

En torno al artículo 168 del Código civil

MANUEL RAVENTÓS NOGUER

Prof. Adjunto de la Facultad de Derecho
y Abogado del I. C. de Madrid

Conveniencia de incorporar al Derecho civil español general el principio de Derecho foral aragonés de que la madre viuda que contrae segundas o ulteriores nupcias no pierde la patria potestad sobre sus hijos.

Las Observancias del Justicia Martín Díaz Daux afirman: *De consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*, lo que significa la negación del concepto romano (poder absoluto del padre) de la patria potestad.

El Derecho histórico español presenta una dualidad en la regulación de la patria potestad. En el Fuero Juzgo y sobre todo en el sistema jurídico familiar desenvuelto en los Fueros municipales se halla la raíz de la patria potestad como poder conjunto y solidario del padre y de la madre; en el Código de las Siete Partidas se adopta el sistema de la patria potestad romana.

En nuestro Derecho corresponde la patria potestad, en primer término, al padre, y sólo en su defecto a la madre, principio rígido que, gracias a la elaboración jurisprudencial, se interpreta, adaptándolo a la realidad de la vida, en el sentido de no desconocer la autoridad de la madre para ejercer todos aquellos actos conducentes a la educación y formación de los hijos, es decir, los jueces y magistrados españoles—honor y gloria de la ciencia jurídica española—, al interpretar los preceptos de la ley, han recogido el sentido de la patria potestad como autoridad conjunta del padre y de la madre, representación suprema de la íntima comunidad de vida entre marido y mujer, que constituye la base fundamental de la familia.

El concepto romano de la patria potestad que informa nuestro Código civil se refleja en el artículo 168, que subordina la patria potestad de la madre viuda a la condición de que no pase a segundas (1) nupcias. Esta severidad tiende más a castigar a la viuda que contrae

(1) Más precisa hubiera sido la redacción del artículo 168 si añadiera: "o ulteriores".

nuevo matrimonio que a proteger la persona del menor; prueba de ello no sólo la excepción que el propio artículo 168 ha establecido al principio en él consagrado, cuyo único fundamento se encuentra en un *perdón*, a nuestro juicio prematuro y poco elegante, del marido difunto, sino que dicho precepto no alcanza a los casos en que al contraer matrimonio la mujer tuviere descendencia natural (2).

Los derechos y deberes que la relación necesaria de la maternidad produce entre hijo y madre, al hacerla depender de la voluntad del padre difunto, crea una confusión absoluta entre las relaciones necesarias reguladas por el Derecho natural, con las relaciones voluntarias reguladas en el Derecho positivo; así lo hizo notar en la discusión parlamentaria a que dió lugar el Proyecto de Código civil el señor Azcárate, y aunque pretendió negarlo D. Germán Gamazo al defender el Proyecto, mostró su conformidad al declarar que el problema de si debía o no reconocerse la patria potestad sucesiva de la mujer lo había resuelto la Ley de 1870 "de completo acuerdo" con su modo de pensar. En ella se introdujo por primera vez en nuestro Derecho común la patria potestad de la madre, aun en el caso de ulterior matrimonio.

Los Motivos de la Ley de 18 de junio de 1870, redactados por el entonces Ministro de Justicia D. Eugenio Montero Ríos, dicen de manera inmejorable a este propósito: "Consiste la segunda innovación en otorgar a la madre, en defecto del padre, la potestad sobre sus hijos. Tiempo es ya de borrar en nuestra legislación las huellas del derecho pagano de Roma, que vino a herir de muerte el Evangelio, elevando a la mujer al puesto que le corresponde en el seno de la familia. Sea o no cierto que la legislación visigoda otorgase a la madre la potestad sobre sus hijos, es innegable que en aquel Código se aspira una más elevada doctrina sobre la mujer que la modelada en las leyes romanas, y que esa misma doctrina vaga en nuestra legislación foral con formas más o menos concretas. Más que de innovación, por lo tanto, la disposición del Proyecto bien merece el nombre de último desarrollo de la teoría que tiene por objeto la emancipación jurídica de la mujer y el reconocimiento de sus derechos en el seno de la familia; teoría cuyo germen fué arrojado al mundo con el Evangelio, desarrollándose después lentamente en nuestra legislación nacional con la institución de los gananciales y con los derechos otorgados a la madre sobre los hijos y sus bienes, hasta llegar a su plenitud con lo que se dispone en el Proyecto, que no rechazará nadie que conozca cuánta ternura, cuánta previsión, cuánta prudencia puede atesorarse en el corazón de una madre, cuya vida se encuentra en el bienestar y en el porvenir de sus hijos." Concepto bien diferente al sustentado por Alfonso X al decir en su Código: "Si el huérfano tuviese madre que fuese mujer de buena fama, bien podrá el juez

(2) Sentencia de 18 de octubre de 1947, dictada por la Sala primera del Tribunal Supremo, siendo ponente D. Vicente Marín Garrido.

darla el hijo para que lo críe, y ella lo tendrá mientras permanezca viuda. Si se casare, se sacará aquél, desde luego, de su poder; porque, según los sabios, la mujer suele amar tanto al nuevo marido, que no tan solamente le daría los bienes de sus hijos, más aún que consintiera en la muerte dellos, por hacer placer a su marido."

