

mero y calidad de los herederos legítimos (artículos 193 y 752) (I).

(I) NOTA DEL TRADUCTOR.—Los hijos nacidos fuera del matrimonio reciben la denominación genérica de ilegítimos, mas dentro de ella hay que distinguir los hijos llamados naturales de aquellos otros en quienes no concurre esa condición, si bien hay que tener en cuenta que la condición de natural se presume en todo hijo ilegítimo si el reconocimiento es hecho por uno de los padres que en el momento de la concepción pudiese contraer matrimonio (art. 130).

I. *Hijos naturales.* Tienen concepto de tales, los nacidos fuera del matrimonio, de padres que a tiempo de la concepción de aquéllos pudieron casarse sin dispensa o con ella (art. 119, § 2.º). Son estos hijos los únicos que pueden reconocerse (art. 138), y por lo tanto legitimarse (artículo 119, § 1.º). El reconocimiento de la legitimación se tratará en la nota al párrafo siguiente—puede hacerse conjuntamente por los padres, o solamente por uno de ellos (artículos 129 del Código civil español y 179 del Código civil italiano) y en este caso el que reconociese a un hijo, no podrá revelar el nombre de la persona con quien le tuvo, ni circunstancias por donde pudiera averiguarse, sancionándose el incumplimiento del deber, que tienen los funcionarios de no hacer constar tales detalles y tachándose de oficio (art. 132).

Se exige que el reconocimiento sea hecho en acta de nacimiento, testamento u otro documento público (artículos 131 del Código civil español y 181 del Código civil italiano) requiriendo el consentimiento del hijo si es mayor de edad o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal, si es menor, salvo que el reconocimiento se hubiese hecho en acta de nacimiento o testamento. El hijo reconocido puede impugnar el reconocimiento (art. 133) y también las personas a quienes perjudique (artículos 138 del Código civil español y 183 del Código civil italiano).

Junto a este reconocimiento que tiene el carácter de voluntario hay otro forzoso a que vienen obligados el padre o la madre (artículos 135 y 136).

El reconocimiento concede al hijo derecho a llevar los apellidos del que lo reconoce, a recibir de él alimentos y a la porción hereditaria que se determina en el Código (artículos 134 del Código civil español y 185 y 186 del Código civil italiano; en cuanto a derechos sucesorios véanse los artículos 840, 841 y 939 a 942 del Código civil español).

II. *Hijos ilegítimos en quienes no concurre la condición de naturales.* Son los llamados en nuestro antiguo Derecho hijos de dañado y punible ayuntamiento y están comprendidos en ellos: los adulterinos, incestuosos, sacrílegos y mánceres.

Se les conceden derechos limitados a alimentos conforme al art. 143 (artículos 139 del Código civil español y 193 del Código civil italiano); más este derecho sólo podrán ejercitarlo si la filiación se infiere de sentencia firme, si resulta de documento indubidado, y respecto de la madre, si se prueba el hecho del parto y la identidad del hijo (art. 140), siendo en los dos primeros casos en los únicos que puede investigarse la paternidad (artículo 141).

§ 117.—*Legitimación. Adopción*

Brugi, *Ist.*, §§ 85-87; Pacifici, *Ist.*, VII, páginas 540, 607; Chironi, *Ist.*, II, §§ 392, 408, 409; Zachariae, *Man.*, III, §§ 518, 524-530; Aubry y Rau, *Cours.*, IX, §§ 546, 554-561; Planiol, *Traité*, I, números 1.549 y siguientes, números 1.569 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 522-525.

Fuera del caso de nacimiento dentro de matrimonio se puede crear por dos modos distintos una situación igual o semejante a la de los hijos legítimos: mediante el vínculo de sangre y la legitimación, que es una institución de favor para los hijos naturales y que representa una ficción en cuanto que el matrimonio que los padres contraen después del nacimiento se considera como anterior a éste, y también mediante la dispensa de la necesidad del matrimonio; o, sin haber vínculo de sangre, mediante la adopción que, imitando la naturaleza, suple la falta de hijos cuando el tálamo es estéril o cuando la desgracia haya privado a una persona de todos sus descendientes. Ambas instituciones intrínsecamente diversas producen el efecto común de equiparar el hijo natural o el adoptivo al legítimo.

I. *Legitimación de los hijos.*—La legitimación es el medio que la ley proporciona a los padres naturales para reparar la falta de matrimonio y para atribuir al hijo, contrayéndolo posteriormente, una posición regular en la familia. Su supuesto es que la prole natural haya sido o sea posteriormente reconocida por los padres: el medio otorgado es la celebración del matrimonio subsiguientemente al nacimiento. Pero tal matrimonio puede resultar imposible, no ya por la existencia de un impedimento absoluto (como el precedente matrimonio con otra persona o el vínculo de parentesco en grado no dispensable, pues en tales casos habría prole adulterina o incestuosa y, por tanto, imposibilidad no sólo de su legitimación, sino también de su reconocimiento) (art. 195), sino por la concurrencia de otros hechos como la muerte de uno de los padres, el haber contraído uno de ellos posteriormente matrimonio con otra persona, la negativa del otro a contraer matrimonio. En tales hipótesis la ley admite benignamente un segundo remedio y basándose en la tradición

histórica atribuye al Soberano el poder constituir mediante un acto propio la deseada relación familiar: legitimación por Real decreto.

Así, pues, las formas de legitimación son dos (art. 194, párrafo 1.º) y reproducen las dos figuras perfiladas ya en los Derechos romano y común: *la legitimatio per subsequens matrimonium* y *la legitimatio per rescriptum principis* (1). La relación que entre sí mantienen ambas figuras es de subsidiariedad, pues no se puede recurrir a la legitimación por Real decreto más que en el caso de no ser posible la primera, que es éticamente obligatoria para los padres.

La legitimación por subsiguiente matrimonio tiene lugar cuando hay reconocimiento por ambos padres y matrimonio entre éstos. Ahora bien, como la ley admite que el reconocimiento pueda preceder, acompañar o seguir al matrimonio, es evidente que la legitimación se perfecciona cuando se realicen ambos actos o los tres si el reconocimiento es doble y lo hacen ambos padres por separado. No es obstáculo a esta legitimación la existencia de hijos legítimos, porque la introducción del hijo legitimado en la familia no puede perturbar el orden familiar ni lesionar los derechos de los hijos legítimos. Nada más se precisa para que esta forma de legitimación surta plenos efectos, pues no requiere procedimientos ni formalidades especiales. La condición de legitimado en el hijo se deduce de la combinación del acta de matrimonio con el reconocimiento debidamente acreditado.

Más complicación presenta la forma de legitimación por *Real decreto*, porque ésta se sujeta a varias condiciones sustantivas y requiere especiales formalidades. Por esto dicha forma de legitimación es menos frecuente que la otra. Las condiciones son las establecidas en el art. 198: 1), que la legitimación sea pedida por ambos padres o por uno de ellos; 2), que el padre o madre

(1) En orden al Derecho romano, Wolf, *La legitimatio per. subs. matr. sec il dir. giust.*, 1881; Diczek, *Beiträge zur Lehre von der leg. durch nachfolgende Ehe*; Génestal, *Histoire de la legit. des enfants naturels en droit canonique*, París, 1905; Pitzorno, *La legitt nella storia delle istituzioni familiari del medio evo*, Sassari, 1904.

que la pide no tenga hijos legítimos legitimados por subsiguiente matrimonio ni descendientes de éstos; 3), que dichos padre o madre se hallen en la imposibilidad de legitimar al hijo por subsiguiente matrimonio; 4), que cuando quien la solicite sea casado se obtenga y acredite el consentimiento de otro cónyuge.

