

TITULO NOVENO. DE LA PATRIA POTESTAD ⁽¹⁾

CAPÍTULO I.

DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS LEGÍTIMOS.

SECCIÓN I.—De la patria potestad sobre la persona del hijo.

§ I. ¿QUÉ ES LA PATRIA POTESTAD?

255. El orador del Gobierno dijo en la Exposición de motivos del título IX: «Es necesario confesar que, entre las leyes civiles que hasta aquí han regido sobre nuestras personas y nuestros bienes, no hay una sola que exija una reforma más completa, que haga volver á los preceptos de la naturaleza..... No pudiendo, en esta importante cuestión, hallar recurso alguno en la ley romana; no encontrando en el derecho consuetudinario más que miras imperfectas que van de la exageración á la debilidad, el legislador ha tenido que consultar á la naturaleza y á la razón» (2). Lo que dijo Réal del derecho antiguo es la verdad en cuanto á la legislación romana, pero no hace justicia al derecho consuetudinario: cosa que importa ha-

¹ Chardon, *Tratado de las tres potestades*, t. II, *De la Patria Potestad* (Paris, 1842).

² Réal, *Exposición de motivos*, núm. 6 (Locré, t. III, p. 331).

cer constar, á fin de que se sepa qué es la patria potestad bajo el imperio del Código Civil.

256. La expresión «patria potestad» trae su origen del derecho romano. En Roma, la familia se basaba en la idea del poder, y con esto dábase á entender uno absoluto, ilimitado. La familia se concentraba en su jefe, ¿y qué era el padre de familia? «Es, dice Ulpiano, el que tiene el *dominio* en su casa» (1). Ese dominio absorbe, aniquila todo derecho, toda personalidad de los que están sujetos á él. Es un carácter distintivo de la familia romana. Supónese que el jefe de familia y sus hijos no forman más que una sola persona, resumiendo en sí el padre la capacidad jurídica de toda la familia. De aquí la consecuencia de que el hijo no puede tener bienes en propiedad; pues todo lo que adquiere por su trabajo ó por cualquier otro medio, es propiedad del jefe de la familia. Los hijos no tienen más derecho sobre sus personas que sobre sus cosas, hallándose bajo potestad durante toda la vida del padre, aunque estuvieren investidos de funciones públicas, y aun cuando á su vez tuvieren hijos. En el derecho antiguo, el padre tenía sobre sus hijos los derechos que el propietario sobre sus cosas: del mismo modo que éste puede usar y abusar de ellas y hasta destruir lo que le pertenece, el padre podía también dar muerte á su hijo y venderle; tenía, para ejercitar su derecho de propiedad, la acción que se otorga al amo y señor, que es la reivindicatoria. Este derecho bárbaro se mitigó, pero subsistió el principio de donde provenía la barbarie: la idea de dominio, la ausencia de personalidad. Constantino, el primer Emperador cristiano, permitió al padre necesitado que vendiera al hijo acabado de nacer (2). Los romanos desconocían la naturaleza humana en el esclavo, como la desconocían también en el hijo. Ha habido quienes hayan echado menos la vigo-

1 L. 195, D., *de verb. signif.* (L. 16).

2 Nannur, *Instituta é Historia del Derecho romano*, t. I, § 42 y 43.

rosa constitución de la familia romana, habiéndose llegado hasta á considerarla como un elemento de libertad, porque semejante poder, peculiar de Roma, existía bajo un régimen republicano. ¡Esto es hacerse una ilusión extraña! A pesar del hermoso nombre de república, imperaba la fuerza en Roma; el pueblo era rey, es decir, señor absoluto, como más tarde los emperadores concentraron en sus manos todos los poderes. Pues bien, la familia y el Estado descansaban en las mismas bases, la fuerza los dominaba; ¿y plegándose á la fuerza es como el hombre aprende á ser libre?

Los principios del Derecho romano se seguían en las naciones de derecho escrito. Se ha pretendido que habían sido modificados por la influencia del Cristianismo; pero nada de esto. Réal asienta que la patria potestad, tal como existía en Francia, recordaba siempre su origen salvaje. El padre era el único que ejercía esa potestad, y á pesar de los derechos que le da la naturaleza á la madre, ésta no compartía dicha potestad. El hijo permanecía bajo potestad durante toda la vida de su padre, por más que también él fuese anciano, como no pluguiese al padre emanciparle. El hijo casado, pero no emancipado, se hallaba sujeto á la potestad en unión de sus hijos, consecuencia repugnante, dice el orador del Gobierno, aunque consecuencia jurídica del principio en que descansaba la potestad del padre. Por interés de éste se había establecido, siendo así que la naturaleza clama que el interés del hijo es el que debe dominar. He aquí por qué en Francia, como en Roma, los bienes del hijo pertenecían al padre, excepción hecha de los peculios (1).

