

La administración de los bienes, sobre ser un cargo mas propio de hombres, podria bajo otros aspectos, ocasionar perjuicios á los hijos menores: no la tendrá, pues si el consejo de familia, atendidas todas las circunstancias, no se la defiende: el testimonio ó prueba de confianza de los parientes paternos debe tenerse por bastante garantía.

Todos los derechos: menos la administración. Obsérvese que no se usa en nuestro artículo la palabra *tutela* como en el 395 Francés y demas extranjeros arriba citados: nosotros no reconocemos como ellos la tutela del padre y de la madre por los motivos espuestos al frente del capítulo 2, título 8, de la tutela, párrafo. *Los Códigos modernos, etc.*

Se la defiera: y podrá deferirla simplemente ó imponiendo condiciones en el interés de los hijos.

Si se la defiere: vé el artículo 1787, número 5, el 1843, párrafo 2, y 1819, párrafo 2, que tienen aplicación á este caso.

Mancomunadamente: así tendrán lugar contra él solo todas las disposiciones del párrafo 3, sección 6, capítulo 4, título 4, libro 3, sobre deudores mancomunados en lo adverso y favorable. La mancomunidad del marido comprenderá tambien la administración de la muger despues del segundo matrimonio, sin haberle sido deferida por el consejo, puesto que la ignorancia del derecho no excusa, artículo 2, y el marido debió saber que su mujer no podia continuar en la administración sin este requisito.

Con todas las obligaciones, etc. Son las contenidas en el capítulo 9, del siguiente título 8, en lo relativo únicamente á la ad-

ministración de los bienes: las personas de los hijos con todo lo concerniente á ellas por efecto de la patria potestad continuarán á cargo de la madre.

ARTICULO 169.

La madre que volviere á enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto en el artículo 802 (1).

La opinion comun entre los intérpretes del Derecho Romano era que la madre, nuevamente viuda, no recobraba la tutela: faltaba en él, como en nuestro Derecho Patrio, y falta hoy en los Códigos modernos, una disposición especial sobre un caso harto frecuente: nuestro artículo llena este vacío, y previene dudas, decidiéndolas á favor de la madre. Con la muerte del segundo marido desaparece la causa que interrumpió la administración de la madre; y es muy natural que lo relativo á las cosas y personas de los hijos vuelva á reunirse en la misma mano, puesto que no se descubre interés de ellos en lo contrario.

El caso del artículo 802 es bien diferente: en él se atraviesa interés de los hijos, pues adquirieron ya un derecho importante, del que no deben ser privados por un evento posterior, independiente de su voluntad y de la de su madre.

CAPITULO IV.

DISPOSICION COMUN Á LOS ARTICULOS ANTERIORES.

ARTICULO 170.

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre ó madre que los reconoce ó adopta; pero no tendrán estos el usufructo de sus bienes.

Tampoco tendrán su administración, si previamente no aseguran sus resultas con hipoteca á satisfaccion del juez del domicilio del hijo

1. La madre ó abuela que volviere á enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva.—Art. 429, tit. 8, cap. 3 lib. 1º, cód. civ. vigente.—N. de los EE.

TOM. I.

reconocido, ó de las personas que deben concurrir á la adopción, según se dispone en el artículo 138 (1).

No me ocuparé de los hijos adoptivos: respecto de ellos nuestro artículo ha de ser de corta utilidad, pues como tengo observado al frente del título 5, los casos de adopción según nuestras actuales costumbres han de ser rarísimos. En el artículo 349 Francés se consigna la obligación recíproca de alimentos entre el adoptante y adoptado; le siguen el 273 Napolitano y 198 Sardo: el 289 Napolitano comprende expresamente bajo la patria potestad á los hijos adoptivos, y tambien el 184 Austriaco: los otros Códigos modernos callan sobre este punto, y solo enumeran, aunque con grande variedad, los derechos y relaciones entre el adoptante y adoptado.

En el último estado de la legislación romana el adoptante extraño no adquiría patria potestad; pero sí el ascendiente, párrafo 2, título 11, libro 1, Instituciones, que pasó á las leyes 9 y 10, título 16, Partida 4.

En cuanto á los hijos naturales, no puede ménos de extrañarse en el Código Francés la falta de disposición expresa acerca de este particular; y la mejor prueba de este vacío es el fallo citado por Rogron al artículo 477 en sentido afirmativo, pero fundado en argumentos de inducción, que á mi corto entender deberían probar lo contrario.

El artículo 383 citado en el fallo hace extensivos al padre y madre de los hijos naturales legalmente reconocidos cuatro artículos que tratan de las facultades de los padres legítimos para ciertos y determinados casos.

La consecuencia natural es que, fuera de este escepcion y para todos los demás efectos, no hay patria potestad sobre los hijos naturales.

1. Estando prevenido por el artículo 391 del código civil que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos; es claro que el padre ó madre que reconoce á estos últimos, adquiere los mismos derechos y obligaciones que podria tener sobre los legítimos.—N. de los EE.

23.