
LECCION DECIMA QUINTA.

DE LA MENOR EDAD Y DE LA PATRIA POTESTAD.

I.

De la menor edad.

La capacidad moral del hombre, sus fuerzas intelectuales, se desarrollan de una manera tardía, haciendo que se encuentre en aptitud de gobernarse por sí mismo hasta una edad relativamente avanzada.

Pero no todos los hombres adquieren esa aptitud á la misma edad cuya circunstancia no ha podido tomar la ley en consideracion, pues tendria que dejar la declaracion de la mayor sujeta al exámen que debiera hacerse en cada caso de cada individuo; lo cual es absolutamente imposible.

Por ese motivo ha tenido que fundarse en una presuncion y señalar una edad fija y uniforme desde la cual se reputan todos los hombres capaces, con la aptitud necesaria para gobernarse á sí mismos y se tienen como incapaces y sin esas aptitudes á los que no han llegado á ella.

A estos se les llama *menores de edad* y á aquellos *mayores de edad*. La ley 13, tít. 16, Part 6.^ª siguiendo los preceptos del derecho

Romano, señaló como límite de la menor edad, veinticinco años; pero el artículo 388 del Código civil ha fijado veintiuno. (1)

Se ha suscitado por algunos autores la controversia relativa á la manera como deben contarse los años de la menor edad, sosteniendo unos que, componiéndose el año civil de días, se deben contar los de la menor edad por días y no por horas; y se fundan en los preceptos del derecho Romano que contaban los plazos por días, y no de momento á momento, como puede verse en las leyes 6 y 7 D. *de usucap*; 15 *de div. temp. præscr.* y 132 D. *de verb. signif.*

De manera que, segun la opinion de esos autores, el dia del nacimiento, que solo es una fraccion de dia, no se estima en el cómputo; y como los artículos 388 y 694 del Código declaran que la menor edad termina á los veintiun años cumplidos, el dia del aniversario del nacimiento se debe incluir en ellos, es decir, que pertenece á la menor edad. (2)

Otros sostienen, por el contrario, que los años de que consta la menor edad se deben contar de momento á momento, es decir, por horas, y por tanto, que el niño que nació el primero de Setiembre de 1850, á las doce del dia, habrá cumplido los veintiun años el dia primero de Setiembre de 1871 á la misma hora.

Tiene en su apoyo esta opinion la ley 3, *de minor.* que manda contar el tiempo de la menor edad *de momento ad momentum*, y la consideracion de que estando restringida la libertad del individuo durante la menor edad, se debe contar el tiempo de ella de la manera más favorable á la vindicacion de la plenitud del goce de los derechos es decir, de momento á momento.

II.

De la patria potestad. Modos de adquirirla.

Despues de habernos ocupado de las reglas establecidas por la ley respecto de la filiacion, natural es que, siguiendo á aquella, nos ocu-

(1) Artículo 362, Código civil de 1884.

(2) Artículos 362 y 596, Código civil de 1884.

pemos de las relaciones de superioridad que este vínculo produce á favor de los padres sobre el hijo, que se halla respecto de ellos en un estado de dependencia, aunque por determinado tiempo; cuyas relaciones constituyen la potestad patria.

Esta es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que dá al padre y á la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilañcia de la persona, la administracion y goce de los bienes de los hijos. (Real Discurso.)

Algunos, sin criticar esta definicion, creen que se debe distinguir entre la patria potestad tomada en un sentido muy lato, y la tomada en un sentido extricto y especial; y definen la primera, diciendo que es el conjunto de derechos que la ley confiere á los ascendientes en sus relaciones con los descendientes.

Por ejemplo; el derecho de educar á los hijos y corregirlos; el de administrar sus bienes; el de consentir en su matrimonio y de oponerse á él; el de nombrarles un tutor testamentario; etc.

En un sentido extricto, la potestad patria es el derecho que tienen los padres, es decir el padre y la madre de educar á sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes.

En consecuencia, la patria potestad consiste en el ejercicio de los siguientes derechos:

- 1.º El derecho de educar á los hijos:
- 2.º El derecho de vigilarles y corregirlos:
- 3.º El derecho de administrar sus bienes.

Como una consecuencia de este último derecho tienen tambien los padres el de usufructo que la ley les otorga en determinadas especies de los bienes de sus hijos, del cual nos ocuparemos en su oportunidad.

La difinicion y las distinciones que anteceden han merecido la sancion del Código civil, que en los artículos 390 391, declara con brevedad y precision, que los hijos menores de edad están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de los ascendientes á quienes les otorga su ejercicio la ley; y que aquella se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los legitimados ó reconocidos. (1)

(1) Artículos 364 y 365, Código civil de 1884.

La patria potestad es una magistratura doméstica que ha existido en todos los tiempos y lugares; pero en Roma, constituía un poder absoluto, porque el padre tenía el derecho de vida y muerte sobre sus hijos y la facultad de venderlos, pues se les consideraba como *cosas*.

Pero esta grande autoridad se fué disminuyendo paulatinamente hasta quedar reducida al derecho de una corrección moderada, pues como dice la ley 3, C. *de patria potestate*. "*Patria potestas in pietate, non in atrocitate, debet consistere.*"

Segun la legislación Romana, la madre jamás ejercía la patria potestad sobre sus hijos, ni el abuelo materno sobre sus nietos; pero, por el contrario, el abuelo paterno la ejercía sobre sus hijos y sobre los hijos de éstos. Y la razón de esta diferencia provenía de que ni el matrimonio, ni la mayor edad eran causas de la emancipación.

La legislación de las Partidas siguió hasta cierto punto á la romana. Así es que, mientras por la ley 3.^ª tít. 17, Part. 4.^ª se declaraba que el poder que los padres tienen sobre los hijos no es el que tiene el señor sobre el esclavo; ni la jurisdicción de los magistrados; ni la autoridad del Obispo; sino que la palabra *potestad* se toma *por ligamiento de reverencia, é de subiección é de castigamiento que debe haber el padre sobre su hijo*; por las leyes 2.^ª y 8.^ª del mismo título, se negaba á la madre la patria potestad y se concedía al padre la facultad de vender al hijo en caso de extremada pobreza, y de comérselo ántes que entregar el castillo sin mandato de su señor.

Pero es digno de notarse que, á pesar de esta facultad apropiada á las circunstancias de la época en que se dictaron las leyes de las Partidas, éstas no otorgaron á los padres el terrible derecho de vida y muerte sobre sus hijos que les concedió la legislación Romana.

