El Sr. Lacunza manifiesta estar tomado este texto del art. 167 del Proyecto de Goyena, que lo motiva con razones incontestables. El pensamiento original data del Fuero Juzgo (1) y se encuentra también en una de las Novelas (2). Una ley de Partida lo indica igualmente; pero la verdadera razón de la disposición se encuentra en Goyena: «Como veremos en el artículo siguiente, las segundas nupcias de la madre viuda hacen, por lo menos, que se disminuya para ella el conjunto de los derechos que forman la patria potestad, y dice el jurisconsulto español: *non debet melioris esse conditionis luxuria, quam castitas, quæ est in secundo matrimonio.* No hay que olvidar que, estando prohibida la investigación de la maternidad fuera de matrimonio, á no ser para el hijo y aún entónces dentro de ciertas condiciones (3), la comprobación de la falta de la viuda no podrá hacerse sino presentando el acta del reconocimiento que ella haya hecho del hijo ó de la declaración judicial en su caso.

La redacción del *Proyecto*, cambiándose el número del artículo de referencia por el 271, es aprobada y queda como art. 297 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 184): *La que contrajere segundas nupcias conservará todos los derechos de la patria potestad, menos la administración de los bienes, á no ser que el consejo de familia se la defiera. Si no se la defiere y acepta con conocimiento de su marido, responderá éste mancomunadamente con la mujer, por lo que resulte de la administración 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) *Fuero Juzgo*, lib. 3. tít. 2, l. 1.
(2) *Novella* 18, cap. 2.
(3) Véanse *supra* págs. 270 á 273.

El Sr. Lacunza manifiesta que el texto anterior está tomado al pie de la letra del art. 168 del Proyecto de Goyena, quien ha sabido guardar un término medio prudente y acertado, en concepto del que habla, entre las dos teorías extremas que han pretendido resolver este delicadísimo aspecto de la patria potestad. En el derecho romano imperial y tomado en cuenta que la madre viuda no ejercía la patria potestad, prevalecía el principio de que ella debía salir de la tutela del hijo por sólo el hecho de contraer segundas nupcias, las cuales eran vistas con horror, probablemente á causa de la falsa creencia sobre que ellas constituian bigamia, creencia no poco esparcida en los primeros siglos del Cristianismo y sustentada por talentos tan esclarecidos como Tertuliano, S. Ambrosio y S. Gerónimo (1). Así, vemos en el Código: *lex enim non solum contra tutores, sed etiam contra fæminas immoderatas atque intemperantes prospexit minoribus; quæ plerumque novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicunt* (2). Aún esclarecido el error sobre este punto, continuó observándose el principio por vía de cautela en favor de los hijos, pues Justiniano, en una de sus Auténticas, dice: *Sacramentum quidem non exigitur, sed contractis secundis nuptiis expelli eam a tutela convenit: salva minoribus*

(1) Tertulliano, *De monogam.*—S. Ambrosio, I, Cór. 7.—S. Gerónimo, *contra Jovinian*, lib. 1.—Sánches, *De matrim.* lib. 7, disput. 81.
(2) *Cód.* lib. 5, tít. 37, l. 22.

omni alia, prout juris est, cautela (1). Esta pena era llevada á cabo contra la viuda binuva, aunque el padre hubiera dispuesto expresamente lo contrario, en su testamento, porque se decía: *Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant; nihil veniet in eam stipulationem; quia qualis sit talis ex testamento præstari debet: nec ullum in legato damnum facere intelligeretur* (2). El espíritu de esta legislación pasó al Fuero Juzgo (3) y de allí á las Partidas, donde leemos: «Casando la madre de mientra que sus fijos tuuisen en guarda.....el Juez del lugar do acaesciere, deue sacar los mozos luego de su guarda, e de su poder, e darlos á alguno de sus parientes de los mozos, al más cercano que ouieren, que sea ome bueno e sin sospecha, e que non sea de aquellos, á quien defiendan las leyes deste nuestro libro, que non lo pueda ser. E si el Juez fallare, que alguna cosa deue dar la madre a los mozos, por razon de sus bienes que touo en guarda, o por otra manera cualquier, fincan porende obligados tambien los bienes della, como los de aquel que casó con ella (4).»