Precisa, pues, la solicitud de uno o de los dos padres. Para favorecer la legitimación del hijo la ley consiente que cuando el padre o madre hubiere muerto y consignado en testamento (aunque sea ológrafo) o en documento público su voluntad de legitimar al hijo, éste puede solicitar la legitimación después de muerto el padre, siempre que se pruebe la falta de hijos legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio y la imposibilidad para el difunto de contraer matrimonio (art. 199) (1).

En cuanto a lo forma deberán intervenir tres órganos diversos en la expedición del Real decreto: la Corte de Apelación que aprecia la legalidad de la legitimación, el Consejo de Estado que emite parecer, y el poder real que concede la legitimación. El correspondiente procedimiento que se desenvuelve primeramente en sede judicial y luego en sede administrativa, está expuesto en el art. 200. La demanda de legitimación, acompañada de los documentos justificativos, se dirige a la Corte de Apelación en

(1) En la legislación de guerra se dieron en favor de los militares mayores facilidades. Se admitió que aun sin mediar declaración de uno de los padres de su voluntad de legitimar, bastaba la voluntad de contraer matrimonio manifestada con la otorgación de poder para contraerlo, aunque luego dicho matrimonio fuese imposible por muerte del mandante; la voluntad de legitimar deriva de la otorgación de dicho poder en el caso solamente de que el hijo no hubiese sido aún reconocido (Decreto-ley de 14 de Octubre de 1915, núm. 1.496, art. 1.º). Posteriormente se llegó a admitir que la voluntad de legitimar pudiese resultar de una declaración escrita del padre (militar) difunto y hasta de una declaración verbal hecha por el padre a un Oficial o a un Capellán castrense; podían hacer las veces de tal declaración las publicaciones del matrimonio con la madre o la celebración del matrimonio religioso (Decreto-ley de 23 de Mayo de 1918, núm. 721, art. 1.º).

Por todo ello, ¿habrá que estimar suprimidas todas las formalidades comunes o sea la intervención de la Corte de Apelación, del Consejo de Estado, etc.? Véase Faggella, *Riv. dir. pubbl.*, 1918, pág. 361.

cuya jurisdicción resida el solicitante. La Corte, una vez oído el Ministerio fiscal, declara en Cámara de Consejo si concurren o no las condiciones establecidas en los artículos 198 y 199 y «si ha lugar o no ha lugar a conceder la legitimación solicitada». Si el acuerdo es afirmativo, el Ministerio fiscal remitirá de oficio la demanda con los documentos que la acompañan y los informes correspondientes al Ministro de Justicia, el cual oído que haya el parecer del Consejo de Estado sobre la conveniencia de la legitimación, hará la oportuna relación al Rey. Este es libre para conceder o denegar la legitimación. Si la concede, se expedirá a la correspondiente Corte de Apelación el oportuno Real decreto; en la Corte se transcribirá dicho Real decreto en el apropiado registro, y esto, por cuenta de los interesados, se anotará al margen del acta de nacimiento del hijo.

La legitimación en una u otra forma, se verifica por regla general en favor del hijo vivo. Sin embargo, también el hijo premuerto puede ser legitimado en cuanto pueda favorecer la legitimación a los descendientes de éste, pero sólo será posible cuando tales descendientes sean legítimos (art. 196).

La legitimación tiene por efecto atribuir al hijo natural la condición de hijo legítimo; se darán en él, por tanto, todas las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la filiación legítima. Si la legitimación se verifica por subsiguiente matrimonio, tales relaciones surgen desde el día mismo de la celebración del matrimonio si el hijo fué reconocido en el mismo día o anteriormente por ambos padres (art. 197); si, por el contrario, la legitimación tuvo lugar por Real decreto, dichas relaciones surgen el día en que éste fué expedido y con respecto al padre que lo solicitó solamente (art. 201).

II. *Adopción* (I).—Partiendo de la opinión de que la adopción representaba un resabio aristocrático y de que el vínculo civil era no sólo una artificiosa imitación de la naturaleza, sino también un medio de eludir el precepto legal que prohíbe reconocer a los hijos adulterinos e incestuosos, Pisanelli la suprimió

(1) Gioffredi, *La funzione sociale dell'adozione*, Nápoles, 1905; Sisto, *L'adozione e la sua funzione sociale*, Venecia, 1904.

en su proyecto de Código. La Comisión Senatorial la incorporó, sin embargo, a dicho proyecto, regulándola de tal manera y rodeándola de tantas garantías y formalidades, que la adopción se convirtió en institución de raro, excepcional funcionamiento. Sin embargo, la adopción es una institución benéfica, porque se basa en la caridad y el altruismo y realiza uno de los fines más nobles de la humana existencia, pudiendo dar preciosos frutos si se la despoja de tantos requisitos y formalidades como nuestra ley exige. Una tendencia a realizar esta simplificación se acusó en la época de la guerra europea, pues se advirtió en ella la necesidad de templar el rigor legal (lo mismo hubiera podido advertirse con ocasión de otra cualquiera calamidad pública, como el terremoto y la peste) y de estimular el espíritu de beneficencia y el sentimiento altruista en favor de los huérfanos de guerra (1). Modificada profundamente la *adoptio* romana y medioeval, nuestra adopción representa un medio de procurarse hijos quien no los tenga o quien los hubiere perdido (*in solacium amissorum liberorum*), de depositar en otros los afectos familiares y de asegurar a quienes perdieron sus padres o no los tuvieron nunca su porvenir (2).

(1) Con ocasión de la guerra se establecieron algunas desviaciones o excepciones del Derecho común; con el Decreto-ley de 31 de Julio de 1919, núm. 1.357, se admitió que para los huérfanos de guerra—y tales eran los inscritos en el elenco general prescrito por la ley de 17 de Julio de 1917, núm. 1.143—la adopción podía hacerse aunque dichos huérfanos no hubieren cumplido los dieciocho años; por tanto, sin ser preciso el consentimiento de éstos, al contrario de lo que el Código exige, esto se aplica también a los hijos de padres desconocidos nacidos en tiempo de guerra. En su lugar prestará el consentimiento el órgano tutelar, o sea el Comité provincial de asistencia, previa relación del Juez de tutelas. Sobre estas y otras modificaciones del Derecho común véase de Ruggiero, *Deroghe e riforme al C. civile in materia di adozione e di tutela (Atti della R. Acc. di Napoli, vol. 46, 1920, páginas 417 y siguientes)*.

(2) La institución necesita ser reformada si se quiere que cumpla la función que le es propia. La reforma puede considerarse próxima, pues el proyecto de ley del Ministro Oviglio sobre modificación del Código se refiere también a la institución que estudiamos. Se debía suprimir el *mínimum* de edad que se exige en el adoptando (dieciocho años), rebajar a los cuarenta años el límite fijado para el adoptante (hoy cincuenta) y

El fin de la institución moderna no es el mismo que el de la institución romana, que es la asunción como propio del hijo ajeno, quien cambia su *status familiae*, y rompiendo el vínculo que le unía a su *pater familias* entra bajo la *potestas* del *nuevo pater*. Pero también nosotros tenemos la asunción como propio del hijo de otros padres, pero en tal caso el adoptando no pierde el vínculo que le une a su familia natural y ni siquiera (lo que es más importante) se sujeta a la patria potestad del adoptante, porque ésta (o la tutela legal, si se trata de hijo natural reconocido) corresponde al padre o madre verdaderos. La relación civil (llamada filiación civil) que la adopción crea entre adoptante y adoptado imita limitadamente la relación existente entre padre e hijo legítimos; su mayor eficacia se da en la esfera patrimonial y por eso se ha dicho con exactitud que lo prevalente en ella es su carácter de acto de liberalidad.

