

car las doctrinas que sean esencialmente iguales en nuestro Derecho acerca de la patria potestad, *antes y después* del Código; ó, en otro caso, el de quebrantar la unidad y continencia de la doctrina legal misma.

Limitada á este propósito, distínguese aquí el *contenido* de la patria potestad respecto del padre ó madre y de los hijos, y en orden á los *derechos y obligaciones* de unos y de otros.

a. Respecto del padre y, en su defecto, de la madre, constituyen la patria potestad varios *derechos*, referidos por los escritores al efecto de *sistematizarlos*, á los caracteres de *legislador, señor y juez* de sus hijos, en los cuales aspectos se muestran esos *derechos* de la patria potestad; así como en el de *tutor* se comprenden sus *obligaciones* para con los mismos.

Como *legislador*, establece las reglas de conducta á que han de someterse los hijos dentro del régimen familiar; está facultado para nombrarles tutor, con preferencia y mayor amplitud que cualquiera otra persona; y puede designarles, mediante la forma de la sustitución pupilar, heredero que les suceda en el caso de su fallecimiento *ab intestato*, antes de llegar á la pubertad.

Por el concepto de *señor*, es su representante legal en juicio y fuera de él, sin necesidad de apoderamiento alguno; y por simple ministerio de la ley tiene derechos sobre los bienes de los hijos en vida de los mismos, en virtud del reconocimiento de ellos que la ley le otorga en el patrimonio especial de aquéllos llamado *peculio* en sus diversas clases, y los acredita igualmente por causa de muerte y con el carácter de heredero legítimo, por testamento y *ab intestato*, en defecto de hijos ó descendientes de aquéllos; así como muestra el señorío paterno que le corresponde respecto de los hijos, por su intervención en el matrimonio que éstos proyecten, prestando en unos casos el *consentimiento* y en otros el *consejo*.

En el aspecto de *juez* tiene el poder de corregirlos y castigarlos moderadamente; y confirman aquel carácter las facultades que, en orden á la sucesión, se le otorgaban para penarles por medio de la *desheredación*, en virtud de justa causa, y premiarles por medio de la *mejora* del tercio, aparte de la libre disposición del quinto de los bienes, que podía también otorgarles á título de *legado*, de igual modo que á cualquiera otra persona extraña.

Como se observa, á la vista de la simple enumeración genérica que de estos atributos de la patria potestad queda hecha, el ejercicio, reglas y efectos de las facultades mencionadas, corresponden los unos á la esfera del Derecho interno en la familia, ajena á la reglamentación de la ley, que consagra en el poder familiar la idea de una verdadera *autarquía*; y pertenecen las otras á la reglamentación de distintas instituciones, como la *tutela* y varias de la sucesión *mortis causa*, que tienen su explicación en los lugares oportunos (1): siendo la única de ellas que exige

(1) Tomo VI, 2.^a edic.

aquí algún desenvolvimiento, la relativa á los derechos de los padres en los bienes de los hijos en vida de éstos y durante la existencia de la relación civil de patria potestad, mediante la institución de los *peculios*.

Á partir de la base de lo dicho en otros lugares (1) acerca de los *precedentes romanos* y sentido legal de esta institución de los *peculios* en el DERECHO CIVIL DE ESPAÑA, *anterior al Código*, resulta que son sancionados en aquél, mediante el influjo de la clasificación romana que los distinguía en *militar y pagano*, subdividiendo el *militar*, en *castrense y cuasi castrense*, y el *pagano*, en *adventicio y profecticio*; y á su vez el *adventicio* en *ordinario y extraordinario*, y el *profecticio*, en *regular é irregular* (2).