Las razones alegadas por el señor Gamazo al defender la pérdida por la madre de la patria potestad al pasar a nuevas nupcias fueron bien débiles (acababa de confesar noblemente su completo acuerdo con la Ley de 1870 en esta materia). Dijo: La patria potestad, aun en el caso de segundo matrimonio, dentro de la Ley de 1870, "no dejó de suscitar reclamaciones y de ofrecer complicaciones y dificultades el ejercicio de esta patria potestad a la unidad familiar y a la sumisión que la mujer debe por nuestra legislación a las órdenes del marido. Y a este problema responden los autores del Código volviendo a nuestro Fuero Juzgo, manteniendo la patria potestad sucesiva, pero sólo durante la viudez, y todavía adicionaron el Fuero Juzgo, estableciendo por una presunción racional la patria potestad en el caso de segundo matrimonio, cuando el padre de los hijos del primero, previsor y conocedor del carácter de su mujer, no temiera que ésta, al pasar a segundas bodas, pudiera perjudicar a sus hijos". Estas palabras de D. Germán Gamazo nos afirman en nuestra posición de estimar la excepción del artículo 168 como un perdón del marido y el principio que él consagra como un castigo a la viuda; pues acaso, por la previsión del padre de los hijos del primer matrimonio, ¿desaparecen las complicaciones y dificultades, en que se ha pretendido fundamentar la pérdida de la patria potestad de la madre viuda?

Mas la potestad materna no es falsa creación del legislador, sino que brota por la fuerza misma de los hechos. El que fué Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, D. José de Aldecoa, refiriéndose a ella, dice: "... tales obligaciones no son ni pueden ser subsidiarias para con la madre cuando el padre no exista, siendo, como son, naturales, superiores en tal sentido a todo precepto positivo, inherentes al consorcio establecido para la generación humana y conformes con la privativa influencia que dentro del hogar ejerce la madre"; por esta razón, a los profesionales del Derecho nos consta el escasísimo arraigo que ha tenido en nuestras costumbres el precepto del artículo 168 del Código civil y en la realidad, con incumplimiento del mismo, la madre al contraer nuevo matrimonio ha continuado ejerciendo la autoridad sobre sus hijos, y son escasísimos los casos en que se constituye la tutela, lo que crea una situación mucho más difícil que la pretendida evitar.

La Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, en su artículo 21, dispuso: "El hecho de contraer segundas o ulteriores nupcias el cónyuge divorciado, en cuya guarda hubieren quedado las personas y los bienes de los hijos por él habidos en anterior matrimonio disuelto, no será por sí solo causa para modificar la situación establecida al respecto de dicha prole. Esto no obstante, el juez podrá determinar

lo contrario, a virtud de instancia de parte y cuando, a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge bínubo, sobrevengan motivos que racionalmente justifiquen esta resolución. En todo caso en que el segundo o ulterior matrimonio fuere contraído bajo cualquier género de comunidad de bienes, absoluta o relativa, el padre o madre bínubos perderán la administración y el usufructo de los bienes de los hijos sometidos a su guarda. En este supuesto, se nombrará judicialmente un gestor del patrimonio de los hijos." En franca oposición este artículo de la Ley del Divorcio con el artículo 168 del Código civil, resultaba de peor condición la viuda que contraía nuevo matrimonio que la divorciada; mientras que aquélla perdía la patria potestad sobre sus hijos, ésta la conservaba. Por Orden de 4 de octubre de 1932, el Ministro de Justicia resolvió con carácter general el conflicto, en el sentido de que la madre bínuba viuda conservaba la patria potestad sobre sus hijos con arreglo a lo establecido en el artículo citado de la Ley del Divorcio. Derogada esta Ley y las disposiciones complementarias de la misma por la de 23 de septiembre de 1939, se halla vigente el artículo 168 del Código civil.

"Es preciso admitir de buen grado y con reconocimiento cuanto haya de sabio y útil, sea quien quiera el que lo haya investigado o pensado" (3); tal ocurre con la disposición del artículo 21 de la Ley del Divorcio referida a la madre viuda que contrae nuevo matrimonio.

El Derecho foral de Aragón, en el que con tanta amplitud se desenvuelven las relaciones jurídico familiares, reconoce la potestad materna aunque la viuda pase a otro matrimonio; principio que debe reincorporarse al Derecho civil español general. La actual redacción del artículo 168 del Código civil podría sustituirse por la siguiente, en la que, teniendo en cuenta los precedentes citados, se procura dar amplio campo al arbitrio judicial y respetar los derechos y deberes naturales que nacen de las relaciones paterno filiales:

El padre o la madre viudos que pasen a segundas o ulteriores nupcias conservan la patria potestad sobre sus hijos. Esto no obstante, el juez podrá determinar en todo momento, a virtud de instancia de parte o del Ministerio fiscal o cuando a consecuencia del nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge viudo sobrevengan razones o motivos que a su juicio lo justifiquen, la pérdida de la patria potestad o de la administración de los bienes de sus hijos; en este último caso se nombrará judicialmente gestor del patrimonio de los hijos a la persona a quien correspondería desempeñar el cargo de tutor.

El padre o la madre viudos que contraigan ulterior matrimonio perderán el usufructo legal sobre los bienes de sus hijos, y al cesar en la administración darán cuenta de su gestión a éstos o a quienes representen su derecho.

(3) LEÓN XIII: Encíclica *Aeterni Patris*, de 4 de agosto de 1869.