Este rigor tradicional en que se palpa la mayor desconfianza respecto de la mujer que pase á segundas nupcias, se ha templado, sin embargo, en el seno de la misma legislación de nuestra madre patria, á juzgar por la Real Orden de 12 de Abril de 1839, según la cual la mujer que contrae nuevo matrimonio puede solicitar dispensa de ley, para continuar en el cargo de tutora y curadora de sus hijos, haciendo constar en el expediente que promueva:

(1) *Cod.* lib. 5, tít. 35, l. 2.
(2) *Dig.* lib. 30, l. 55.
(3) *Fuero Juzgo*, lib. 3, tít. 2, l. 1.
(4) Partida 6ª, tít. 16, l. 5.

1º La conducta moral, capacidad, profesión ó condición civil de la madre, tutora ó curadora y del sujeto con quien se ha casado últimamente ó trata de casarse; 2º La edad de estos mismos sujetos y la de los pupilos ó menores; 3º El importe, clase y naturaleza de los bienes, así de estos como los de su madre y de su nuevo ó futuro cónyuge; 4º El dictámen de la persona que á falta de madre debería entrar en el cargo de tutor ó curador con arreglo á derecho, á quien deberá oirse, ofreciéndole al efecto el expediente sin dar á éste el carácter contencioso bajo ninguna forma (1).

Ya desde el Código de Napoleon se había comprendido la injusticia de arrebatar á la madre viuda la patria potestad por el solo hecho de contraer segundas nupcias, pues este nuevo estado podía ser efecto, no de su intemperancia y disolución de costumbres como se afirmaba en el antiguo derecho, sino del afán mismo de asegurar mejor el bienestar de los hijos del primer lecho, para quienes, en muchos casos, el padrastro sería, no un perseguidor y dilapidador de sus bienes, sino un leal amigo y protector suyo en su orfandad ya irremediable por la muerte. Sin duda llegó á pensarse que era irritante la desigualdad establecida á este respecto por las leyes, pues mientras se obraba, como queda dicho, con la madre, las segundas nupcias del padre no causaban la menor modificación en el ejercicio por su parte de la patria potestad ni en el aprovechamiento de todos sus derechos y ventajas, siendo así que era mil veces más peligrosa una madrastra que un padrastro, sobre quien, al fin y al cabo, habría de influir

(1) Escriche, *Dicc.* «Tutora ó tutriz.»

por la prudencia y la ternura domésticas la madre en favor de sus hijos. En este sentido pidió Tronchet en el Consejo de Estado que se igualase al padre y á la madre (1); pero prevaleció la opinión de Berlier, que, en la exposición de motívos del art. 395 francés, dice: «Sin querer desfavorecer los segundos matrimonios que, en los campos y entre los artesanos, tienen frecuentemente por objeto dar un nuevo protector á los huérfanos, resulta siempre que la mujer entra á una nueva sociedad cuyo gefe es extraño á los hijos de ella; y si este hecho no podría, sin injusticia, hacerle perder la tutela de pleno derecho, basta á lo menos para apelar á la familia, á fin de que delibere sobre si aquella debe serle conservada (2).» En derecho francés la madre, que pasa á segundas nupcias, pierde el usufructo de los bienes del hijo (art. 386, y sólo conserva la tutela, en caso de que el nuevo matrimonio no sea un obstáculo para la conservación de la tutela por la madre, en concepto del consejo de familia, á quien aquella debe previamente consultar. Si así no lo hace, la madre pierde de pleno derecho la tutela y queda solidariamente obligada con su nuevo marido á todas las consecuencias de aquella investidura que indebidamente haya conservado. Tal es el orígen del texto que Goyena pone en su Proyecto; pero, como es fácil verlo, el jurisconsulto español invierte, con todo acierto, los términos de la responsabilidad solidaria de la madre y de su nuevo esposo, pues, mientras en el Código francés esa responsabilidad no existe sino á contar desde el momento del nue-