La publicación de la ley de Matrimonio civil modificó la doctrina legal de *peculios*, y para fijar el alcance de esta novedad y determinar cuáles de aquellas *especies* fueron las que subsistieron en este último estado del DERECHO CIVIL ESPAÑOL, anterior á la publicación del Código, parece preferible considerar como más *característico* de cada una de esas especies de *peculios*, la diferente combinación de *derechos* atribuidos al padre y al hijo en los bienes que los forman, y no la simple circunstancia de la *procedencia* de los bienes; pues cualquiera que sea el valor que esta circunstancia tenga en los precedentes históricos de la institución de los *peculios*, allí donde el hijo tuviera la consideración de padre de familia respecto de los mismos, reconociéndole la propiedad, el usufructo y la administración, no habría inconveniente en mantener la denominación técnica y de valor conocido entre los juristas, de *castrense y cuasi castrense*; y, en cambio, procederá usar la de *adventicio y profecticio*, con su misma subdistinción de *ordinario y extraordinario* el primero, y *regular é irregular* el segundo, según que el usufructo y administración corresponda generalmente al padre, en los *adventicios*, y la propiedad al hijo, ó pertenezcan la propiedad y el usufructo al padre y la administración al hijo, en los *profecticios*.

Atendido este criterio, y según la ley de Matrimonio civil, bien puede decirse que el Derecho *anterior* al Código ofrece, en orden á los *peculios*, la siguiente situación.

Por *regla general*, todos los *peculios* adquieren el carácter de *adventicios* (3), cualquiera que sea el origen de la adquisición, por el hijo, de los bienes que los forman, correspondiendo al padre en ellos la *administración* y el *usufructo* y á los hijos la *propiedad*.

Por *excepción* (4) se admite el *peculio castrense* y el *cuasi castrense* para los bienes adquiridos por el hijo con su trabajo é industria, en el solo caso de no vivir en compañía de sus padres, y se les otorga la dicha condición de *emancipados* y los derechos de *propiedad, usufructo*

(1) Núms. 45, cap. 5.º, y 25, cap. 11 de este volumen.

(2) LL. 5.ª, 6.ª y 7.ª, tit. 17, Part. IV.

(3) Núm. 4.º, art. 65, ley Matr. civ.

(4) Arts. 66 y 67, idem id.

y *administración*, sin que se reconozca á los padres en dichos bienes derecho alguno.

Por último, se admite, para sus *especiales* supuestos, la posibilidad legal, primero, del *peculio profecticio irregular* (1), con los derechos de *usufructo* y *propiedad* para los padres y de *administración* para los hijos, de los bienes que éstos adquieren con el caudal que aquéllos hubieran puesto á su disposición para cualquier industria, comercio ó lucro; y segundo, del *peculio adventicio extraordinario* (2), para los casos en que se tratara de bienes donados ó legados al hijo para los gastos de su educación é instrucción ó con la condición expresa de que los padres no los usufructúen, siempre que los bienes donados no constituyesen la legítima del hijo; en cuyo *peculio* se reconocen á dichos hijos la *propiedad* y el *usufructo* de los expresados bienes y, *a sensu contrario*, se deduce que la *administración* será el único derecho que conservarán los padres, obligados en este último supuesto á la formación de inventario, con la intervención del Ministerio fiscal (3).

(1) Núm. 3.º, art. 65, Matr. civ.

(2) Art. 68, ídem íd.

(3) 2.º § del art. 69. En punto á garantías para los hijos, por la *administración* y *usufructo* del *peculio adventicio* que tienen los padres, y á la concordancia ó discordancia, subsistencia ó insubsistencia de ciertos textos legales que á esto se refieren, como el núm. 2.º del art. 202 de la ley Hipotecaria, el 69 de la de Matrimonio civil y el 143 del Reglamento para la ejecución de la primera en cuanto concierne al *Derecho anterior* al Código civil, se da por reproducido lo dicho en las págs. 583 á 585, t. III, segunda edición de esta obra.