Sin embargo, las leyes de las Partidas no pusieron término al ejercicio de la patria potestad, porque ni la mayor edad ni el matrimonio eran, segun ellas, causas de la emancipación. Pero la ley 47 de Toro vino á poner un término á la dependencia indefinida de los hijos, declarando libres de ella ó emancipados á los casados y velados conforme á los preceptos de la Iglesia.

Nuestra legislación actual, inspirada en los principios que procla-

ma la igualdad del hombre y la mujer, ha reparado el agravio que por la antigua se le hacia á ésta, concediéndole el ejercicio de la patria potestad, en defecto del padre, sin más restriccion que la de oír el dictámen de los consultores que éste, si así lo cree conveniente, nombrare en ejercicio del derecho que la ley le concede, para la administracion de los bienes de los hijos.

Por idéntica razon, la ley ha concedido tambien á las abuelas paterna y materna el ejercicio de la patria potestad en defecto de los abuelos paterno y materno, pues á todas estas personas las ha considerado animadas de un vivo interes á favor de sus nietos, inspirado por un acendrado amor, y con mejores aptitudes para encargarse de la guarda de sus personas y de sus bienes, evitando con su intervencion que se introduzcan personas extrañas en los negocios domésticos. (Exposicion de motivos del Cód. civ.)

En consecuencia, la patria potestad se ejerce por las personas siguientes, en el orden en que las vamos á mencionar, de manera que solo por la muerte, interdiccion ó ausencia del llamado preferentemente, entra al ejercicio de ese derecho el que le sigue. Esta regla es de estricta observancia tambien, en el caso de que alguno de los abuelos haga uso de la facultad que tiene de renunciar el ejercicio de la patria potestad. (Arts. 393, 394 y 424, Cód. civ.) (1)

Esta se ejerce:

- 1.º Por el padre:
- 2.º Por la madre:
- 3.º Por el abuelo paterno:
- 4.º Por el abuelo materno:
- 5.º Por la abuela paterna:
- 6.º Por la abuela materna.

Si la patria potestad es una consecuencia necesaria de las relaciones que engendran la paternidad y filiacion entre los padres y los hijos, lógicamente se deduce, que se adquiere por aquellos medios que la ley reconoce como la causa de esas relaciones.

En tal virtud, se adquiere la patria potestad por los modos siguientes:

(1) Artículos 367, 368 y 397, Código civil de 1884.

- 1.º Por el matrimonio celebrado legalmente:
- 2.º Por la legitimación:
- 3.º Por el reconocimiento voluntario de los hijos naturales, hecho en la forma que prescribe la ley:
- 4.º Por el reconocimiento forzado; es decir, por sentencia judicial en aquellos casos en que, por excepción, se permite á los hijos naturales la investigación de la paternidad.

Aunque el Código civil no enumera en un precepto especial los modos referidos, se infieren de los términos con que está concebido el artículo 391, que declara que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos. (1)

Este mismo precepto indica clara y terminantemente que los padres tienen derechos de dos órdenes distintos en virtud de la patria potestad, y se refieren, ya á las personas de sus hijos, ya á los bienes de éstos.

En tal concepto, nos ocuparemos separadamente de los efectos de la patria potestad en el ejercicio de los derechos de orden distinto que confiere á los padres.

III.

Efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.

Las relaciones que constituyen la patria potestad engendran entre el padre y el hijo distintos derechos y obligaciones.

Desde la más remota antigüedad han establecido todas las legislaciones diversos preceptos que marcan esos derechos y obligaciones; poniendo al frente de ellos aquel que solo es la reproducción del principio de la más pura moral, que dice: *Honrarás á tu padre y á tu madre.*

(1) Artículo 365, Código civil de 1884.

Las leyes del derecho Romano usan de las palabras *piedad y reverencia* y mandan que se tengan igualmente para el padre y para la madre (1); y la ley 1.^ª, tít. 19, part. 4.^ª, dice: *El fijo es tenuto de amar é obedecer al padre.*

Finalmente, el art. 389 del Código civil dice: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á sus padres y demás áscendientes. (2)

Como se vé, este atributo de la patria potestad tiene los siguientes caracteres que lo distinguen de los demás:

- 1.º No se extingue por la mayor edad ni por la emancipacion:
- 2.º Pertenece no solo al padre, sino á la madre y los demás ascendientes, aunque no se hallen en el ejercicio actual de la patria potestad:
- 3.º Carece de sancion civil, porque es un precepto de moral, del que se derivan los derechos y deberes que constituyen la patria potestad.

El precepto á que nos referimos sirve de base á muchas disposiciones del derecho civil y del penal.

De aquí provienen, la prohibicion á los hijos de contraer matrimonio sin el consentimiento del padre ó de la madre; la severidad con que se castiga el parricidio; la irresponsabilidad de los ascendientes por los robos que cometen contra sus descendientes; la prohibicion á los hijos de demandar á sus padres sin licencia judicial; y otros muchos preceptos que se fundan en el respeto y reverencia que los hijos deben á los padres. (Arts. 165, Cód. civ. y 568 y 373 Cód. pen.) (3)

El hijo que se halla bajo la potestad patria, tiene el indeclinable deber de vivir en la casa del que la ejerce, la cual no puede abandonar sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente. (Art. 394, Cód. civ.) (4)

El derecho de retener al hijo en la casa, concedido al padre, y de rehusarle ú otorgarle permiso para que le abandone, es evidentemente

(1) Leyes 4, tít. 10, lib. 27, D., y 3 y 4, tít. 47, lib. 8. Cód.

(2) Artículo 363, Código civil de 1884.

(3) Artículo 161, Código civil de 1884.

(4) Artículo 368, Código civil de 1884.

te una consecuencia de la autoridad que á él, á la madre y los abuelos les otorga la ley, que hasta cierto punto les reputa moralmente responsables de los extravíos y de la mala conducta de los hijos.

Pero esta prohibicion no es absoluta, de manera que en todo caso y bajo cualesquiera circunstancias se le impida al hijo abandonar la casa paterna; pues seria la mayor injusticia retenerle en ella, cuando trata de ejercer una profesion honrosa, dedicarse á una industria ó procurarse la subsistencia.

La ley solo ha querido apoyar la autoridad del padre para el bien de los hijos, pero no convertirla en un poder tiránico é injusto; y por tal motivo, á la vez que prohíbe al hijo el abandono de la casa paterna sin el consentimiento de la persona que ejerce la patria potestad, ordena la intervencion de la autoridad en aquellos casos en que el egoismo del cariño, un sórdido interes ú otras causas, conviertan el derecho de esa persona en un ábuso perjudicial al hijo.