257. Montesquieu deplora que se hayan adoptado en Francia muchas leyes romanas ajenas á nuestros usos y á nuestro gobierno, y que se haya desechado la patria po-

1 Réal. Exposición de motivos, núm. 4 (Loché, t. III, p. 330). Merlin, *Repertoire*, palabra *Patria Potestad*, sec. II, núms. 2 y 3, y sec. IV, núm. 1.

testad, que era un resorte tan poderoso para el sostenimiento de las costumbres. Creemos que la enérgica crítica de Réal se aproxima á la verdad más que este elogio. «La legislación romana, dice aquel orador del Gobierno, tan conforme en muchos puntos con la naturaleza, tan fiel intérprete de la razón, se desyía de una y otra de manera muy extraña al ocuparse en la patria potestad.» Se invoca el interés de las buenas costumbres, olvidándose que la base de la moral es la idea del sacrificio, del rendimiento, de la abnegación. ¿Puede el padre dar lecciones de desinterés á sus hijos, cuando toda la familia no vive más que para él, cuando es absorbida por él hasta el grado de que apenas si tiene ella personalidad distinta de la suya? Nuestras costumbres antiguas, calificadas de bárbaras, y que efectivamente debemos á pueblos bárbaros, respetaban más la personalidad del hijo. Parten ellas de un principio diametralmente opuesto. Se lee en la *Instituta consuetudinaria* de Loysel: *No tiene lugar el derecho de patria potestad* (1). Laferrière dice que por error asienta esta regla Loysel (2). El error se remontaría hasta Bacquet y Dumoulin, el oráculo del derecho consuetudinario (3). ¿Cómo creer que estos célebres jurisconsultos, que vivían en medio de las costumbres, se hubieran engañado acerca de un punto tan elemental del derecho consuetudinario? Es verdad que la expresión «patria potestad» se encuentra en gran número de costumbres (4); pero hay que ver la idea que le atribuían. Tal idea es completamente distinta de la del derecho romano, y no es exagerar su alcance, decir que las costumbres inauguraron una revolución en la moral y en el derecho, que es su expresión. Es un nuevo principio el que se abre paso, el

1 Loysel, *Instituta consuetudinaria*, lib. I, tit. I, núm. 37 (t. I, p. 82, edición de Laboulaye).

2 Laferrière, *Ensayo sobre la Historia del Derecho francés*, t. 1, p. 131.

3 Bacquet, *De los derechos de justicia*, cap. XXI, núm. 58. Dumoulin, sobre la costumbre de París, § XXV, núm. 13.

4 Merlin las enumeró (*Repertorio*, palabra *Patriu Potestad*, sec. I, núm. 4, p. 34 y sig.).

de la personalidad, el de la individualidad humana, principio que los antiguos desconocían, en tanto que domina en todas las relaciones civiles y políticas de los pueblos germanos. Entre ellos, la familia se resume igualmente en su jefe, que es quien la representa, que es á quien corresponde la *composición* de todos los suyos; pero ya no es su señor, sino únicamente su protector. La *potestad* se cambia en *tutela*; el *dominio* del padre de familia se convierte en la *maimbournie* (1) la *guarda*. En este sentido es exacto que los germanos ignoraban la patria potestad. La frase de Loysel se encuentra ya en los longobardos (2), cuyas leyes eran, no obstante, las más severas de las de los pueblos bárbaros en lo concerniente á la autoridad paterna (3). ¿Qué es, pues, esa autoridad? El padre tiene un derecho sobre sus hijos, pero un derecho que es de protección, que es más bien un deber que derecho. Establecido en favor de la debilidad de la edad, cesa cuando el hijo no necesita ya de su apoyo. No destruye su personalidad, de modo que un hijo puede adquirir, y adquiere para sí. La madre tiene aquella autoridad con igual título que el padre; ¿quién mejor que ella para guiar á la infancia?