Por lo demás, es indudable que, después de la ley de Matrimonio civil, como la madre, en defecto del padre, puede venir al ejercicio de la patria potestad, le comprendieron en tal supuesto todas las disposiciones relativas á *peculios*, antes indicadas, cuando el padre hubiera muerto después de la publicación de dicha ley; pero como las madres viudas antes de ella no ejercían tal derecho, y podían ser á la muerte del marido tan sólo tutoras y curadoras de sus hijos, la ley Hipotecaria dispuso que ésta, que cuando viuda se hallaba dispensada de prestar fianza, en el momento de contraer segundas nupcias estuviese obligada á constituir hipoteca especial aprobada por el Juez, sin lo cual no podía obtener la Real cédula de habilitación para ejercer la tutela y curatela de sus hijos, y que si se casase sin obtenerla y siguiera mezclándose en dicha guarda, quedara su marido obligado á hipotecar bienes bastantes para responder de la *administración* de los *peculios* por su mujer, y que lo mismo tendría lugar, aunque no se mezclase, si se casaba antes de rendir cuentas; así como que, si después de casada no constituyera hipoteca en el término de sesenta días, nombraría el Juez tutor ó curador, con arreglo á Derecho. Pero el art. 145 del Reglamento, para concordar la ley Hipotecaria con la de Matrimonio civil, prescribió que, en virtud de ésta, no tendría aplicación lo dispuesto en los arts. 209 al 213 de dicha ley Hipotecaria, que consigna las reglas antes referidas.

Fundándose en lo dispuesto por dicho art. 145 del Reglamento hipotecario, en armonía con lo prevenido en el citado 69 de la ley de Matrimonio civil, y considerando que ésta no distinguía, al otorgar la patria potestad á la madre, y que debía entenderse comprensiva, tanto de la viuda *antes*, como de la que lo fué *después* de la publicación de dicha ley, creyóse que las madres que enviudaron antes de la misma y eran, por lo tanto, guardadoras de sus hijos, dejarían de tener la obligación á que se refieren aquellos arts. 207 al 213 de la ley Hipotecaria, antes citados. Contra tal inteligencia se opusieron dos razones de evidente fuerza, á saber: primera, que esto sería dar á la ley

b. Las *obligaciones* que en el concepto de *tutor* se imponían, por el *Derecho anterior*, al padre y, en su defecto, á la madre, se refieren á la *alimentación*, *educación*, *defensa* y, según algún escritor (1) añade, á la *colocación* de los hijos.

De la primera se habla en otro lugar (2).

En cuanto á la de la *educación* de los hijos, imputable á los padres, tiene cuatro aspectos: de física, moral, intelectual y social. El primero se realiza principalmente por la prestación de la *deuda alimenticia*, en la cual, aparte del derecho de los padres á que los hijos vivan en su compañía (3), van igualmente comprendidos en parte elementos necesarios para la educación, por los gastos de carrera ó de enseñanza de un arte ú oficio; el segundo se refiere á la práctica honrada del bien y á la educación del sentimiento religioso; y el último, á todas aquellas otras manifestaciones de la vida en el orden social, que no toquen á ninguno de los otros tres aspectos indicados, y que se refieren al cumplimiento de todas las reglas de urbanidad y de buen proceder en la convivencia humana (4); todo dentro de los medios de fortuna y condición social de los padres, bajo la sanción de su derecho á corregir y castigar moderadamente á sus hijos (5).

La de la *defensa* de los hijos es una obligación procedente de la naturaleza de la patria potestad, y se refiere lo mismo á la de la *persona* que á la de los *derechos* de aquéllos, en juicio y fuera de él, por el carácter de *protector* y *representante legal* que el padre y, en su defecto, la madre tienen respecto de sus hijos legítimos no emancipados (6).