La prohibicion á que nos hemos referido tiene tambien por objeto facilitar al padre el cumplimiento del deber que la ley le impone de educar convenientemente á los hijos, cuyo deber es una consecuencia precisa de la obligacion de darles alimentos; pues éstos, cuando se trata de menores, comprenden tambien los gastos necesarios para la educacion primaria y para proporcionarles algun oficio, arte ó profesion honestos y adecuados á su sexo y circunstancias personales. (Arts. 395 y 233, Cód. civ.) (1)

La ley, sábia en sus previsiones, no ha querido nunca imponer á los padres obligaciones, sin otorgarles á la vez los medios de satisfacerlas ó cumplirlas. Por esto es, que al declarar que al que tiene al hijo bajo su potestad le incumbe la obligacion de educar convenientemente á los hijos, faculta tambien al padre, la madre y los abuelos, en sus casos, para corregir y castigar templada y mesuradamente á sus hijos, é impone á las autoridades la obligacion de auxiliar á los padres en el ejercicio de esa facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello. (Arts. 395 á 398 Cód. civ.) (2)

(1) Artículos 309 y 221, Código civil de 1884.

(2) Artículos 369 á 372, Código civil de 1884. El artículo 371 del nuevo Código, amplió el 398 del de 1870, haciéndolo extensivo á todas las facultades que la ley concede á los padres.

Ya no es hoy el padre, como en otros tiempos, el juez que pronuncie la pena capital contra su hijo, sino el superior que tiene derecho de corregirle y castigarle, pero siempre bajo el imperio de la moderacion y la prudencia. Por eso desde los últimos tiempos de la legislacion Romana, se proclamaba el principio moral y humanitario que dice: "*Patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere.*"

"*El castigamiento debe ser con mesura é con piedad,*" dice la ley 18, tít. 18, Part. 4.^ª y la ley 9 tít. 8, Part. 7.^ª agrega: "*Castigar debe el padre á su hijo mesuradamente.*"

En una palabra, las leyes no han querido nunca hacer públicos los desórdenes domésticos, ni autorizar á los padres para la imposicion de castigos que degeneren en una especie de venganza por su crueldad.

En cuanto al auxilio de las autoridades á los padres para la correccion de los hijos, se reduce generalmente, en nuestro país, á la reclusion de éstos por un tiempo más ó ménos largo en un establecimiento de educacion correccional.

Como habrá podido comprenderse, una de las causas que constituyen el principal fundamento de la patria potestad es la ignorancia y debilidad de los hijos, que necesitan de un protector que les dirija y supla los defectos de su incapacidad mediante su experiencia; es decir, que con su intervencion, debe completar el padre la capacidad del hijo.

Por este motivo, los individuos sujetos á la patria potestad no pueden comparecer en juicio, ni contraer ninguna obligacion sin el consentimiento del padre ó del que ejerce aquel derecho; pues tales actos demandan, segun la ley, la plenitud de la inteligencia, que no existe comunmente en los menores de edad, que son los sujetos á la potestad patria. (Art. 398, Cód. civ.) (1)

Esta prohibicion no tiene, pues, otro objeto, que el bien del hijo, evitándole los peligros y perjuicios á que le expone su inexperiencia.

(1) Artículo 373, Código civil de 1884.

IV.

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.

Como hemos dicho en el artículo precedente, el padre con su intervencion completa la capacidad jurídica del hijo, inhábil por su corta edad y su inexperiencia para manejarse por sí mismo y administrar sus bienes; por cuyo motivo no puede celebrar ningun contrato ni comparecer en juicio.

Consecuencia de ésto es, que el padre sea el legítimo representante de los hijos que están bajo su potestad, y el administrador legal de los bienes que les pertenecen, pero bajo las reglas que el Código civil establece. (Art. 400, Cód. civ.) (1)

Antiguámente, las leyes de las Partidas, fieles trasuntos de las Romanas, dividian los bienes de los hijos en cuatro especies que llamaban *peculios castrense, cuasi castrense, adventicio y profecticio*. (Ley 5.^a tít. 17, Part. 4.^a.)

Formaba el *peculio profecticio* aquello que el hijo ganaba con los bienes del padre ó por consideracion á él. (Ley citada.)

Se entendia por *peculio adventicio*, lo que el hijo ganaba por su trabajo, industria ó habilidad que tuviere, ó por donacion de algun extraño, por herencia de la madre ó parientes de ella, ó por beneficio de la fortuna, como el hallazgo de un tesoro. (Ley citada.)

Se llamaba *peculio castrense*, segun la ley 6.^a, tít. 17, Part. 4.^a, lo que adquiria el hijo de familia procedente de la milicia ó con ocasion de ella; y el *cuasi castrense* era, segun la ley 7.^a, lo que el hijo adquiria en el ejercicio de la enseñanza, ó en el desempeño de los oficios públicos, como juez, escribano ú otros semejantes, ó por donacion del rey.

Las mismas leyes concedian á los padres derechos distintos sobre

(1) Artículo 374, Código civil de 1884.

esos peculios: así es que el castrense y cuasi castrense pertenecian al hijo tanto en la propiedad como en el usufructo, pero los padres eran herederos forzosos de los bienes que los formaban. (Ley 1^ª, tít. 20, lib. 10, N. R.)

Los bienes del peculio profecticio pertenecian al padre tanto en propiedad como en usufructo, y la administracion se ejercia por el hijo; y los del adventicio pertenecian al hijo en propiedad y el usufructo al padre durante la menor edad de éste.

Esta distincion ha sido más ó ménos modificada por los códigos modernos, ya en los nombres, ya en la esencia, por estimarse inadecuada. Por esa misma razon, la modificó tambien nuestro Código, atendiendo, como dicen sus autores, á las consecuencias de ella respecto á la verdadera utilidad de las familias, y en cuanto á la misma distincion, al origen de los bienes.

Segun el artículo 401 del Código, los bienes del hijo, mientras está bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases: (1)

- 1^ª Bienes que proceden de la donacion del padre:
- 2^ª Bienes que proceden de la donacion de la madre ó los abuelos, aun cuando aquella ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad:
- 3^ª Bienes que proceden de donacion de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aunque éstos y los de segunda clase se hayan donado en consideracion al padre:
- 4^ª Bienes debidos á don de la fortuna:
- 5^ª Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto, sea cual fuere.

(1) Artículo 375, Código civil de 1884. Este precepto vino á llenar el vacío que existe en su concordante el artículo 401 del Código de 1870, á la cual nos referimos en esta leccion, incluyendo en la clasificacion que hace, los bienes procedentes de herencia ó legado.

Segun la clasificacion que hace el artículo 375, los bienes del hijo que está bajo la patria potestad, se dividen en seis clases.