Sin embargo, no es posible equipararla a una mera disposición patrimonial; su carácter esencial es el ser un negocio de derecho familiar por el cual se constituye una nueva relación de familia que imita en lo posible la relación natural existente entre padres e hijos. Por ello, entre los requisitos exigidos por la ley figura el de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que se da también en la generación. Como negocio jurídico que crea una relación familiar, se rige por los principios generales que expusimos a su debido tiempo. El consentimiento es aquí irrevocable, y, como en el matrimonio, el mutuo disenso no podría en la adopción extinguir el vínculo que une a adoptante y adoptado. No basta el consentimiento de las partes, precisa la intervención del Magistrado (declaración de la Corte de

simplificar las formas (actualmente se requiere la intervención de la Corte de Apelación). Me referí a esto en el artículo citado en la nota precedente; con más extensión trata el asunto Polacco, *Delle riforme da apportare all'istituto dell'adozione* (*Atti R. Ist. veneto*, t. 82, parte 2.^a, página 679). No estoy conforme con este autor en cuanto admite la revocabilidad de la adopción; como todo vínculo familiar, el de la adopción, una vez creado, debe ser indestructible; si la adopción fracasó en sus resultados, deben bastar las sanciones que se aplican a los abusos cometidos en el ejercicio de la patria potestad.

Apelación) y es ésta la que propiamente hablando crea la relación. No pueden las partes agregar términos o condiciones o regular en forma distinta de la legal el vínculo creado por la adopción. En suma, no tiene este negocio nada de común con el contrato.

Muchos son los requisitos positivos o negativos, substantivos y formales que, según el sistema vigente, deben concurrir para que se efectúe la adopción.

a) En orden a la edad, debe darse un triple requisito 1), en el adoptado, el *mínimum* de dieciocho años (art. 206), debiendo además consentir en la adopción (art. 208), y tener, por tanto, un cierto grado de discernimiento; 2), en el adoptante, que puede ser persona de uno u otro sexo, se exige la edad de cincuenta años como *mínimo* (art. 202), pues se requiere el haber usado del tálamo y haber perdido la esperanza o disminuído la probabilidad de tener hijos propios; 3); una diferencia de edad entre los dos no menor de dieciocho años (art. 202), para que no falte la base natural de la reverencia y del respeto debidos al padre adoptivo.

b) Del fin de la adopción, que no es otro que el de suplir la falta de hijos, se deriva: 1), que no puede adoptar quien tenga hijos o descendientes legítimos o legitimados (art. 202), subsistiendo la adopción ya efectuada aunque sobrevengan éstos, 2), satisfecha la necesidad sentimental con la adopción de un hijo, no se pueden adoptar otros (mientras el primero viva), y para tener varios hijos adoptivos precisará que todos ellos sean adoptados en un mismo acto (art. 203); 3), que un mismo hijo no puede ser adoptado por varias personas, a no ser que éstas sean *cónyuges* una de otra (art. 204).

c) Para salvaguardar la *pureza* del vínculo, se exige que en su constitución no se pretenda violar prohibiciones y normas de derecho familiar: 1), no se puede por ello adoptar al hijo natural violando el padre el deber que se le impone de reconocerlo y legitimarlo o burlando la prohibición que afecta a los hijos adulterinos e incestuosos; 2), no es lícito al tutor adoptar al pu-

pilo sino después de haber rendido cuentas de su administración (art. 207).

a) En orden al *consentimiento*, precisa: 1), que la adopción sea querida por ambas partes y que este consentimiento se manifieste personalmente mediante comparecencia ante el Presidente de la Corte de Apelación en cuya jurisdicción tenga su domicilio el adoptante, debiendo recibirlo el Canciller de dicha Corte (art. 213, párr. 1.º); 2), que presten su consentimiento las personas de ambas familias más directamente interesadas, o sean los padres y el cónyuge del adoptante y del adoptando (artículo 208, párr. 1.º) y el Consejo de familia o de tutela del adoptando si éste es menor de veintiún años y no tiene padres que vivan (art. 209); estas personas podrán prestar su asentimiento personalmente, interviniendo en el acto o mediante poder (artículo 212, párrafo 1.º); 3), a la voluntad de los interesados habrá de unirse la del Magistrado; la Corte de Apelación aprueba la adopción si reconoce su conveniencia, y la rechaza si no la estima oportuna, sin que deba manifestar los motivos en que funda su decisión.

e) Respecto a la *forma*, ésta es un documento redactado por el Canciller de la Corte de Apelación ante su Presidente a instancia de los que la solicitan y a presencia de éstos y de los que deben prestar su asentimiento; este documento, o mejor su copia auténtica, es presentado dentro de los diez días siguientes a su redacción por la parte más diligente a la Corte, para que ésta lo autorice (art. 214). La Corte, después de recibir las oportunas informaciones y de hacer indagaciones sobre la moralidad de las personas, la ausencia de impedimentos, la honradez de los propósitos, etc., comprueba si se han cumplido las condiciones requeridas, si el adoptante goza de buena fama y si la adopción conviene al adoptando (art. 215); cuando estas indagaciones dieren resultado favorable, autoriza el acto declarando que «ha lugar a la adopción» (art. 216) mediante un Decreto que es publicado y fijado en los lugares designados por la misma Corte, y lugo inscrito en el Diario Oficial del Reino (art. 218). Finalmente, el acto de la adopción dentro de los dos meses siguientes a

la fecha del Decreto de autorización es objeto de una anotación al margen del acta de nacimiento del adoptado (art. 219). Por ello podemos distinguir en la adopción dos actos separados y distintos: el acta de adopción extendida a presencia del Presidente de la Corte y el Decreto de autorización de la Corte; ambos son esenciales a la constitución de la nueva relación familiar.

Los *efectos* de la adopción son a un mismo tiempo personales y patrimoniales. Los *personales* son limitados en un doble sentido: de una parte, porque el vínculo nuevo no destruye el primitivo que liga al adoptado con su familia de sangre, conservando aquél todos sus derechos y deberes frente a ella (art. 212) y sin que aparezca un nuevo titular de la patria potestad o de la tutela legal; de otra, porque la nueva relación familiar se constituye únicamente entre dos personas y no repercute en las familias de éstas, pues el adoptante es extraño a la familia del adoptado como éste lo es también a la familia de aquél (art. 212), salvo en lo referente a impedimentos matrimoniales (art. 60). El adoptado asume el apellido del adoptante adicionándolo al propio (art. 210). El adoptante, si bien no está investido de la patria potestad sobre el adoptado, ejerce algunas facultades inherentes a ella, tales como el prestar el consentimiento al matrimonio del adoptado menor (art. 68, párrafo 2.º); también asume el adoptante la mayor parte de los deberes propios de la patria potestad, como el de mantener, educar e instruir al hijo y el de procurar a éste subsidios y alimentos cuando los necesitare (art. 211, párrafo 1.º).

En cuanto a los efectos *patrimoniales*, aparece en primer término la obligación alimentaria que es recíproca: el adoptante está obligado a alimentar al hijo, y si éste tiene padres legítimos o naturales, aquél está obligado con preferencia a éstos; el adoptado a su vez debe alimentos al padre adoptivo, y si éste tiene hijos legítimos y naturales, está obligado a prestarlos en concurrencia con éstos (art. 211, párrafo 1.º). El vínculo afecta también a las relaciones sucesorias, pero sin que éstas se den con carácter recíproco: sólo el adoptado (y sus descendientes) tiene

derecho a suceder al adoptante y a la cuota de reserva lo mismo que un hijo legítimo (artículos 707 y 806); pero sucede únicamente al adoptante, no a los parientes de éste (art. 737, párrafo 1.º) (I).