Y, por último, la de la *colocación* de los *hijos*, por lo que se refiere á los varones, se halla incluida en la de su educación; y respecto de las *hijas*, dice relación á la obligación de *dotarlas* (7) cuando se casen y á la aspiración á que celebren un matrimonio en las mejores condiciones posibles, morales, afectivas y sociales.

de Matrimonio civil efecto retroactivo; y segunda, que no era admisible, en buenos principios, que se hiciera de peor condición el estado civil de las personas, por razón de una retroactividad no autorizada *expresamente* en la ley nueva, y así resultaría que personas *sui iuris*, como eran los hijos, que perdieran á su padre antes de la ley de Matrimonio civil, y que se hallaban sometidos á la *guarda* de la madre ó de otro, pero no á la *potestad* de aquélla, vendrían á sufrir una especie de *capitis diminutio* entrando en dicha potestad. Este sentido de la no retroactividad de la ley de Matrimonio civil, en términos generales, y en sus relaciones con los preceptos hipotecarios citados, fué el que prevaleció en la jurisprudencia que se transcribe en el § 2.º de este Artículo.

(1) Morató, ob. cit., t. I, pág. 72, 2.ª edic. Valladolid, 1877.

(2) Cap. 30 de este tomo.

(3) Núm. 1.º, art. 65, ley de Matr. civ.

(4) LL. 3.ª, tít. 20, Part. II, y 10, tít. 31, lib. XII, Nov. Rec., art. 63, ley de Matr. civ.

(5) Núm. 2.º, art. 65, ley Matr. civ.

(6) Núm. 1.º, art. 65, ídem íd.

(7) Ley 8.ª, tít. 11, Part. IV, cap. 18 de este tomo.

§ 2.º

Jurisprudencia anterior al Código civil.

10. CONCEPTO LEGAL DE LA PATRIA POTESTAD.—Absoluta y omnimoda en lo antiguo la potestad dominical y paterna, la legislación moderna, atendidas las exigencias de las épocas sucesivas, á la vez que respeta la autoridad legítima del padre, protege y ampara los derechos de los individuos de la familia contra la arbitrariedad y el capricho posibles de aquél (1).

11. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD (*Relaciones personales*).—No puede negarse á un padre el derecho y facultad de representar á su hijo menor de edad como administrador legal de su persona y bienes, ni el de reclamar y percibir cuanto á dicho menor se adeudase, siendo legítimos los pagos que se le hicieran (2).

12. CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD (*Relaciones patrimoniales: peculios*).—Según el art. 65 de la ley de Matrimonio civil, corresponde al padre, y en su defecto á la madre, el derecho á usufructuar los bienes privativos de sus hijos no emancipados, en cuanto ejerzan sobre ellos la patria potestad; y siendo esta potestad, no la mera condición de padre, el título, en virtud del cual se adquiere aquel derecho, claro es que no se ha establecido en provecho personal y exclusivo del usufructuario, sino en beneficio de la familia por él regida, y con el fin principal de ayudarle á levantar las cargas inherentes á la patria potestad, entre las cuales se cuenta la de criar, alimentar y educar á la prole; resultando por ello subordinado el goce de aquel derecho al cumplimiento de este deber, cuya subordinación es tanto más evidente, cuanto que por el solo objeto de que, en todo caso, pueda hacerse efectiva, anteponiendo el cumplimiento de las obligaciones familiares á las personales del usufructuario, ha declarado el art. 108 de la ley Hipotecaria que esta especie de usufructo no es hipotecable (3).

Si bien el usufructo de los bienes, que constituyen el peculio de los menores, pertenece por regla general al padre, su objeto exclusivo es la alimentación, educación y provecho del hijo; pero cesa y no tiene lugar cuando á ello se opone la voluntad del testador, proveyendo taxativamente de guardador á su heredero y disponiendo el modo y forma con que debe invertirse la herencia (4).

No es cierto el precepto legal de que el hijo de familia, constituido bajo la patria potestad, no puede contratar, aun con el consentimiento de su padre; antes al contrario, aun con anterioridad á la publicación de la ley provisional de Matrimonio civil, cuyo art. 64 declara emancipado de derecho al hijo legítimo desde que hubiese entrado en la mayor edad, tenía éste el pleno dominio y administración de los bienes que constituyeran su peculio castrense ó cuasi castrense, la propiedad de los que formaran su peculio adventicio, ó sea de los que adquiriera por cualquier título lucrativo ó por su trabajo é industria, y aun la administración y usufructo de estos últimos, cuando se emancipara ó cuando su padre se los cediera (5).