- 1.^a Bienes que proceden de donacion del padre:
- 2.^a Bienes que proceden de herencia ó legado del padre:
- 3.^a Bienes que proceden de donacion, herencia ó legado de la madre ó de los abuelos, aun cuando aquella ó alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad:
- 4.^a Bienes que proceden de donacion, herencia ó legado de los parientes colaterales ó de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideracion al padre:
- 5.^a Bienes debidos á don de la fortuna:
- 6.^a Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto.

En todas estas especies la propiedad pertenece al hijo, porque la donacion en las tres primeras, es un contrato que trasfiere el dominio; en la cuarta es indudable la propiedad; y en la quinta, el trabajo dá un derecho incontrovertible á ella.

La administracion de las cuatro primeras clases de las enumeradas pertenece al padre, pues siendo sus hijos menores, es legítimo representante de ellos y el administrador legal de sus bienes, pero puede cederles su ejercicio, cuando les estime capaces de ella. (Arts. 400, 402, y 403, Cód. civ.) (1)

A fin de otorgar á los padres una recompensa por los cuidados y sacrificios que les impone la educacion de sus hijos, la ley ha creado un derecho útil inherente á la patria potestad, que consiste en el usufructo de parte de los bienes de éstos.

El padre tiene facultad de señalar al hijo la parte que debe percibir de los frutos de los bienes de la primera clase, en atencion al origen de los bienes y la utilidad del hijo: pero éste tiene derecho á percibir la mitad de los frutos si el padre no hace la designacion, supuesto que es el dueño del capital, y que, como dicen los redactores del Código, bajo cierto aspecto puede considerarse girado como en sociedad. (Art. 402, Cód. civ.) (2)

En cuanto á los bienes de las clases segunda, tercera y cuarta, tiene el padre la mitad del usufructo de ellos, el cual puede cederle al hijo á ejemplo de la administracion. (Art. 403, Cód. civ.) (3)

Debemos advertir, que si la ley se refiere al padre al hacer la distincion de los bienes de sus hijos y establecer que le corresponde la mitad del usufructo de ellos, no es porque ese derecho sea exclusivo de él, y solo le menciona porque comunmente es quien ejerce la patria potestad; pues también pertenece á la madre y los abuelos, cuan-

(1) Artículos 374, 376 y 377, Código civil de 1884. La reforma en la clasificacion de los bienes de los hijos á que nos referimos en la nota precedente, hizo necesaria la del artículo 403 del Código de 1870, la cual se contiene en el 377 citado, en términos más claros, pues los derechos á que se refiere, pertenecen igualmente al padre, á la madre y los abuelos, cuando ejercen la patria potestad.

El artículo 377 dice así: "En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administracion y la otra mitad del usufructo, del que ejerce la patria potestad. Este podrá, sin embargo, ceder al hijo la administracion ó la mitad del usufructo que le corresponde, ó una y otra."

(2) Artículo 376, Código civil de 1884.

(3) Artículo 377, Código civil de 1884.

do por falta de aquel son llamados en el orden legal á la guarda de los hijos y la administracion de sus bienes; porque el derecho de usufructo es inherente á la patria potestad.

Pero este derecho no es, como el usufructo ordinario, un desmembramiento de la propiedad, sino que tiene un carácter propio que no permite confundirlo con aquel. Constituye un atributo inherente á la patria potestad, y por lo mismo, se halla como ésta, fuera del comercio y no puede enajenarse ó hipotecarse por la persona que la ejerce.

Pero tal usufructo es solo un derecho útil que no confiere al padre más que la facultad de percibir la mitad de los frutos de los bienes que administra; pero no la de enajenar ó gravar esos bienes, si son inmuebles, sino por causa de absoluta necesidad ó evidente utilidad, y previa autorizacion del juez competente. (Art. 409, Cód. civ.) (1)

En una palabra, el padre que ejerce la patria potestad tiene los mismos deberes que todo usufructuario, ménos el de afianzar, pues seria una injuria, una falta al respeto debido al padre exigirle tal garantía; pero tiene la obligacion especial de dar alimentos á sus hijos. (Art. 408, Cód. civ.) (2)

Parece una redundancia la imposicion de este deber, supuesto que el padre, por solo el hecho de serlo, está obligado á alimentar y educar á sus hijos, segun los artículos 218 y 223 del Código civil. Pero esta obligacion que parece innecesariamente impuesta, difiere en gran manera de aquella que tienen los padres impuesta por la ley y por la naturaleza. (3)

En efecto, la obligacion que imponen los artículos 218 y 223 á los padres, tiene por base la posibilidad de éstos, segun el artículo 225, es decir, que los alimentos y la educacion deben ser proporcionados á la posibilidad del que debe darlos; en tanto que la obligacion del padre como usufructuario debe ser proporcional á la fortuna del hijo. (4)

(1) Artículo 382, Código civil de 1884.

(2) Artículo 381, Código civil de 1884.

(3) Artículos 207 y 212, Código civil de 1884.

(4) Artículos 207, 212 y 214, Código civil de 1884.

Como el usufructo es debido al padre por los cuidados y molestias que le causa la administracion de los bienes de sus hijos, se infiere que no tiene derecho á percibir la porcion que le corresponde de los frutos, ántes de que se encargue de la administracion de esos bienes, y por consiguiente, los réditos y rentas que vencen ántes, forman parte de ellos, y no se estiman como frutos que deba gozar el padre. (Art. 406, Cód. civ.) (1)

Antes de pasar adelante conviene advertir, que el hijo tiene derecho á que se le constituya la hipoteca necesaria sobre los bienes de sus padres, y que éstos tienen obligacion de constituirla, aunque no se les exija, para garantizar la conservacion y devolucion de los bienes de aquellos, de que son meros administradores. (Art. 1,999, fraccion 1^ª, y 2,000, fraccion 5^ª, Cód. civ.) (2)

Segun la legislacion antigua, si el padre vendia los bienes del hijo, por ese hecho quedaban obligados ó hipotecados los suyos; pero si no bastaban para pagarle, podia aquel perseguir sus propios bienes de cualquier poseedor, pero á condicion de renunciar expresamente la herencia del padre; pues como su heredero, y representando á su persona, estaba obligado á guardar los pactos legítimos que éste habia celebrado, y la demanda equivalia á la promocion de un juicio contra sí mismo. (Ley 24, tít. 13, part. 5^ª)

Esa injusta exigencia de la legislacion antigua no existe en la actualidad, pues además de que la enajenacion de los bienes hecha por los padres sin los requisitos legales es nula, por ser contraria al tenor de un precepto prohibitivo, y por persona distinta del propietario, cuyas circunstancias le dan derecho al hijo para vindicarlos de cualquier poseedor; la constitucion de la hipoteca necesaria en los bienes de los padres aleja el peligro de que los hijos sean perjudicados. (Arts. 7 y 2,959, Cód. civ.) (3)

El derecho de usufructo concedido al padre se extingue:

- 1.º Por la emancipacion ó la mayor edad de los hijos:
- 2.º Cuando la madre pasa á segundas nupcias:

(1) Artículo 379, Código civil de 1884.