(I) **NOTA DEL TRADUCTOR.** - I. *Legitimación.*—La ficción de la legitimidad es la base de esta institución por la que los hijos naturales reconocidos entran a formar parte de la familia legítima. Dos hechos la originan: el subsiguiente matrimonio y la concesión real (artículos 120 del Código civil español y 194 del Código civil italiano). Por el primero quedan legitimados los hijos reconocidos por los padres antes o después de celebrado el matrimonio (art. 121), surtiendo efectos la legitimación desde la fecha de éste (artículos 123 del Código civil español y 196 del Código civil italiano), ya respecto de los hijos, o de sus descendientes si ellos hubiesen fallecido (artículos 124 del Código civil español y 196 del Código civil italiano) y adquiriendo el hijo legitimado en esta forma los mismos derechos que los legítimos (art. 122).

En los casos en que no es posible esta forma de legitimación, si lo solicitase uno de los padres, al menos, que no tenga hijos legítimos ni legitimados por subsiguiente matrimonio y con el consentimiento del otro cónyuge pueden legitimarse los hijos por concesión real (artículos 125 del Código civil español y 198 del Código civil italiano), pudiendo también instar esta legitimación los propios hijos (artículos 126 del Código civil español y 199 del Código civil italiano). El procedimiento a seguir para obtenerla es el señalado en el Reglamento de 17 de Abril de 1890 y los derechos que adquiere son el de llevar los apellidos del que instó la legitimación, a recibir de él alimentos y a la porción hereditaria que fija el Código (art. 127), derechos estos bien escasos por lo que el Código es objeto de severas censuras. Como la legitimidad la legitimación puede ser impugnada por los que se crean perjudicados en sus derechos (art. 128).

II. *Adopción.*—Institución, que finge la paternidad, produce el efecto de trasladarla del padre natural al de adopción, no siendo utilizada con frecuencia quizá porque el Código español — más amplio que el italiano — atribuye más deberes que derechos al adoptado.

Se requieren, por similitud con el padre legítimo, ciertas condiciones en el adoptante: cuarenta y cinco años, plena capacidad civil y quince años más que el adoptado (art. 173), no pudiendo adoptar por razones de moralidad o de orden familiar las personas citadas en el art. 174.

El adoptado no tiene límite de edad y ha de consentir en la adopción, supliendo su voluntad el tutor si es incapaz o si es menor los que hubiesen de prestarla para su matrimonio (art. 178), mas los que personalmente no consintieren pueden impugnar la adopción dentro de los cuatro años siguientes a la mayor edad o a la cesación de la incapacidad.

La adopción exige aprobación judicial en expediente en que será parte el Ministerio fiscal y se explorará la voluntad del menor si tiene más de siete años (artículos 178 del Código civil y 1.825 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento), otorgándose escritura pública que se inscribirá en el Registro civil (art. 179). Los derechos que de la adopción derivan son para el adoptante el adquirir la patria potestad y derecho a alimentos y para el adoptado este mismo derecho y el de usar el apellido del adoptante con el de su familia natural, respecto de la cual conserva

§ 118.—*Relaciones jurídicas entre padres e hijos*

Brugi, *Ist.*, § 81; Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 630; Chironi, *Ist.*, II, §§ 411-419; Zachariae, *Man.*, III, §§ 512-514; 519-523; Aubry y Rau, *Cours*, IX, §§ 548-551; Planiol, *Traité*, I, números 1.636 y siguientes, números 1.683 y siguientes; Windscheid, *Pand.*, II, 2, §§ 513-520, 525.

De la filiación deriva una compleja serie de relaciones jurídicas entre padres e hijos. Y no solamente derivan estas relaciones de la filiación legítima, que es el vínculo más perfecto y pleno, si que también de la natural (siempre que sea reconocida o declarada) y de la civil, creada por la adopción.

También aquí, como en la relación entre cónyuges, los principios éticos son los dominantes. Hay deberes como los de mutuo afecto, de reverencia, de asistencia, que son, más que jurídicos, morales, obedecen a dictados de la conciencia y del sentimiento y son acogidos, no creados, por la ley; algunos son tan esencialmente éticos, que la ley, al traducirlos a preceptos jurídicos, no consigue hacerlos coercibles. Tal, por ejemplo, el deber que incumbe al hijo de honrar y respetar a los padres (artículo 220), precepto que la ley traduce de la moral, y que, en cuanto impuesto al hijo, cualquiera que sea la edad y la condición personal de éste (por tanto, aun cuando el hijo sea mayor de edad, casado y padre), su observancia se confía a la conciencia del obligado y al influjo que sobre su ánimo puede ejercer la pública reprobación. Y en esto se revela aquel carácter de correlatividad, de fusión de derecho y deber propios de toda relación familiar y de las potestades familiares, tales como la marital, la tutelar y la patria, la cual última es el centro, el núcleo de todas estas relaciones, y no confiere al investido con ella sólo derechos sobre los que le están sometidos, sino que le impone también deberes, teniendo éstos mayor relieve e importancia que aquéllos, ofreciéndose de modo acusado como una institución protectora.

todos los derechos salvo los derivados de la patria potestad. El derecho a heredar el adoptado al adoptante—no existe reciprocidad—está limitado a lo pactado en la escritura de adopción (artículos 175 a 177)

Las relaciones que derivan de la filiación son personales y patrimoniales: el parentesco (legítimo, natural o civil), los poderes familiares (patria potestad, tutela legal), la representación del hijo menor y del concebido y no nacido, la obligación alimentaria, los derechos sucesorios, el usufructo legal, etc., son los efectos más relevantes de la filiación legítima; menores y más atenuados cuando se trata de filiación natural o civil y reducidos a su más mínima expresión (simple obligación alimentaria), si se descende a la simple relación de sangre sin reconocimiento (hijos naturales no reconocidos, adulterinos e incestuosos). Como de estas filiaciones de grado menor y de sus efectos se trató ya al hablar de los hijos naturales reconocidos, de los no reconocibles y de los adoptivos (párrafos 116 117), y como la doctrina sobre la obligación alimentaria fué ya expuesta también (párrafo 105) y la de las relaciones sucesorias se expondrá en el derecho sucesorio, nos limitaremos aquí a la filiación legítima tratando del concepto y atribuciones de la patria potestad.

Concepto y atribuciones de la patria potestad.—Tan distanciada de la patria potestas del Derecho romano como la familia moderna de la agnaticia romana, está la patria potestad moderna y la autoridad que se atribuye hoy a los padres sobre hijos menores. Es esta una autoridad que implica derechos y obligaciones; es, pues, a un mismo tiempo una potestas y un manus, porque el poder que entraña sobre los sometidos a ella no está exento de cargas, pudiendo decirse que aquél es atribuído con vistas a éstas.

Como poder no es ilimitado; se llama también soberanía doméstica, pero no es una soberanía absoluta (cesó bien pronto de ser tal entre los mismos romanos), porque en su ejercicio está sujeta a muchos frenos para impedir los abusos, pudiendo ser privado de tal potestad quien la ejerza de modo abusivo. Los frenos consisten en la intervención del Estado (1), el cual, me

(1) Se ha dicho muchas veces que la actividad que en tal respecto incumbe al Estado es incompleta, tardía e insuficiente, no sólo porque muchos casos de ejercicio abusivo de la patria potestad quedan impunes, sino porque el Estado nada hace en multitud de ocasiones en que los padres infringen sus deberes; se citan los casos frecuentísimos de

dianete el Ministerio fiscal, ejerce la suprema vigilancia, reprime todo exceso e impone sanciones a quien infringe los deberes que le incumben (art. 233). Esta intervención actúa en los casos aludidos por modo represivo, pero puede actuar preventivamente como cuando se prescribe el nombramiento de un curador especial en el caso de surgir un conflicto de intereses entre padres e hijos (art. 224, párrafos 2.º y 3.º). La institución ofrece, pues, como ya se dijo, el carácter de institución protectora de los hijos menores, que promueve el desarrollo físico e intelectual de éstos y salvaguarda sus bienes materiales y morales.