258. Los principios del derecho germánico pasaron á las costumbres y de ellas al Código Napoleón. ¡Cosa singular! los autores del Código no tienen conciencia de esa filiación, y repudian el derecho consuetudinario con desdén, con enojo. De entender al tribuno Albisson, creeríamos que las costumbres nacieron de los abusos del régimen feudal, dictadas por el derecho del más fuerte (4); pero, á decir verdad, hay identidad entre el Código Civil y las costumbres. ¿Qué cosa es la patria potestad en el derecho consuetudinario? Bourjon contesta: «El poder de los padres

1 Término francés que no tiene significación en castellano.—*N. del C.*

2 El texto francés dice: *longobards* (longobardos ó lombardos).—*N. del C.*

3 "*Jure Longobardorum filii non sunt in potestate patris,*" dice un antiguo comentador de las leyes lombardas (Laboulaye. *De la condición de las mujeres*, p. 80).

4 Albisson, Discursos, núm. 4 (Loché, t. III, p. 342).

de familia sobre sus hijos es un poder de *dirección*, templado por la *piEDAD* paternal» (1). En el fondo, es la misma la definición de Réal: «Es, dice, un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y á la madre, durante un tiempo limitado y con ciertas condiciones, la *vigilancia* de la persona y la administración y el goce de los bienes de sus hijos» (2). Pothier dice que, en los países de régimen consuetudinario, la patria potestad no consiste más que en dos cosas: 1º, en el derecho que tienen los padres de gobernar con autoridad á la persona y los derechos de sus hijos, hasta que se hallen en edad de gobernarse por sí mismos y de manejar sus bienes; 2º, en el derecho que tienen de exigir de sus hijos ciertos deberes de respeto y gratitud (3). El Código Napoleón no hizo más que formular esas reglas en arts. de ley: «El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar á sus padres (art. 371). Permanece bajo la autoridad de éstos hasta que llegue á la mayor edad ó se emancipe» (art. 372). De este principio se sigue, dice Pothier, que los padres tienen derecho para detener á sus hijos á su lado. «El hijo, dice el Código, no puede separarse de la casa paterna sin el permiso de su padre» (art. 374). Siguiese de esto, igualmente, dice Pothier, que los padres tienen sobre sus hijos el derecho de corregirlos. El mismo derecho les otorga el Código (art. 375).

Los autores del Código, dicen ellos, tomaron de la razón y la naturaleza los principios relativos á la patria potestad, pero sin reparar en que los tomaron de las costumbres que llaman bárbaras. Es que los pueblos del Norte, despreciados como bárbaros por los griegos y los romanos, tenían un sentimiento más exacto de la naturaleza y de los

1 Bourjon, *El derecho común de Francia*, lib. I, tit. V, cap. I, sec. I, art. 1 (t. I, p. 34).

2 Es la definición que dió la Comisión encargada de redactar un proyecto de Código Civil.

3 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 130.

derechos de la misma que las naciones tan celebradas de la antigüedad. Fueron ellos quienes dieron á la humanidad moderna el principio de la individualidad, raíz de nuestra libertad civil y política. Respetan la personalidad hasta en el niño acabado de nacer. En esto estriba la diferencia radical entre el derecho romano y el consuetudinario, que es también el nuestro. El nuevo principio es frecuentemente desconocido ó mal comprendido. Siempre se habla de la libertad del padre de familia, de sus derechos, como si todavía estuviésemos bajo el imperio de las leyes romanas. Es que se echa al olvido la máxima del derecho consuetudinario de que no tiene lugar la patria potestad; es que no se tiene en cuenta la revolución profunda que esa máxima entraña. Al nacer el hijo, tiene individualidad, es decir, tiene la misión que Dios imprime en las facultades de que le ha dotado. Su derecho, y derecho sagrado, inalienable, es el de desenvolver sus facultades intelectuales y morales, y ese derecho es también un deber para él, es su misión. Dios le provee de un protector, de un guía que dirija sus primeros pasos por el escabroso camino de la educación. Tal es el derecho del padre, diremos mejor, su deber, porque derecho propiamente dicho, no le tiene: el verdadero derecho pertenece al hijo; el padre no tiene más que obligaciones. Si nuestras leyes, á ejemplo de las costumbres, le conceden una cierta autoridad sobre el hijo, es porque la necesita para poder cumplir con su obligación. El padre tiene el deber de dirigir y educar; luego importa que también tenga el derecho de guarda y de corrección. Es un abismo el que se abre entre esta doctrina y la de la legislación romana. La patria potestad de los romanos es un poder establecido por el interés de quien la ejerce: el hijo es un instrumento de trabajo y de utilidad para el padre, mientras que en nuestras costumbres y de acuerdo con nuestro Código, el hijo tiene

derecho á ser educado, y tal derecho impone al padre una obligación; todo se refiere al hijo, nada al padre.