(2) El Código de 1884 suprimió el artículo 1,999. Artículo 1,875, fraccion 5.^a

(3) Artículos 7 y 2,831, Código civil de 1884.

3.º Por renuncia. (Art. 410, Cód. civ.) (1)

Aunque la ley solo enumera los modos indicados, es fuera de toda duda que el usufructo se extingue por todos aquellos por los cuales se pierde la patria potestad, supuesto que es un derecho inherente á ella, y por tanto, que entre aquellos modos se deben enumerar tambien:

1.º La condenacion judicial imponiendo una pena que importe la pérdida de la patria potestad:

2.º En los casos de divorcio marcados por los artículos 268 y 271 del Código civil. (2)

Por la emancipacion y la mayor edad se pierde para siempre la patria potestad, porque el hijo que cumple los veintiun años entra en la plenitud de sus derechos civiles, y el que es emancipado, sea por matrimonio, sea por voluntad de sus padres, adquiere la libre administracion de sus bienes. Es decir, que por la mayor edad y por la emancipacion dejan los hijos de estar bajo la guarda y vigilancia de los padres, quienes cesan en la administracion de los bienes de aquellos.

En consecuencia, cesan las causas que motivan legalmente la concesion del usufructo á favor del padre, los cuidados y vigilias que demanda la administracion de los bienes, y se extingue la patria potestad y el derecho inherente á ella.

Cuando la madre contrae segundas nupcias se extingue el usufructo, porque por este hecho se pierde la patria potestad, y porque así lo exigen razones de justicia y de moral.

Si la madre que contrae segundas nupcias conservara el usufructo, no seria ella quien en realidad lo disfrutara, sino su marido; y es presumible que consumiera los frutos en su propio provecho y el de

(1) Artículo 383, Código civil de 1884. El artículo 410 del Código de 1870, señalaba como segunda causa de la extincion del usufructo, las segundas nupcias de la madre.

El artículo 383 del Código civil de 1884, modificó ese precepto señalando como segunda causa de la extincion del usufructo, la pérdida de la patria potestad, porque si la madre pierde ese derecho no es sino porque en virtud del segundo matrimonio pierde la patria potestad.

Nada tendriamos que decir contra esta reforma, si hubiera sido acompañada de la supresion de la primera causa que señala el mismo precepto, pues la emancipacion y la mayor edad son dos modos de extinguirse tambien la patria potestad, comprendidos en la causa segunda á que nos referimos en el párrafo anterior.

(2) Artículos 245 y 248, Código civil de 1884. Véase la nota 4.ª, página 131.

sus hijos, ántes que en la subsistencia y alimentacion de aquellos que le eran extraños, sin que la mujer pudiera impedirlo, ya por su debilidad, ya por condescendencia, hija del amor.

Además, no seria justo que la madre llevase á otra familia el producto de los bienes de sus hijos del primer matrimonio, enriqueciendo á su segundo marido con perjuicio de ellos.

Aunque esta razon pudiera alegarse respecto del padre, no seria con justicia, porque aun cuando contraiga segundo matrimonio, siempre tendrá autoridad bastante para resistir á su mujer cuando le induzca á faltar á sus deberes de padre, y por lo mismo, conserva la administracion de los bienes de los hijos del primero y la mitad del usufructo de ellos.

Pero si la madre ó la abuela, en su caso, vuelve á enviudar, recobra la patria potestad, y con ella el derecho de usufructo que le es inherente, pues el artículo 428 del Código civil declara expresamente, que la madre ó abuela que vuelve á enviudar, recobra los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto respecto de los bienes sujetos á reserva. (1)

Es una consecuencia de la teoría en que se funda el derecho de usufructo concedido á los padres, que siempre que se suspenda la potestad que ejerce sobre sus hijos, se suspenda el ejercicio de aquel derecho.

Por tanto, se suspende por las siguientes causas, que tambien son suspensivas de la patria potestad:

- 1.º Cuando el padre es sordo-mudo y no sabe escribir:
- 2.º Por prodigalidad del padre:
- 3.º Por ausencia declarada en forma:
- 4.º Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspension de la patria potestad. (Art. 418, Cód. civ.) (2)

Son tambien causas de la suspension de la patria potestad la incapacidad judicialmente declarada, por estar privado el padre de la inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad; y sin embargo, tal

(1) Artículo 401, Código civil de 1884.

(2) Artículo 391, Código civil de 1884. Se suprimió en este precepto la fraccion 2.ª, referente á la prodigalidad, á consecuencia de no estimarla el mismo Código como causa de la interdiccion.

suspension no produce la del usufructo, pues está expresamente determinado que los padres conserven su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos en el ejercicio de la patria potestad. (Art. 419, Cód. civ.) (1)

Aunque la ley usa solamente de la palabra demencia al establecer esta excepcion, no quiere decir que solo deba entenderse respecto de aquellos individuos á quienes se designa vulgarmente con el nombre de dementes, sino tambien de los idiotas y de los imbéciles, pues el idiotismo y la imbecilidad son otras tantas especies de la demencia.

La razon que motiva la diferencia que existe entre el caso á que aludimos y los demás es perfectamente perceptible y justa. La suspension de la patria potestad en este caso es el efecto de una desgracia del padre, que no debe aumentarse con una nueva afliccion, y en los demás casos proviene de una conducta inconsiderada y reprehensible.

En el caso de ausencia, es tambien justa la suspension del usufructo, pues si el ausente no educa ni alimenta al hijo, ni administra sus bienes, no hay razon por la cual se le conserve aquel derecho que la ley le otorga por el cumplimiento de estas obligaciones, tanto más que, declarada legalmente la ausencia, ejerce la patria potestad otra persona, con perfecto derecho al usufructo.

La patria potestad puede suspenderse ó perderse tambien, cuando los padres tratan á los hijos con excesiva severidad, no los educan, les imponen preceptos inmorales, ó les dan consejos ó ejemplos corruptores. En tales casos sigue el usufructo la misma suerte que la patria potestad, y como ella, se pierde ó se suspende, segun lo determinen los tribunales. (Art. 417 Cód. civ.) (2)

Finalmente, la madre ó abuela que no siguiere el dictámen de los consultores nombrados por el padre, puede ser privada judicialmente de la patria potestad, así como en el caso de que diere á luz un hijo ilegítimo; y puede renunciarla lo mismo que los abuelos. En todos estos casos se extingue el derecho de usufructo, y lo adquiere

(1) Artículo 392, Código civil de 1884.