Sus atribuciones constituyen una serie de facultades y de deberes correlativos que se refieren a la persona física y moral del hijo y a sus bienes. La doctrina suele agruparlas: 1), autoridad educativa con poderes disciplinarios y con la obligación de mantener, educar e instruir a la prole; 2), un poder de representación completado con la obligación de administrar y proteger; 3), un derecho de goce de los bienes del hijo con la obligación de proveer de modo amplio a las necesidades de éste (usufructo legal).

Veremos cómo se manifiestan tales atribuciones después de haber dicho a quién corresponden y trataremos luego de su extinción y modificación.

a) *A quién corresponde la patria potestad.*—Corresponde a ambos padres y no al padre solamente, porque, según la moderna concepción, la madre es igual al padre en relación con el hijo; como a la madre se debe también respeto y obediencia, también a ella debe serle atribuído el poder familiar (art. 220,

abandono de la prole, de corrupción de ésta por los padres entregados al vicio y delincuentes, de degradación moral de la infancia por falta de cuidados, de instrucción, de educación. De todo ello se culpa a la ley, y por ello se reclama la urgente reforma de ésta. Véase Faggella, *Riforma della patria potestà* (en *Atti dell'Acc. Pontaniana*, LIII, 1923, páginas 91 y siguientes). Ciertamente que en algunos puntos el sistema es mejorable; pero la causa de la deficiente acción estatal no son las normas del Código, que en conjunto son buenas, sino en la penuria financiera: en los reducidos ingresos de los establecimientos benéficos. El problema es más social y financiero que legislativo, trasciende del campo del derecho privado.

párrafo 1.º). Sin embargo, como la unidad de dirección es condición esencial de todo organismo disciplinado, sólo al padre es conferido el ejercicio del poder por respeto al principio que establece que al cabeza de familia debe conferirse la suprema dirección y la responsabilidad de todos los actos y decisiones (artículo 220, párr. 2.º). Solamente cuando el padre no pueda ejercer tal poder se transfiere su ejercicio a la madre (art. 220, párrafo 2.º); la causa de esta transferencia puede ser el cambio en la condición jurídica del consorcio familiar (disolución por muerte, caducidad, ausencia [art. 46]) o un obstáculo de hecho (alejamiento temporal, enfermedad mutua, etc.).

Pero lo que se transfiere es el ejercicio, no el poder, porque de éste estaba la madre originariamente ya investida, y se transfiere definitivamente (como en el caso de muerte) o temporalmente (mientras subsiste el obstáculo). En el caso de muerte del padre no se transmite potestad alguna a la madre, pues el poder es intransmisible, y ambos padres están investidos de él en virtud de un título propio e independiente. Reflejo de la preferencia otorgada al padre es la mayor energía con que dicho poder se acusa en él; esta mayor energía se traduce en la posibilidad que al padre se concede de hacerlo valer *post mortem*, limitando la potestad de la madre; por testamento o documento auténtico puede el padre fijar condiciones a la madre supérstite en lo relativo a la educación de los hijos y a la administración de los bienes de éstos (art. 235, párr. 1.º). Lo cual constituye una singular anomalía, porque, por regla general, las potestades familiares se extinguen con la muerte. Esta supervivencia de la voluntad no es característica exclusiva del poder del padre (el padre o madre supérstite puede nombrar tutor a los hijos, proyectando de este modo en el futuro el poder que en él se extingue (artículo 242), y la limitación del poder materno no es una minoración arbitraria y excesiva, pues la madre que no acepte las condiciones fijadas puede apelar al Consejo de familia y al Tribunal, los cuales podrán dispensarla de observar aquéllas cuando las reputen inconvenientes (art. 235, párrafos 1.º y 2.º).

b) *Autoridad educativa y disciplinaria*.—Correlativa del de-

ber de mantener, educar, instruir y adiestrar a los hijos para que obtengan una colocación (art. 138) es la autoridad educativa y el poder de corrección que corresponde a quien ejerce la patria potestad. El hijo debe obediencia al padre (1), y este deber se manifiesta de modo especial en la obligación que el hijo tiene de recibir la educación y la instrucción que directamente o mediante preceptores le sea dada, en el deber de permanecer en la casa paterna o en aquella que le hubiere destinado el padre, sin que le sea dable abandonarla sin permiso paterno. Solamente en un caso es permitido este abandono de la casa, y éste es el de voluntario enrolamiento en el ejército nacional, porque en tal hipótesis, la autoridad paterna y el interés familiar pasan a segunda línea, por lo elevado e ideal del interés de la Patria (artículo 221) (2).

En previsión de las infracciones que de estos deberes cometa el hijo, se atribuye al padre el poder disciplinario. El cual, mientras se ejercita con los medios ordinarios que la costumbre admite, constituye la disciplina doméstica interna, confiada, en cuanto a medios y medida, al discrecional sentido de oportunidad del padre. Cuando asume formas más enérgicas de represión no puede ejercitarse sin el control de la Autoridad judicial.

Los casos más salientes de necesidad de esta más enérgica disciplina y de la intervención del Magistrado son aquellos en que el hijo viola el derecho de custodia que incumbe al padre, sin el cual no podría ejercitarse la autoridad educativa o en que la rebeldía a la autoridad paterna es tan grave, que no basten a reprimirla los medios correctivos ordinarios. Si el hijo abandona la casa sin permiso del padre, éste puede reclamarlo, y recurrir, en caso necesario, al Presidente del Tribunal (art. 221, párr. 1.º),

(1) Véase Caliendo, *Obbedienza al genitore o tutore* (*Diz. prat. di diritto priv.*).

(2) Pero esta liberación del hijo del consentimiento paterno sólo es posible en tiempo de guerra y habiendo el hijo cumplido dieciocho años; en tiempo de paz, mientras sea menor, tal consentimiento es necesario: artículos 96, 101, 102 del t. u. de 24 de Diciembre de 1911, núm. 1.497 sobre reclutamiento del Ejército.

cuya providencia tendrá fuerza ejecutiva, es decir, podrá ser ejecutada por el padre, pudiendo éste recabar para su ejecución el auxilio de la fuerza pública. Recíprocamente, el padre que tiene el deber de tener al hijo bajo su guarda, pero que puede, por exigencias educativas, colocar a éste en un colegio o confiarlo a un preceptor, si cree que con los medios ordinarios no corregirá nunca los extravíos del hijo, puede sentir la necesidad de alejarlo de la familia. También en este caso, habiendo resistencia y precisando una represión más severa, pedirá la intervención del Presidente del Tribunal, el cual podrá ordenar la clausura del hijo en un establecimiento de corrección y educación y limitar las obligaciones paternas a la de prestación de los alimentos necesarios únicamente (art. 222).

También el hijo en este respecto está protegido contra los posibles abusos y excesos en el ejercicio de la disciplina paterna. Aparte de la sanción que en los casos más graves se impone al padre que cometa abuso (caducidad o pérdida de la patria potestad), la ley autoriza y ordena alejar al hijo de la casa paterna cuando concurren causas que justifiquen la desconfianza hacia el padre; y como el hijo menor por sí solo, como incapaz que es, no puede pedir la intervención de la Autoridad judicial, se otorga tal facultad a los parientes y al Ministerio fiscal, quienes podrán pedir al Presidente, y, en caso de urgencia, al pretor, la adopción de las oportunas providencias; el decreto del pretor debe ser revisado por el Presidente (art. 221, párrafos 2.º y 3.º). Contra estas providencias, favorables o contrarias al padre que ejerce la patria potestad, se da el recurso ante el Presidente de la Corte de Apelación (art. 223) (1).

c) *Poder de representación y de administración.*—La patria potestad implica en quien la ejerce el poder de representar al hijo menor en todos aquellos actos para los cuales carezca de capacidad (siempre que su naturaleza permita la representación)

(1) Contiene normas especiales que se refieren a los tutores y que son aplicables a los padres, la ley de 18 de Julio de 1917, núm. 1.143, y el correspondiente Reglamento de 30 de Junio de 1918, núm. 1.044 sobre huérfanos de guerra.

y de administrar los bienes del mismo (art. 224); dos facultades (y deberes) que pueden separarse conceptualmente, aunque prácticamente se confundan, siendo una reflejo de la otra. Este poder corresponde al padre (o a la madre), no solamente respecto al hijo menor, si que también respecto al concebido, en virtud del tradicional principio que equipara el *conceptus* al *iam natus*. Se discute si dicho poder corresponde también al padre o le corresponde en la misma medida respecto al *nasciturus* no concebido (1).