(1) Locré, tom. 3, pág. 412.
(2) Locré, tom. 3, pág. 386.

vo matrimonio, cuando la madre lo hubiera contraido antes de que el consejo de fomilia hubiese decidido que continuara en la tutela, Goyena establece, rindiendo el debido homenaje á la madre, ser irreemplazable en la en la educación de los hijos, que, por el hecho de pasar á segundas nupcias, ella no pierde la patria potestad, sino sólo la administración, la cual aun puede conservar, si en ello consiente el consejo de familia; pero á condición de que el nuevo marido quede solidariamente responsable por todo lo que resulte de la administración posterior al matrimonio. El que habla repite hallarse en este texto un término medio prudente entre las opiniones extremas antes indicadas y que por este modo, á la vez que se guardan los indiscutibles respetos hacia la madre, se garantizan y prueban contra abusos siempre posibles los intereses de los menores de edad.

El artículo es aprobado y queda como 298 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 185): *La madre que volviere á enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva.*

El artículo es aprobado y queda como 299 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 186): «Los hijos naturales reconocidos menores de edad, están bajo la patria potestad del padre ó madre que los reconoce; pero no tendrán estos el usufructo de sus bienes, ni aun su administración,

si previamente no aseguran sus resultas á satisfacción del Juez competente.».

Se está de acuerdo en suprimir este texto, por haberse aprobado el art. 271 (1).

TITULO VIII.

De la tutela.

CAPITULO I.

Disposiciones generales.

Proyecto Sierra (art 187): *La tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes del menor que no está sujeto á la patria potestad ni ha sido emancipado.*

El Sr. Lacunza, motivando la aprobación del artículo, dice que está tomado del 171 del Proyecto de Goyena, quien lo razona suficientemente. Tiene de particular el texto que se separa de los Códigos modernos, especialmente del francés, en cuanto á no reconocer la tutela de la madre, pues se sigue el principio romano y patrio: *Patrem habenti tutor non datur.*

El artículo es aprobado y queda como 300 del nuevo Código.

Proyecto Sierra (art. 188): «La tutela se ejercerá

(1) Véase *supra* págs. 281 á 282.

por el tutor bajo la vigilancia del pro-tutor y del consejo de familia en los casos y en la forma que determina la ley.»

El Sr. Escudero pide se omita este artículo por innecesario, pues supone que más adelante se tratará del protutor ó curador y del consejo de familia.

La Comisión defiere á la petición por razón de economía de textos.

Proyecto Sierra (art. 189): «La tutela es un cargo personal de que ninguno puede excusarse, si no tiene legítima excusa, y que tampoco puede ejercerse conjuntamente por más de una persona.»

El Sr. Lacunza manifiesta que el texto anterior está tomado del art. 173 del Proyecto de Goyena, quien á la vez se inspiró para redactarlo, desde luego en el art. 417 francés (1) y después, cuando ménos, en la tendencia de toda la antigua legislación. En efecto, en cuanto al Código de Napoleón, aunque el texto citado no es terminante, en el punto de la unidad de la tutela, pues por su letra sólo se refiere á la hipótesis de que el menor domiciliado en Francia posea bienes en las Colonias ó viceversa, el espíritu bien claro que lo ha dictado, basta á convencer de que esa unidad fué principio aceptado por los legisladores franceses, sobre todo si se atiende á que, al expresar su voto sobre este particular la sección de legislación del Tribunado, pensó, dice Locrè, que las otras disposiciones de la ley darían á conocer suficientemente que el menor no

1 Demolombe, tom. 7, núms. 221 y 222.