(2) Artículo 390, Código civil de 1884.

la persona que entra al ejercicio de la patria potestad. (Arts. 423, 424 y 426 Cód. civ.) (1)

Los bienes de la quinta clase, esto es, los que adquiere el hijo por un trabajo honesto, sea cual fuere, le pertenecen en propiedad, administración y usufructo, y se le considera respecto de ellos como emancipado; pues supone la ley, con entera justicia, que quien sabe adquirir con su trabajo, ya es capaz de administrar. Y si existe algún peligro por la edad del hijo, se precave con las restricciones que les impone la misma ley á los menores emancipados.

Un ligero exámen basta para convencerse de que la distincion de los bienes de los hijos es incompleta y por consiguiente imperfecta, pues no satisface á las necesidades de la sociedad.

En efecto, ¿á cuál de las clases especificadas podriamos referir los bienes de los hijos que proceden de herencia ó legado del padre ó de la madre, y que en derecho se designan bajo el nombre de bienes *parafernales*?

A ninguna: y semejante vacío de la ley no puede ménos de suscitar graves dificultades, sea quien fuere la persona que ejerza la patria potestad, si no con relacion á la facultad de administrar tales bienes, al ménos con relacion al usufructo y la extension de este derecho.

De lamentarse es tan sensible omision, que no puede repararse ni aun ocurriendo á los preceptos de la legislacion antigua, expresamente derogada, y además incompatible con el sistema adoptado por el Código civil.

Los bienes que proceden de donacion del padre, de la madre ó de los abuelos, son colacionables como todos los que provienen de donaciones, cuando se trata de la sucesion del donante. Así es, que

(1) Artículos 396, 397 y 399, Código civil de 1884. Este último artículo importó una reforma justa, declarando que no solo pierde la madre ó abuela la patria potestad cuando dán á luz un hijo ilegítimo, sino tambien cuando viven en mancebía.

Los términos de este precepto nos conducen á concluir, que no estimándose como una union legítima el matrimonio celebrado segun los ritos de la Iglesia y que no se ha revalidado ante el juez del estado civil, bajo las formas y solemnidades prescritas por la ley, pierden la patria potestad la madre ó abuela que contraen solamente matrimonio canónico, aun cuando no tengan hijos.

En otros términos: segun las instituciones que nos rigen, el matrimonio canónico es una mancebía, y los hijos procreados durante él son ilegítimos, y por tanto, la celebracion de aquel y el nacimiento de éstos son, segun el precepto á que nos referimos, causas que producen la pérdida de la patria potestad.

cuando el hijo hereda á su padre y demás personas á quienes nos hemos referido, en concurrencia con otros herederos forzosos, se consideran como existentes en la masa de la herencia para la designacion de las legítimas y la cuenta de particion, las cantidades que hubiere recibido del testador por donacion. (Arts. 405 y 4017, Cód. civ.) (1)

El padre tiene la facultad de ceder á sus hijos la mitad del usufructo que por la ley le corresponde, pero como tal renuncia redundará en provecho de éste y perjuicio de sus coherederos, la misma ley ha querido evitar todo género de desigualdad entre ellos, á cuyo fin ha declarado que esa renuncia se debe considerar como donacion, y colacionar el importe de los frutos que por ella percibió el hijo. (Art. 411, Cód. civ.) (2)

Ya hemos dicho que el padre tiene la facultad de ceder al hijo la administracion que le corresponde en los bienes de segunda, tercera y cuarta clase. Cuando así sucede, y cuando la ley le otorga al hijo la administracion como en los bienes de la quinta clase, se le considera respecto de aquella como emancipado, con las restricciones que á los menores de edad emancipados les impone la ley. (Art. 407, Cód. civ.) (3)

Los padres solo tienen obligacion de rendir cuenta de los bienes de que son meros administradores y de entregarles á sus hijos, luego que se emancipen ó lleguen á la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan. (Arts. 412 y 413, Cód. civ.) (4)

Como pudiera suceder que durante el ejercicio de la patria potestad surgiera algun conflicto de intereses entre el hijo y el padre, por ser opuestos los de éste á los de aquel, el Código ha prescrito que en tal caso y otros semejantes, sea representado el hijo menor en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso. (Art. 414, Cód. civ.) (5)

(1) Los artículos 405 y 4017 del Código civil de 1870 fueron suprimidos en el de 1884, á consecuencia del sistema adoptado en éste, segun el cual no hay herederos forzosos, el padre no tiene obligacion de dejar á sus hijos su fortuna, éstos no tienen derecho á heredar determinada porcion de ella, y por lo mismo solo son colacionables aquellos bienes que señala el padre y en la porcion que indica.

(2) Artículo 384, Código civil de 1884.

(3) Artículo 380, Código civil de 1884.

(4) Artículos 385 y 386, Código civil de 1884.

(5) Artículo 387, Código civil de 1884.

V.

De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

La patria potestad es susceptible de extinguirse ó suspenderse por varias causas, de las cuales nos ocuparemos despues, haciendo ántes algunas explicaciones que creemos oportunas y necesarias.

Segun la distincion establecida por los jurisconsultos, la patria potestad se acaba, se pierde ó se suspende.

Se dice que se acaba la patria potestad, cuando las leyes le ponen término en virtud del verificativo de ciertos acontecimientos, naturales ó provenientes del padre, pero lícitos y honestos.

Se dice que se pierde, cuando la ley dispone que el padre quede privado de ella por la comision de algun delito ó por su falta en el cumplimiento de los deberes que tiene para con sus hijos.

Por último, se suspende cuando no la puede ejercer el padre en virtud de alguna incapacidad, ó por haber sido condenado á una pena que lleve consigo la suspension de la patria potestad.

Se acaba ésta, segun el artículo 415 del Código civil: (1)

1.º Por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga:

2.º Por la emancipacion:

3.º Por la mayor edad del hijo.

La muerte extingue todos los derechos meramente personales, ó que no son susceptibles de trasmision á los herederos y sucesores de las personas que los ejercen; y como la patria potestad es un derecho puramente personal, es consiguiente que se extinga, si no existe alguna de las personas á quienes la ley otorga su ejercicio.

La emancipacion extingue tambien la patria potestad, sea que provenga de matrimonio contraido legalmente, sea que deba su origen á la voluntad del padre.