En virtud del poder de representación, el padre celebra en nombre y por cuenta del hijo todos los negocios que interesen a éste, y tiene el derecho y el deber de comparecer en juicio como

(1) La discusión tiene su origen en que el art. 224, al referirse a los nascituros y a los nacidos, no concreta si se refiere a los nascituros concebidos solamente o también a los no concebidos. Estos últimos son tomados en consideración por lo que se refiere a las donaciones y sucesiones dispuestas en favor suyo y sólo cuando se trate de nascituros de una determinada persona que viva en el momento de hacerse la donación o de la muerte del testador (artículos 764, párr. 1.º, 860, 1.059, párrafo 3.º). Algunos niegan al padre la representación de estos hijos, pero esto pugna con el art. 1.059, que otorga al padre la facultad de aceptar la donación hecha a dichos hijos, extensiva también al caso de sucesión deferida a los mismos. Otros distinguen el poder de representar del de administrar; el primero correspondería al padre el segundo al administrador o curador, que, según el art. 860, debe nombrarse a estos hijos cuando sean llamados a la sucesión. En efecto, si bien la ley otorga al padre, y en su defecto a la madre, la administración de la herencia o del legado a que sea llamado un concebido (art. 860, párr. 1.º), prescribe, en cambio, en el caso de *concepturus*, el nombramiento de un administrador o curador especial con facultades y obligaciones iguales a las del curador de la herencia yacente (artículos 860, párr. 1.º, 861) análogamente a lo prescrito para el caso de institución condicional. De esto se ha deducido que la representación corresponde substancialmente al administrador, al cual compete la administración y el poder de disposición sobre los bienes; en cambio, al padre no le es otorgado ninguna ingerencia, ni siquiera para autorizar actos de disposición. Así, Coviello (*Giur. it.*, 1922, I, 1, páginas 881 y siguientes), quien reduce la representación en tales casos a meros actos caucionales y a providencias conservativas. En el mismo sentido, Bonfante, *La facoltà del curatore dell'eredità devoluta ai nascituri* (*Foro it.*, 1922, I, páginas 592 y siguientes).

actor o como demandado en lugar del hijo, puede aceptar las donaciones hechas a éste (art. 226, párr. 1.º) y la herencia que al mismo se atribuya; pero, en este caso, deberá aceptarse siempre con beneficio de inventario, para evitar que se irroge perjuicio al hijo atribuyéndole una herencia pasiva (art. 930). Si el padre no puede (1) o no quiere aceptar lo que al hijo es dejado, a instancia del propio hijo, de un pariente o de oficio por el Ministerio fiscal podrá pedirse la intervención del Tribunal que autorizara la aceptación, nombrando a tal fin un curador especial; el Tribunal deberá oír al padre (art. 226). Igualmente por lo que se refiere a las donaciones, si éstas no son aceptadas por el padre, podrán serlo por la madre (o por los demás ascendientes), previa autorización del Tribunal (art. 1.059, párr. 1.º) (2).

El poder de administración no es ilimitado, sino más bien restringido: de una parte es solamente poder de administrar, no de disponer; de otra, la administración misma se extiende a los actos ordinarios, excluyéndose los extraordinarios (3). Por consiguiente, el padre no puede enajenar ni hipotecar los bienes del hijo, ni pignorarlos, contraer mutuos y además obligaciones que excedan de la simple administración (art. 225, párrafo 1.º). Para

(1) La ley (art. 226) «no pueda o no quiera», y habla únicamente del padre. Pero debe entenderse el padre que ejerce la patria potestad, y, por tanto, la madre también si el padre ha muerto o está ausente. Viviendo el padre y ejerciendo éste la patria potestad, la madre no podría aceptar, y si simplemente (como otro pariente cualquiera) pedir la autorización del Tribunal.

(2) Mientras en el art. 226 no se hace referencia alguna a la madre en el caso de negativa del padre a aceptar la herencia o el legado en el artículo 1.059 relativamente a las donaciones, se prevé expresamente que la madre acepte en lugar del padre que rehusa. La diversidad es, a mi juicio, meramente formal, porque no hay razón que justifique la diversidad de disposiciones en orden a la herencia y a la donación; la madre en uno y otro caso puede aceptar, previa decisión del Tribunal que autorice dicha aceptación.

(3) En esta y otras disposiciones del Código fundadas en la distinción de actos ordinarios y extraordinarios de administración, es difícil la formulación teórica de esta distinción y la determinación de los actos que figuran en una u otra categoría. Para un examen casuístico, véase Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 67, n. e.

realizar tales actos debe ser autorizado en cada caso por el Tribunal, y éste no puede conceder la autorización si no responden dichos actos a necesidad o utilidad evidente del hijo. También deberá ser autorizado para percibir capitales (basta para poder percibirlos una providencia del pretor, lo mismo que para enajenar cosas muebles deteriorables) a fin de proveer al nuevo empleo de los mismos y de asegurar tal empleo (art. 225).

En esta función el padre tiene deberes comunes a los del administrador de los bienes ajenos; debe emplear la debida diligencia, rendir cuentas, asumir la responsabilidad. Pero no puede equipararse a un tercero extraño, a un mandatario, a un gestor de negocios, y ni siquiera podrían extenderse a él las rigurosas disposiciones dadas para la administración del tutor. No hay que olvidar que la relación de sangre y el vínculo de subordinación hacen que se estime diversa la posición del padre; el afecto natural que debe profesar al hijo ha de tenerse en cuenta por la ley, ésta debe evitar también que se ofenda al padre en su dignidad, y ofensa sería otorgar al hijo que ha alcanzado la mayor edad un poder de fiscalización ilimitado sobre la gestión del padre. Habrá que juzgar, de modo menos rígido que como se juzga la gestión del tutor o de un mandatario, de los actos de gestión y de las cuentas del padre.

Se comprende que en el desempeño de esta función surjan fácilmente conflictos de intereses entre padre e hijo y que no se pueda en tal caso dejar a la apreciación (forzosamente parcial) del padre la decisión y ejecución del acto. La existencia de un conflicto se presupone cuando el padre quiere adquirir los bienes del hijo, aun cuando haya necesidad o utilidad para el hijo que impongan la venta; de aquí la disposición que prohíbe de modo absoluto al padre el comprar los bienes del hijo, aun cuando licitase en subasta pública (art. 1.457). En los demás casos en que haya oposición de intereses entre padres e hijos, la decisión deberá confiarse a un curador especial nombrado al hijo por el Tribunal, y si el conflicto surge en un litigio, por la autoridad judicial que conozca del mismo (art. 224, párrafos 2.º y 3.º). La misma norma es aplicable al caso en que el conflicto de intere-

ses surgiese entre hijos sujetos a una misma patria potestad, porque si en aquella hipótesis el padre podría muy bien hacer prevalecer el interés propio, en ésta la preferencia otorgada por él a uno de los hijos podría privarle de la serenidad necesaria.