259. ¿Es necesario aun preguntar cuál es la doctrina más racional, más justa, si la de nuestras costumbres ó la del derecho romano? Se ha censurado el Código Civil, así como la legislación revolucionaria. Zachariæ dice que se han relajado los vínculos de la patria potestad hasta el grado de comprometer los intereses más-sagrados de la humanidad (1); á lo que se la ha contestado que es cierto que se ha debilitado la patria potestad, pero que esto se debe mucho más á las costumbres que á las leyes (2). Es inconcuso que, en las sociedades democráticas, el principio de autoridad pierde lo que gana el de libertad. Falta saber cuál es el verdadero principio, y la historia nos revela los designios de Dios. Desde la cuna del género humano, viene operándose constantemente un movimiento hacia la libertad. La revolución de 89 fué la explosión violenta de sentimientos é ideas que germinaban de varios siglos atrás, sin haber hecho ella más que formular los principios proclamados ya por la conciencia general. Tal es, ante todo, el principio de libertad. Esta no es una innovación del legislador revolucionario, y Montesquieu hizo ya la observación de que ese principio hundía sus raíces hasta en las selvas de la Germania. Al reinar la libertad en el orden político, debía penetrar también en el seno de las familias, y de aquí los decretos que dan por abolida la patria potestad (3). A decir verdad, tales decretos no hicieron más que extender á los países de derecho escrito la máxima del consuetudinario: "Droit de puissance paternelle n'a lieu" (4). El reproche que se endereza al Código Napoleón y á las

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. I, § 16, p. 24.

2 Demolombe, t. VI, p. 209, núm. 264. Massé y Vergé, acerca de Zachariæ t. I, p 363, nota 5.

3 El decreto de 28 de Agosto de 1792 abolió la patria potestad sobre los mayores de edad, y el 20 de Septiembre de 1792 fijó la mayor edad en los veintiún años (tit. IV, art. 2).

4 "No tiene lugar el derecho de patria potestad."—*N. del C.*

leyes de la Revolución, se remontaría, pues, á nuestras antiguas costumbres; es decir, se les reprocharía que hubiesen organizado la familia sobre la base de la libertad. ¡Acusación injusta, como la que más! Para que sea una potencia en el orden político la libertad, es necesario que reine en las familias, es necesario, pues, que el hijo sea educado en la libertad.

Si algún reprocheuviésemos que lanzar á nuestra legislación civil y política, sería el de no haber autorizado las consecuencias del nuevo principio inaugurado por la Revolución. El derecho del hijo se reconoce en teoría, pues de hecho está á merced de la ignorancia y la ceguedad de los padres. Estos son los que educan al hijo con un poder absoluto, y, con harta frecuencia, delegan su autoridad á la Iglesia, cuyo espíritu no es por cierto el de libertad. Hay en esto una repugnante contradicción: lejos de quedar garantizado el derecho del hijo, se le sacrifica. La garantía debería estar en la intervención del Estado; á saber: la instrucción obligatoria impartida en escuelas que tuvieran bajo su dirección el Gobierno ó las autoridades locales. Al reclamar para el hijo la protección del Estado, no entendemos que éste ejerza sobre él esa autoridad absoluta que disputamos al padre. No, el hijo no pertenece al Estado, como tampoco es propiedad de los que le dieron el ser; se pertenece á sí mismo. Su individualidad es la que debe desarrollarse, y en este sentido, es necesario que presida á su enseñanza la verdad más absoluta: el hijo no debe ser educado conforme á la doctrina liberal, como tampoco debe ser encadenado al dogma católico. Para garantizar el libre desenvolvimiento del hijo, es para lo que reclamamos la intervención del Estado, no para absorber su libertad en favor de una doctrina, sea la que fuere.

En el orden civil, puede dirigirse el mismo reproche á nuestra legislación. ¿Qué es el derecho del hijo cuando el padre abusa de su autoridad? El Código enmudece á esta

pregunta, y ha sido menester que en muchos puntos llenara el vacío la jurisprudencia, cosa que no deja de ofrecer sus inconvenientes. Jamás la acción de los tribunales debe ni puede substituir á la del legislador; justificaremos estos conflictos. Lo cual es llamar la atención del legislador sobre las reformas que sería conveniente introducir en esta parte del Código Civil: tal es, á nuestro juicio, la única misión del intérprete bajo el imperio del derecho codificado.