(1) Artículo 388, Código civil de 1884.

El matrimonio produce de pleno derecho la emancipacion, y con entera justicia, pues al celebrar ese contrato se impone el hijo obligaciones y adquiere derechos, cuyo cumplimiento ó cuyo ejercicio no seria compatible con la patria potestad, porque la formacion de la nueva familia demanda en el jefe de ella absoluta libertad de accion.

La ley ha otorgado al padre la facultad de renunciar ó abdicar la patria potestad en beneficio de su hijo mayor de diez y ocho años y menor de veinticinco, como una recompensa á su probidad y buena conducta, y como un poderoso estímulo para los demás hijos; pues por la emancipacion, adquieren éstos ántes de los veintiun años los derechos de un mayor edad y entran en la administracion de sus bienes, aunque con algunas restricciones.

El uso de esa facultad priva al padre del ejercicio de la patria potestad, extinguiéndola de tal manera, que no puede revocarse la emancipacion, porque sea cual fuere la conducta del hijo emancipado no destruye la causa que motivó la abdicacion del padre, la conveniencia y la aptitud de aquel.

La patria potestad se ha establecido principalmente para el beneficio del hijo y prestarle un poderoso auxilio á su debilidad, su ignorancia y su inexperiencia; de donde se infiere, que no debe tener el carácter de perpetuidad, sino terminar con las causas que la motivan.

Por esta razon, cuando el hijo llega á la edad en que la ley supone que está dotado del pleno desarrollo de la inteligencia y que puede bastarse á sí mismo, pone término al ejercicio de la patria potestad, extinguiéndola, de manera que si el hijo pierde las facultades mentales, no revive aquel derecho.

Se pierde la patria potestad:

1.º Cuando el que la ejerce es condenado á alguna pena que importe la pérdida de este derecho:

2.º En los casos de divorcio, cuando el padre es culpable, ó cuando lo son los dos cónyuges, y cuando aquel es el que dá causa al divorcio. (Art. 416, Cód. civ.) (1)

(1) Artículo 389, Código civil de 1884.

Refiriéndonos al primer modo, se debe tener presente que el Código Penal impone la pena de la pérdida de la patria potestad á los padres ó abuelos que cometen en sus hijos ó sus nietos los delitos de abandono ó exposicion de ellos, si no pasan de siete años, en lugar no solitario, ó cuando los exponen siendo menores de esa edad en una casa de expósitos. (Arts. 615, 616 y 625, Cód. Pen.)

Tambien impone esa pena, como accesoria, á los delitos de violacion y de corrupcion de menores, cuando se perpetran por los ascendientes en sus descendientes. (Arts. 801 y 806, Cód. Pen.)

En cuanto al segundo caso, resulta que la ley civil ha complementado en cierta manera á la penal en los casos de adulterio, estableciendo la regla general, segun la cual, el cónyuge culpable de adulterio ó que diere motivo al divorcio queda privado de la patria potestad, y cuando ámbos cónyuges son culpables pierden ese derecho, que recae en el ascendiente llamado por la ley. (Arts. 268 y 271, Cód. civ.) (1)

Sin embargo, entre uno y otro caso de los dos á que nos referimos existe esta diferencia: que en el segundo, el cónyuge culpable pierde la patria potestad durante la vida del inocente, pero la recobra á la muerte de éste, si el divorcio ha sido decretado por las causas siguientes:

- 1.ª Incitacion ó violencia hecha por el marido á la mujer para cometer algun delito, aunque no sea de incontinencia carnal:
- 2.ª Sevicia del marido con su mujer:
- 3.ª Abandono sin justa causa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años. (Arts. 240, fracciones 3.ª, 5.ª y 6.ª, y 416, Cód. civ.) (2)

La ley tambien faculta á los tribunales para privar de la patria potestad al que la ejerce, ó modificar su ejercicio, si trata con excesiva severidad á los hijos, no les educa, ó les impone preceptos inmorales, ó les da ejemplos ó consejos corruptores. (Art. 417, Cód. civil.) (3)

Está, pues, al arbitrio de los tribunales privar al padre de la patria

(1) Artículos 245 y 248, Código civil de 1884. Véase la nota 4.ª página 131.

(2) Artículos 227, fracciones 7.ª, 8.ª y 12.ª, y 389, Código civil de 1884.

(3) Artículo 390, Código civil de 1884.

potestad ó modificar su ejercicio, segun la gravedad de las faltas que se le imputen, de su conducta más ó ménos inconsiderada é inmoral.

Se suspende la patria potestad:

1.º Por incapacidad declarada judicialmente en los casos siguientes:

I. Cuando el padre está privado de la inteligencia por locura, idiotismo ó imbecilidad:

II. Cuando es sordo-mudo y no sabe leer ni escribir:

2.º Por prodigalidad del padre:

3.º Por ausencia declarada en forma:

4.º Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspension de la patria potestad. (Art. 418, Cód. civ.) (1)

El primer modo de los expresados se funda en una razon de perfecta justicia, pues la patria potestad tiene por objeto la direccion y educacion de los hijos, para cuyos deberes es inhábil aquel que se halla en estado de demencia ó interdiccion y sujeto á la guarda de un tutor.

Respecto del segundo modo, se debe advertir que la suspension de la patria potestad es solo en cuanto á la administracion de los bienes de los hijos, pero no en cuanto á la vigilancia y educacion de éstos; porque la prodigalidad solo hace incapaz al padre para la administracion de los bienes, pero no para cumplir aquellos deberes, ni constituye una falta verdaderamente punible que deba privar de una manera absoluta del ejercicio de aquel precioso derecho.

En cuanto al tercer modo, es justa la suspension, que no tiene carácter de una pena, porque existe de hecho por la ausencia del padre, y porque no es justo que entretanto se deje á los hijos y sus intereses en un punible abandono de perjudiciales trascendencias. Como la suspension no tiene el carácter de una pena, sino que es la consecuencia de una imposibilidad física, nacida de la ausencia, es consiguiente que cese cuando ésta termina.

El cuarto modo no es más que la justa y debida represion de la conducta inconsiderada é inmoral del padre, y tiene por objeto evi-

(1) Artículo 391, Código civil de 1884. Véase la nota 2.ª página 285.

tar el pernicioso contagio del hijo, por ejemplos ó consejos inmORALES y corruptores.