La violación de las normas restrictivas predichas implican la anulabilidad (el Código dice nulidad) del acto. Pueden ejercitar la acción de anulación el propio padre, el hijo y sus herederos o causahabientes (artículos 227 y 1.107). Y como se trata de anulabilidad, el acto puede ser convalidado mediante confirmación o cumplimiento voluntario, o también por el no ejercicio de la acción durante el quinquenio siguiente a la mayor edad del hijo.

El poder de administración puede cesar por pérdida de la patria potestad, de la cual es atributo natural, por disposición de tercero que done o deje bienes al hijo ajeno. La ley permite a quien instituye heredero al menor que pueda nombrar a éste un curador especial para administrar los bienes que le transmite (artículo 277). Facultad grave, porque priva al padre de aquel atributo que sólo la ley y por causas determinadas puede retirar a su titular, pero justificada, atendido el prevalente interés del hijo a quien el tercero no dejaría quizás sus bienes si supiese que éstos habían de ser administrados por un padre inepto o vicioso. Por otra parte, la facultad otorgada al tercero no priva al padre de la representación legal de su hijo, merma sí, el poder familiar, pero sólo limitadamente a los bienes donados o legados.

d) *Usufructo legal*.— La institución del usufructo legal cuyos precedentes históricos se hallan en la legislación justiniana y precisamente en el usufructo otorgado al *pater familias* sobre los *bona adventicia* del *filius*, es un atributo estrictamente patrimonial de la patria potestad, al padre que ejerce ésta se atribuye un derecho real de goce sobre los bienes del hijo que dura mientras éste viva o hasta que alcance la mayor edad o sea emancipado. Su fundamento—que en Derecho romano era la unidad patrimonial de la familia concentrada en el cabeza de ésta, y que en la última época, cuando tal unidad se perdió, el usufructo legal fué el último resto o vestigio de tal unidad—debe

buscarse hoy en la necesidad de otorgar al padre una compensación por los gastos y cuidados que pesan sobre él por la manutención y educación de los hijos, y en la consideración de tal usufructo como un medio de asegurar el cumplimiento de dichos deberes. Tal usufructo ha conservado las limitaciones objetivas que tenía en la antigüedad, pues no se otorgaba sobre todos los bienes del hijo, sino solamente sobre los que éste adquiriría por donación o sucesión hereditaria o por cualquier otro título lucrativo (artículo 228).

Se excluyen de dicho usufructo los bienes adquiridos por otra causa o título, y como no era posible, sin causar perjuicio al hijo, impedir al tercero que dejase o donase bienes al hijo, el privar al padre de éste de la administración sobre los mismos (por las mismas razones que según vimos antes autorizan al tercero para privar al padre de la administración de los bienes dejados al hijo, art. 247), quedan exentos los bienes adquiridos a título lucrativo cuando se dé tal condición (1). Por tanto, no son objeto de usufructo:

1) Los bienes dejados o donados al hijo con la condición de que el padre no tenga el usufructo sobre ellos, ya sea esta condición expresa, ya tácita derivada implícitamente del contenido de la disposición; la condición dicha sería ineficaz en orden a los bienes reservados al hijo en concepto de legítima, porque su atribución en tal caso es independiente de la voluntad del causante.

2) Los bienes adquiridos hereditariamente por el hijo cuando en el padre concurriese una causa de indignidad para suceder (art. 728).

3) Los bienes dejados y donados al hijo para emprender una carrera, arte o profesión (art. 229, núm. 2).

4) Los bienes dejados o donados al hijo si la donación o el legado hubieren sido aceptados por un curador especial por causa de negativa del padre a aceptarlos (art. 229, núm. 3).

(1) La exclusión del usufructo no implica privación del derecho de administrar; se trata de dos facultades distintas y para excluir la última precisa el nombramiento de un curador.

5) Finalmente, todos los bienes que el hijo adquiriera con ocasión o por causa de la milicia, oficios, empleos, profesiones o artes, o por otra causa con su propio trabajo o ejerciendo independientemente una industria (art. 229, núm. 4).

El derecho de usufructo corresponde a aquel de los padres que ejerza la patria potestad; muerto el padre o perdida ésta, se transfiere a la madre (art. 231). Y como es un atributo inherente al poder familiar; es inseparable de éste; es inalienable, pues no puede cederse ni siquiera su ejercicio; no es hipotecable (artículo 1.967, núm. 2), no puede ser objeto de ejecución por los acreedores del padre usufructuario (1).

Estas restricciones y otras particularidades concernientes al contenido del goce, hacen este usufructo legal algo distinto del usufructo ordinario. Mientras en el usufructo común sobre el usufructuario gravitan las cargas que la ley establece (artículos 496 y siguientes), en el que nos ocupa, a estas cargas normales se agregan los gastos de manutención, educación e instrucción del hijo, pues a las atenciones de éste es tal usufructo destinado de modo preferente (art. 230); en cambio en él se exime al padre de la obligación de prestar fianza, porque ésta sería incompatible con la dignidad del padre y con la relación de subordinación existente entre padre e hijo (art. 497, párr. 1.º).

Difiere también del usufructo ordinario por los modos de su extinción. Se extingue tal usufructo al terminar la patria potestad, esto es, por la mayor edad del hijo o por su emancipación, o antes por la muerte del hijo (art. 232); por pérdida de la patria potestad o por abuso cometido por el padre cuando el Tribunal ordene que aquél sea privado de todo o parte del usufructo (artículo 233); por contraer segundas nupcias el padre que tenga el usufructo (art. 232)); éste es readquirido por el padre cuando el segundo matrimonio quede disuelto. Por la separación judicial de los cónyuges por culpa del que de ellos tenga el usufructo

(1) A lo sumo es admisible un derecho de ejecución y una facultad de cesión limitadamente a la parte de los frutos sobrante después de haber cubierto las cargas y atenciones a que el usufructo está sujeto en favor del hijo. Se adopta, pues, la misma solución que para los frutos de la dote. Venzi en Pacifici, *Ist.*, VII, pág. 683, n. i.

(artículo 156); por los demás modos de extinción del usufructo ordinario.

Si habiendo cesado el usufructo el padre continúa gozando de los bienes del hijo que habita con él, sin mandato, pero también sin oposición del hijo o también mediando mandato sin la condición de rendir cuentas de los frutos, se aplica el mismo principio que rige para el caso del marido que administra los bienes de la mujer (art. 1.429): él y sus herederos están obligados a entregar los frutos *extantes* en el momento de deducirse la demanda (art. 234).

Extinción de la patria potestad.—Ordenada a la protección del incapaz, tal potestad se extingue naturalmente cuando cesa la necesidad de protección, es decir, cuando el hijo cumple la mayor edad o cuando quien es investido de dicha potestad no es capaz o digno de ejercerla.

En el primer supuesto las causas son dos: la mayor edad del hijo y su emancipación.