260. Llegamos á la conclusión práctica de estas consideraciones generales. Cuando hay conflicto entre el padre y el hijo, conflicto entre la patria potestad y el interés, ó diremos mejor, el derecho del hijo, ¿por quién se decidirá el intérprete? La cuestión no podría ser dudosa después de lo que acabamos de exponer, y nos llama la atención que todavía se pregunte si se estableció la patria potestad por el interés del padre ó por el de los hijos (1). El Código Civil reproduce la máxima del derecho no escrito: "No hay lugar á la patria potestad." Cosa notable, la palabra misma *patria potestad* ya no figura en nuestras leyes, de donde intencionalmente quedó borrada. A este respecto, hubo una discusión muy importante en el Consejo de Estado. El proyecto sometido á sus deliberaciones se intitulaba como el título IX del Código Civil: *De la patria potestad*. Boulay hizo observar que esta expresión era demasiado ostentosa y desproporcionada á la idea que estaba destinada á expresar: habría querido que se le diese por título: *De los derechos y obligaciones de los padres*. Tronchet dijo que, cuando menos, sería menester servirse de la expresión *autoridad paterna*, á fin de no debilitar demasiado la idea; pero Malleville contestó que la expresión *patria potestad* era la aceptada, y que si la ley no la empleaba, se creería que no había querido eso. Por lo demás, confesaba que la potestad del padre no podía ser la misma que entre los

1 Demolombe. *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 210, núm. 265.

primitivos romanos, pueblo compuesto de bandidos y esclavos fugitivos. Berlier abundó en las mismas ideas de Boulay. "Nada menos parecido á la antigua patria potestad, dijo, que la autoridad de los padres, el objeto del título IX. Hay necesidad de nuevos términos para expresar ideas nuevas. El proyecto de ley debería tener como título: "De la autoridad de los padres" (1). A continuación de estas críticas, fué remitido el proyecto á la sección de Legislación; habiéndose conservado en la redacción definitiva el primitivo título, si bien ya no hablan de potestad los artículos del título IX: el 372 y el 373 llaman *autoridad* á la que anteriormente había sido una potestad absoluta. Puede afirmarse, pues, que el título llamado *De la patria potestad*, realmente abolió aquella potestad. En los mismos términos se expresa el orador del Gobierno, en la Exposición de motivos, al conservar la palabra *potestad*, si bien este término contiene ideas nuevas. El hijo nace débil, asediado por las necesidades y las enfermedades; pero la naturaleza le da padres para que le defiendan y protejan, y al llegar la época de la pubertad, despiertan las pasiones, á la vez que se desenvuelven la inteligencia y la imaginación. Entonces es cuando necesita un consejero, un amigo que defienda su razón naciente de las seducciones de todo género que le rodean (2). Así, es que la *potestad* del padre no viene á ser otra cosa que una protección y una dirección. ¿Es necesario preguntar si se establece la protección por interés del protector, y si el que está llamado á dirigir la educación lo hace por el propio suyo? La cuestión carece de sentido, y venimos á dar á la conclusión de que se trata del derecho del hijo, y no de el del padre. Luego, en caso de conflicto entre el pretendido derecho del padre y el verdadero del hijo, ¿por cuál de los

1 Sesión del Consejo de Estado del 22 Frimario. año X. núm. 11 (Locré, t. III, p. 315)

2 Réal. Exposición de motivos. núm. 2 (Locré, t. III, p. 328.)

dos debe el intérprete declararse? Evidentemente, por el del hijo, que es lo que ha hecho la jurisprudencia, aun excediéndose, á nuestro juicio, de sus facultades.

§ II. ¿A QUIEN CORRESPONDE LA PATRIA POTESTAD?

Núm. 1. De los padres.

261. Según el artículo 372, el hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta llegar á la mayor edad, ó emanciparse: y el 273 agrega que, durante el matrimonio, sólo el padre ejerce esa autoridad. El Código reconoce el principio del derecho no escrito, llamando al padre y á la madre, con igual título, á la autoridad que la ley concede, pues al decir que sólo el padre ejerce esa autoridad durante el matrimonio, no ha querido decir que la madre sea extraña á la educación del hijo; no fué la mente de la ley eximirle de un deber que le impone la naturaleza; pero su intervención no es más que moral. Así lo exigía la necesidad de las cosas, toda vez que se necesita unidad en la dirección de la infancia. Por esto, deliberan los padres y resuelven, si están de acuerdo; mas para el caso de disenso, era menester conferir á uno de ellos el poder propiamente dicho, y, por razón natural, el padre, que se halla investido de la potestad marital, debía tener también el ejercicio de la patria potestad.