- (1) Sent. 24 Junio 1870.
 (2) Sent. 1.º Marzo 1876.
 (3) Sent. 7 Julio 1892.
 (4) Sent. 29 Octubre 1869.
 (5) Sent. 22 Octubre 1870.

13. PECULIO CUASI CASTRENSE.—Los productos ó emolumentos de un cargo público y oficial derivado de la ley y de nombramiento de autoridad competente, deben reputarse peculio cuasi castrense, sin que la sentencia que así lo declara infrinja la ley 7.ª del tít. 17, Partida IV; y procediendo de dicho destino las ganancias que el hijo tenga, y no de obra de manos, donación ó herencia, no puede considerárselas como peculio adventicio ó profecticio, y, por tanto, el embargo que de ellas se hace para responder á obligaciones del padre es ilegal (1).

14. PECULIO PROPECTICIO.—Los derechos adquiridos para los hijos de familia por sus padres en una transacción sobre bienes de éstos, son peculio profecticio (2).

El hijo superviviente á su padre no adquiere el dominio del peculio profecticio que éste enajenara (3).

15. PECULIO ADVENTICIO.—Según la ley 5.ª, tít. 17 de la Partida IV, todo lo que el hijo gana, no saliendo de los bienes del padre, ó por razón del padre ni de los bienes de su abuelo, constituye el peculio adventicio, cuya propiedad pertenece al hijo y el usufructo al padre (4).

No pueden estimarse como peculio adventicio los bienes que compra un hijo de familia, cuando no prueba que ha ganado la cantidad con que los adquiere por industria ú otro medio de los que la ley determina (5).

Si bien la ley 24, tít. 13 de la Partida V, dispone que el padre hace suyos los frutos de los bienes adventicios, sin que pueda enajenar éstos en manera alguna, y que si lo hiciera quedan responsables los del padre como *en peños*; no tiene aplicación dicha ley si no se justifica tal enajenación; y por otra parte este derecho del hijo sólo tiene efecto después de la muerte del padre y con la condición de haber aquél renunciado la herencia, dándole la ley subsidiariamente la acción reivindicatoria contra los poseedores de dichos bienes, cuando es insuficiente el caudal paterno para el reintegro del peculio adventicio (6).

El derecho de usufructo concedido al padre sobre los bienes adventicios de sus hijos, como todos los de su clase, está limitado por la obligación de conservar la sustancia ó la esencia de la cosa usufructuada, que ha de entregarse á su tiempo al hijo propietario, sin menoscabo del capital que representaba al principiar el usufructo, salvo los casos de excepción previstos en la ley (7).

16. CRITERIO DE TRANSICIÓN RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL.—Si bien la ley de Matrimonio civil, en sus arts. 64 y 65, ha declarado que el padre y, en su defecto, la madre tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados, y que tienen derecho á administrar y usufructuar los bienes que los hijos hubieran adquirido por cualquier título lucrativo ó por su trabajo ó industria, estas disposiciones se han establecido para lo futuro y sin lastimar los legítimos derechos que habían adquirido los huérfanos que ya lo eran en aquella fecha, puesto que la ley no expresó que tuviera efecto antes de su publicación y, por tanto, no es aplicable á los hechos consumados

- (1) Sent. 5 Octubre 1872.
 (2) Sent. 19 Febrero 1861.
 (3) Ídem id.
 (4) Sents. 11 Julio 1868, 25 Junio 1885 y 22 Diciembre 1899.
 (5) Sent. 14 Enero 1861.
 (6) Sents. 16 Enero 1862, 30 Diciembre 1864, 25 Octubre 1866, 1.º Febrero 1867, 12 Noviembre 1875, 18 Mayo 1878, 25 Junio 1885, 12 Abril y 25 y 30 Noviembre 1886.
 (7) Sents. 7 Mayo 1879, 25 Enero 1881 y 24 Abril 1884.