El Código Penal no señala delito alguno que tenga impuesta la pena de la suspensión de la patria potestad, y por lo mismo, el modo indicado solo puede referirse á los casos expresados en el artículo 417 del Código civil, que faculta á los tribunales, para que segun su arbitrio y las circunstancias priven de aquel derecho al que lo ejerce, ó modifiquen su ejercicio, si trata á los hijos con excesiva severidad, no les educa, ó les impone preceptos inmORALES, ó les da ejemplos ó consejos corruptores. (1)

Ya hemos dicho que el derecho de usufructo concedido al padre sobre determinados bienes de los hijos, es inherente al ejercicio de la patria potestad, de donde hemos inferido la consecuencia de que, cesando ó suspendiéndose ésta, cesa y se suspende aquel derecho.

Sin embargo, esta consecuencia que forma una regla enteramente legal, sufre excepcion cuando se suspende el ejercicio de la patria potestad por demencia del que la ejerce; pues no siendo culpable ni acreedor á la suspension del usufructo, sino víctima de una desgracia, no ha parecido justo imponérsela, aumentando sus males con otro. (Art. 419, Cód. civ.) (2)

Queriendo prestar un eficaz auxilio á la madre ó á la abuela en la administracion de los bienes de los hijos ó de los nietos sujetos á su potestad, para evitar los peligros á que pudieran estar expuestas por falta de pericia y por inexperiencia en los negocios, la ley ha concedido al padre la facultad de nombrarles en su testamento, uno ó más consultores, cuyo dictámen deben oír para los actos que él determine expresamente. (Art. 420, Cód. civ.) (3)

Pero como seria enteramente inútil tal facultad si la madre ó abuela, en su caso, no escucha el dictámen de los consultores, la ley le ha dado la debida sancion penal, estableciendo que si aquellas, en sus respectivos casos, dejaren de oír el dictámen de los consultores, puedan ser privadas del ejercicio de la patria potestad, en juicio contradictorio, con audiencia del Ministerio público, á instancia de los consul-

(1) Artículo 390, Código civil de 1884.

(2) Artículo 392, Código civil de 1884.

(3) Artículo 393, Código civil de 1884.

tores; sin que por esto se anule el acto ejercido. (Art. 423, Cód. civ. (1)

Acerca de la facultad mencionada tenemos que advertir, que como es una consecuencia de la patria potestad, solo pueden usarla aquellas personas que se hallan en el ejercicio de ella, y por tanto, que no goza de tal facultad el padre que al tiempo de morir no se hallaren en el ejercicio de la patria potestad, aunque el nombramiento de los consultores se haya hecho en testamento anterior á la pérdida ó suspension de aquel derecho; excepto en el caso en que tal suspension se funde en ausencia ó locura, pues en tales casos vale el nombramiento hecho en testamento anterior á la declaracion de ausencia, ó á la enajenacion mental. (Arts. 421 y 422, Cód. civ) (2)

De lo expuesto se infiere, que por el bien de los hijos sujetos á la patria potestad de la madre ó abuela, se ha establecido como causa de la privacion de ese derecho, el hecho de no sujetarse al dictámen de los consultores nombrados en testamento por el padre.

Son tambien causas de la pérdida de la patria potestad, tratándose de la madre ó abuela, las siguientes:

1.^ª El segundo matrimonio contraido por la madre ó abuela:

2.^ª La conducta inmoral de una ú otra, en sus respectivos casos, acreditada por el hecho de dar á luz un hijo ilegítimo. (Art. 426 y 427, Cód. civ. (3)

La primera causa tiene por objeto evitar que la madre ó abuela que pasa á segundas nupcias sacrifique, como comunmente acontece, al segundo marido, los intereses, la educacion y hasta la vida de sus hijos ó sus nietos.

En esta parte, el Código civil no ha hecho más que adoptar las medidas precautorias que aconseja la razon, establecidas por el derecho Romano (4), y por la legislacion patria antigua (5), que aunque refiriéndose á la tutela de la madre, pues no le reconocian el derecho de patria potestad, la privaban de ella cuando contraia segundas nupcias, y aun arrancaban á los hijos de su lado.

(1) Artículo 396, Código civil de 1884.

(2) Artículos 394 y 395, Código civil de 1884.

(3) Artículos 399 y 400, Código civil de 1884. Véase la nota 1.^ª página 287.

(4) Leyes 2, tít. 35, y 22, tít. 27, lib. 5.^º, Cód.

(5) Leyes 8, tít. 1, lib. 3; 14, tít. 2; y 3, tít. 4, lib. 4, Fuero Juzgo, y la ley 3, tít. 16, Part. 6.^ª

Pero si la madre ó abuela vuelve á enviudar, recobra los derechos que perdió por haber contraído segundas nupcias, menos respecto de los bienes sujetos á reserva; porque con la muerte del segundo marido desaparece la causa que interrumpió el ejercicio de la patria potestad, y es natural y justo que no existiendo ningun interes contrario á los hijos, vuelva á la madre la guarda de ellos y la administracion de sus bienes. (Art. 429, Cód. civ.) (1)

La segunda causa tiene por objeto evitar ejemplos perniciosos é inmorales á los hijos, buscando á la vez una persona digna que se encargue de su direccion, en lugar de la madre ó abuela, cuya conducta inmoral acredita que es indigna del ejercicio del sagrado derecho de la patria potestad.

Consideraciones que tienden exclusivamente al bien de los hijos han dado origen á otro modo de extinguirse la patria potestad de la madre, abuelos y abuelas, concediéndoles la facultad de renunciar ese derecho ó el ejercicio de ella; pero á condicion de que una vez renunciada no puedan recobrarla. (Arts. 424 y 425, Cód. civ.) (2)

La ley ha querido conceder esta facultad, previendo aquellos casos en que la madre y los abuelos, sea por ancianidad, sea por otra causa, se consideren incapaces de cumplir con los deberes que la patria potestad impone, pues renunciando hacen un beneficio á los hijos, que quedarán regidos y bajo la guarda de personas aptas.

La condicion impuesta á la renuncia de no poder recobrase la patria potestad una vez que se ha hecho, es una consecuencia precisa del motivo que la autoriza, y una especie de pena impuesta al ascendiente que, pudiendo, se ha rehusado por egoismo al ejercicio de aquel derecho.

En todos los casos á que nos hemos referido últimamente, si no hay persona en quien recaiga la patria potestad, se provee á los hijos de tutor, conforme á la ley; pero se debe tener presente que en ningun caso puede recaer la tutela en el segundo marido de la madre ó abuela. (Arts. 424, 427 y 428, Cód. civ.) (3)

(1) Artículo 402, Código civil de 1884. Se suprimieron en este precepto las palabras "salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos á reserva," porque segun el sistema adoptado en este Código, no hay bienes reservables.

(2) Artículos 397 y 398, Código civil de 1884.

(3) Artículos 397, 400 y 401, Código civil de 1884.