262. En el derecho antiguo, permitíase que la madre entrara al ejercicio de la patria potestad, aun durante el matrimonio, cuando no podía ejercerla el marido por causa de demencia ó de ausencia (1). El Código Civil reprodujo esa excepción para el caso de ausencia (art. 141), aunque nada dice del de demencia, y de aquí que ocurra cierta duda. Mientras no estuviere incapacitado, el marido conserva el ejercicio de todos sus derechos, y, en consecuen-

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 134.

cia, también el de la patria potestad; mas como de hecho tendrá incapacidad para ejercerla, de hecho también la ejercerá la mujer. Ya se nota, en este punto, un vacío en la ley, porque no es suficiente el hecho: tratándose de ejecutar un acto jurídico que mira á la persona ó los bienes del hijo, es preciso tener derecho para ello, y no le podría tener la madre sino en virtud de una disposición legal que derogara el artículo 373. Con todo, se puede invocar por analogía la disposición del Código, concerniente al consentimiento de los padres para el matrimonio del hijo; esto es, que, hallándose imposibilitado el padre para dar su consentimiento, basta con el de la madre (art. 149), y lo mismo debe tener lugar con relación al ejercicio de la patria potestad. Cuando el padre se encuentra imposibilitado para ejercitarla, es menester que la ejercite la madre, aunque más arreglado habría sido delegarle, en ese caso, la autoridad paterna. Sin embargo, el principio de que esa autoridad corresponde con igual título al padre y á la madre, basta para legitimar la intervención de ésta.

El mismo vacío existe en el caso de interdicción. Conforme al rigor de los principios, tendría que decirse que la interdicción no trae consigo modificación alguna en los efectos del matrimonio, dado que su único objeto es garantizar los intereses pecuniarios del incapacitado. Y aunque es un hecho que éste, en sus intervalos lúcidos, tiene capacidad para todos los actos morales (1), eso no obstante, ¿quién, fuera de esos intervalos, ejercerá la patria potestad? Aquí está el vacío. Si el incapacitado se encuentra en tutela, ¿será el tutor el que ejerza la patria potestad? Tal cosa es inadmisibles, porque la patria potestad no es delegable, y la misión del tutor se limita á la persona y los bienes del incapacitado. Si no es el tutor, deberá ser la mujer quien ejerza aquella potestad, de acuerdo con los

1 Véase el tomo V de estos *Principios*, título "De la Interdicción."

principios que acabamos de asentar. Indudablemente, ello no es regular; y debió haber hecho la ley, para el caso de interdicción, lo que para el de ausencia, esto es, disponer que la madre ejerciera vigilancia sobre sus hijos y los derechos que les corresponden. Empero, dado el silencio del Código, hay que recurrir á la interpretación analógica. Tal es la opinión generalmente seguida. (1)

263. Muerto uno de los padres, el que le sobrevive ejerce la patria potestad. Así lo dice implícitamente el artículo 373 al establecer que sólo el padre ejerce aquella autoridad durante el matrimonio, de donde se sigue que, disuelto éste, la ejercerá la madre. Esto es lo que, efectivamente, dispone el artículo 382 sobre el derecho de corrección. El artículo 381, al restringir los derechos del padre vuelto á casar, supone, además, que le corresponde el ejercicio íntegro y pleno de la patria potestad, si es viudo y no ha vuelto á casarse; mas también dice la ley (art. 390) que después de la disolución del matrimonio, acaecida por la muerte de uno de los cónyuges, pertenece al superviviente la tutela de los hijos menores. Luego á la vez hay tutela y patria potestad, y lo más comunmente, las dos potestades se hallarán reunidas en una misma persona. ¿No es esto una contradicción? El tutor cuida de la persona y los bienes del menor, (art. 450), y también el padre gobierna la persona y administra los bienes del hijo. Además, la tutela y la patria potestad tienen el mismo objeto, son dos autoridades de protección, de dirección. ¿Por qué no se conforma el legislador con la potestad del padre? Porque el hijo que pierde el padre ó la madre, pierde uno de los protectores que la naturaleza le dió, y en ese mismo momento adquiere derechos cuyo ejercicio puede ponerle en conflicto con el superviviente: es él heredero de su padre ó su madre, y el que de estos dos sobreviviere tiene tam-

1 Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 52. En sentido contrario, Demante, t. II, p. 179, núm. 115 bis, y Proudhon, t. II, p. 244.

bién derechos pecuniarios que ejercitar sobre el patrimonio del difunto. En esta oposición de intereses, necesita el hijo nuevas garantías que no necesitaba cuando vivían sus padres, y tales garantías las encuentra en la tutela.