Emancipación es la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad (y si se halla sujeto a tutela, de la tutela) por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia. Es este un efecto que la ley asocia al matrimonio del menor o a una concesión del padre que libera al hijo de tal vínculo. Puede reconocer dos causas y ser de dos especies: legal y voluntaria. Legal o de derecho es la que deriva del matrimonio (art. 310); pues al permitir que el menor contraiga matrimonio, se debe suponer en él madurez de juicio suficiente para poder realizar por sí otros actos de menos relieve que aquél. También esta emancipación puede estimarse una consecuencia de la voluntad del padre que la quiso indirectamente al prestar su consentimiento para el matrimonio. El límite de edad requerido es el establecido para contraer matrimonio. Voluntaria o expresa es la que tiene lugar mediante declaración solemne del padre que ejerce la patria potestad hecha ante el pretor (art. 311), cuyo fin es otorgar al hijo una capacidad de obrar limitada, o sea la de realizar actos que

no excedan de la simple administración (art. 317) (1). Es posible dicha emancipación cuando no haya patria potestad y sí solamente tutela legal (hijos naturales) o tutela verdadera y propia (pupilos). El padre natural, en el primer caso hará la declaración y en el segundo será precisa una decisión de los Consejos de familia y de tutela (artículos 311, 312 y 313), sin que ésta deba ser autorizada por el Tribunal. En este caso ha de concurrir un requisito fijo de edad, es decir, el haber cumplido el menor dieciocho años, no ya porque se requiera el consentimiento del hijo (la emancipación es acto unilateral), sino porque antes de esta edad (no habiendo matrimonio) la ley presume que no hay madurez de juicio suficiente. Tanto si la emancipación es legal como si es voluntaria, se concede al hijo menor un curador cuya misión es no ya representar a dicho hijo, sino asistir a éste en todos los actos que excedan de la simple administración (artículo 318); en la emancipación otorgada por el padre, dicho curador es el propio padre emancipante (art. 314, párrafo 1.º); en la otorgada por el Consejo de familia o de tutela, la persona nombrada por estos Consejos (art. 314, párrafo 1.º); en la que tiene lugar por matrimonio, el padre, o en su defecto la madre, y a falta de ambos, la persona nombrada por dichos Consejos; si la madre es menor, será curador de ella su marido (art. 315).

En el segundo aspecto la patria potestad se pierde por ausencia, o por interdicción judicial (2), o por pena, o por con-

(1) En orden a la habilitación para el ejercicio del comercio, véanse los artículos 9 y 10 del Código de Comercio.

(2) Es cierto que la ley no dice en ninguna parte que la interdicción por enfermedad mental implique pérdida de la patria potestad. Muchos lo niegan por la consideración de que la pérdida es una pena y de aquí que no hay culpa del padre, sino más bien una lamentable situación.

Pero también en la ausencia no hay (o puede no haber) culpa del padre, y la ley admite que la patria potestad cesa en este caso; por analogía debe aplicarse esto a la hipótesis de interdicción judicial, ya que en ambos casos no es posible el ejercicio del poder familiar. A lo sumo puede decirse que aquí (como en la ausencia) la pérdida no es definitiva, porque así como la ausencia puede cesar con el regreso, así la sentencia de interdicción puede revocarse por curación sobrevenida. En favor de la pérdida de la patria potestad, diremos que si se estima que

dena grave, o en caso de abuso. La condena penal que determina su pérdida necesariamente es la de presidio (art. 33 del Código penal) y cualquiera otra que se imponga a los delitos de violencia carnal, corrupción, etc., cometidos en la persona de un descendiente (art. 349 del Código penal); en otras condenas graves, a la reclusión por tiempo mayor de cinco años, el Juez puede adicionar la pérdida de la patria potestad (artículos 33 y 392 del Código penal). En caso de abuso que de su poder hiciera el padre violando sus deberes o descuidando su cumplimiento y administrando mal los bienes del hijo, el Juez civil apreciará la gravedad de tal abuso y podrá privar al padre de sus derechos transfiriendo la potestad a la madre, o nombrando un tutor, o limitar solamente los poderes del padre, privando a éste de la administración de los bienes o del usufructo legal y nombrando al hijo un curador.

Respecto a los efectos que las segundas nupcias pueden producir en orden a las atribuciones de la patria potestad nos remitimos a lo expuesto en su lugar oportuno (I).

tal potestad no cesa, debería ésta ser ejercida sobre el hijo por el tutor del padre, lo cual no es conforme a los principios que rigen la materia tutelar.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—De igual modo que el Código italiano (artículo 220), el nuestro en el art. 154 atribuye la patria potestad al padre y en su defecto a la madre; mas ésta no puede ser privada, o minorada, de ejercerla al fallecimiento del marido por acto voluntario de segundas nupcias (salvo declaración en contra del marido) y recobrándola si enviudara de nuevo (artículos 168 y 172). Esta función se ejercerá respecto de los hijos naturales reconocidos o adoptivos por quien los reconoce o adopta (art. 154, § 2.º).

El ejercicio de la patria potestad, por la que el padre puede exigir obediencia al hijo mientras esté bajo su potestad y respeto y reverencia siempre (art. 154), obliga al padre a alimentarlo, tenerlo en su compañía, educarlo e instruirlo con arreglo a su fortuna y representarlo en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho (artículos 155 del Código civil español y 138 del Código civil italiano), pudiendo corregirle y castigarle moderadamente, obteniendo, en casos necesarios, el apoyo de la autoridad gubernativa o del Juez municipal (artículos 156 a 158 del Código civil español y 222 del Código civil italiano); mas si extremasen su dureza o les diesen ejemplos o consejos corruptores, pueden ser privados de la patria potestad (artículos 171 del Código civil español, y 271, §§ 2.º y 3.º del Código civil italiano).

En orden a los bienes de los hijos, el padre o la madre, son los administradores mientras estén bajo su potestad (art. 119), aunque sean donados o legados para instrucción o educación del hijo, salvo que el

donante dispusiese lo contrario (art. 162). Los bienes adquiridos por el trabajo del hijo o por su industria le pertenecen en propiedad, mas el usufructo es de los padres, salvo que aquél viviese separado de éstos con su consentimiento, que le corresponden propiedad, usufructo y administración (art. 160), careciendo, en cambio, de derechos sobre los bienes que adquiera con caudal de los padres, salvo en lo que éstos le cediesen expresamente art. 161).

Tienen los padres las obligaciones de todo usufructuario (art. 163) y no podrán enajenar los bienes inmuebles de sus hijos sin la correspondiente autorización judicial (art. 164) designándose un defensor judicial al menor cuando su interés sea contrapuesto al de sus padres (art. 165).

La relación paterna filial se extingue por muerte, y por emancipación o adopción del hijo; este último medio es solamente una sustitución de la patria potestad que se atribuye al adoptante, y la muerte de los padres puede dar lugar al nacimiento de instituciones de guardaduría que les suplan (art. 167).

La pérdida de la patria potestad tiene lugar cuando así se declare en sentencia en juicio criminal o en pleito de divorcio (art. 169), y se ocasiona la suspensión por incapacidad o ausencia del que la ejerza, por interdicción civil, y respecto de la madre viuda, por segundas nupcias (artículos 170-168 y 172), originando la pérdida o la suspensión el acuerdo del Tribunal en casos de dureza excesiva en la corrección o de ejemplos o consejos corruptores (art. 171).

El caso más corriente de extinción es el originado por emancipación, que puede derivar de mayor edad, matrimonio o concesión del padre (artículo 314).

La mayor edad comienza a los veintitrés años, sin que la mujer pueda abandonar la casa paterna hasta los veinticinco, a no ser para tomar estado (artículos 320 y 321), atribuyendo al mayor capacidad para todos los actos de la vida civil.

El matrimonio emancipa al hijo, pero no puede comparecer en juicio, tomar dinero a préstamo ni gravar ni enajenar inmuebles (art. 59), ni aun administrar si se casó contra las prohibiciones del art. 45 (art. 50, regla 3.^a)

La emancipación por concesión del padre se otorga con carácter irrevocable y en escritura pública o declaración ante el Juez municipal; el emancipado ha de tener dieciocho años y consentirla y el acto ha de inscribirse en el Registro civil para que surta efecto frente a terceros (artículo 316). A pesar de la emancipación, no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar ni vender bienes inmuebles ni comparecer en juicio sin estar debidamente asistido (art. 317). Como equivalente de esta forma de extinción de la relación paterno filial, existe para los huérfanos la llamada habilitación de edad, que ha de aprobar el Presidente de la Audiencia territorial (artículos 322 a 324).