La tutela da al menor garantías que la patria potestad no da al hijo. Desde luego, las facultades del tutor son más limitadas y tiene él menos libertad de acción. Un consejo de familia cuida de su gestión administrativa, y vigila sus actos un segundo tutor (1), además de estar sujeto á la hipoteca legal: medidas de desconfianza que no hay con relación al padre. Durante el matrimonio, es raro que haya intereses encontrados, y cuando los hay, basta el apoyo de los padres para garantizar los intereses de los hijos. Disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los padres, la tutela da al hijo las garantías nuevas á que tiene derecho en virtud de su nueva posición. Ordinariamente, el que sobrevive es tutor, y en tal caso, reúne en su persona la patria potestad y la tutela; ésta viene á limitar la potestad del padre ó de la madre, límites que expondremos en el título "De la Tutela." Como excepción, el superviviente puede no ser tutor, que será cuando se hubiere excusado del cargo ó cuando fuere incapaz para desempeñarle. ¿Conserva entonces la patria potestad? Evidentemente que sí, puesto que reúne dos calidades distintas: la de padre y la de tutor, conservando su calidad de padre, aun cuando no sea tutor. Però ¿de qué manera, se dividen, en ese caso, los poderes entre el tutor y el padre ó madre supervivientes?

La cuestión no ocurre sino en lo que mira á la persona del menor; en cuanto á sus bienes, es indiscutible que el tutor es quien los administra. ¿Cuál es la esencia de la patria potestad en lo relativo á la persona del hijo? Ya lo hemos dicho: la patria potestad es un deber de educación.

1 *Subrogé tuteur*, es un tutor en segundo lugar, á quien nombra el juez de acuerdo con la familia.—N. del C.

Supuesto que el cónyuge superviviente conserva esa potestad, queda por el mismo hecho sujeto á la obligación consiguiente, y así, él será quien se encargue de la educación del hijo. En este sentido se resolvía antiguamente. Denisart dice, en términos enérgicos, que cuando el guardian y el tutor son dos personas distintas, la autoridad del tutor sobre la persona del menor *se eclipsa* durante la guarda por la del custodio (1). El mismo principio debe seguirse bajo el imperio del Código Napoleón; pero como el tutor está igualmente encargado de la persona del menor (art. 450), podría preguntarse si tendría el tribunal facultad para confiar el menor al tutor, con preferencia al superviviente y en el supuesto de que el interés del hijo así lo pida. M. Demolombe contesta que ésta solución podría muy bien parecer razonable, y que tal vez en más de una ocasión habría motivo para seguirla (2). Si se tratara de hacer la ley, no vacilaríamos en conceder esa facultad á los tribunales, por causa de incapacidad del superviviente; porque si para resguardar sus intereses pecuniarios, se organiza la tutela, con mayor razón debe garantizarse un interés mucho mayor, cual es la educación, de la que depende el porvenir del hijo. Pero ¿otorga el Código esa facultad al juez? A nuestro modo de ver, no. No puede decirse que, en este punto, haya un vacío; la ley provee á la educación del menor confiándola al padre ó á la madre. Y en horabuena que la ley prevé mal; pero esto lo que prueba es que debe corregirse. Mas ¿corresponde á los tribunales corregir la ley?

Como el cónyuge superviviente conserva la patria potestad, á pesar de no ser tutor, síguese de aquí que el padre ó la madre, y no el tutor, son quienes tienen los derechos de guarda y corrección (arts. 374 y 375). Sobre esto no ca-

1 Nuevo Denisart, t. IX. *De la guardia noble*, § XII, núm. 4. Demolombe, t. VI, p. 289, núm. 380.

2 Demante admite también la facultad discrecional de los tribunales (*Curso analítico*, t. II, p. 181, núm. 117 bis).

be duda, puesto que no se otorgan esos derechos al padre sino como medios para la educación: y así, el que tiene la obligación legal de educar al hijo, es el que debe tener el poder anejo á esa obligación. La aplicación del principio da lugar á una ligera dificultad. Según el artículo 108, el menor tiene su domicilio en la casa de su tutor, y según el 374, el hijo no puede abandonar la casa sin permiso de su padre: si éste tiene la guarda del hijo, ¿en casa de quién tendrá su domicilio éste último? Contéstasê que le tendrá en la casa de su tutor, como lo quiere el artículo 108, aunque estará obligado á residir en la de su padre, como lo prescribe el artículo 374. Esta es la opinión general, y sobre ella no hay duda alguna (1).

Si el superviviente es tutor y se le ha destituido de la tutela por notoria mala conducta (art. 444), ¿caducará por este hecho su patria potestad, ó puede, cuando menos, despojársele de su ejercicio, ora por el consejo de familia, ora por los tribunales? Más adelante examinaremos esta cuestión.

264. Si el superviviente vuelve á casarse, ¿conserva la patria potestad? La conserva por el mismo hecho de no haber ley que le prive de ella; y agregaremos que tampoco la hay que permita que se le prive. Es indudable que el padre que contrae segundas nupcias conserva la patria potestad. El artículo 380 solamente restringe su facultad de corrección, facultad que ya no puede ejercer por vía de autoridad; pero la excepción confirma la regla. Aunque el padre haya vuelto á casarse, conserva, pues, con aquella restricción, la patria potestad en toda su plenitud.

La madre conserva también la patria potestad; pero la ley le impone restricciones más importantes, pues ya no tiene, en su calidad de madre, derecho de conservar á su lado á sus hijos de primer matrimonio (art. 381); en este

1 Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 139, sobre el artículo 374.

caso, no puede ejercer la facultad correccional, sino cuando es tutora y con arreglo al artículo 468. Privada del medio que da la ley al que ejerce la patria potestad para poder cumplir con el deber de educación, ¿no hay que inferir que ya no tiene ella ese deber? La ley la priva del usufructo legal (art. 386), es decir, de la recompensa que concede al que tiene á su cargo la educación y la administración de los bienes: si, pues, se priva de esa ventaja á la madre, ¿no debe inferirse que ya no tiene sobre sí la carga? No deja de ser madre, y está en el deber de cumplir las obligaciones que le impone la naturaleza, á menos que la ley la exonere de ellas, cosa que no hace. Es un hecho que la ley coloca á la madre que vuelve á casarse en una situación muy ilógica, al dejarle la carga, ó mejor dicho, el deber de educación, y quitarle á la vez la facultad necesaria para satisfacer ese deber. Esto es inconsecuencia, pero la inconsecuencia de la ley no nos autoriza para corregirla y hacerla de nuevo; y equivaldría á hacerla, establecer contra la madre una caducidad que ningún texto legal establece.

265. Cuando la madre que se vuelve á casar es mantenida en la tutela, ninguna duda surge de la aplicación de estos principios. Sabido es que la madre tutora que quiere casarse por segunda vez debe convocar al consejo de familia, el cual es llamado á deliberar sobre si se la mantendrá en el ejercicio de la tutela (art. 395). Cuando el consejo mantiene á la madre en la tutela, reúne ella los dos poderes después de su matrimonio, como en su estado de viudez. Pero ¿qué tendremos que decir del caso en que no se la conserve en el ejercicio de la tutela? Esta cuestión está controvertida. Nosotros creemos que la madre conserva la patria potestad sobre la persona del hijo, y que únicamente la administración de los bienes pasa al tutor. En principio, esto ni siquiera da lugar á duda. Lo que origina controversias es el punto de si el consejo de familia

puede confiar al tutor la guarda y educación de los hijos. A nuestro juicio, carece de esa facultad. La madre tutora que se casa por segunda vez reúne dos calidades: la patria potestad y la tutela; y si la ley permite al consejo de familia que la prive de la tutela, no le autoriza para privarla de la patria potestad. Esto resuelve la cuestión. En vano se objeta que, según el artículo 450, el tutor cuida de la persona del menor: esta disposición supone que la tutela existe sola, y no tiene aplicación, cuando, con el tutor, queda la madre superviviente. En este caso, la tutela no absorbe la patria potestad, pues sería necesario un texto legal en forma para que el consejo de familia tuviese facultad de despojar á la madre de un derecho que al mismo tiempo y antes que todo es un deber (1).

La jurisprudencia se ha resuelto por la opinión contraria, admitiendo que la guarda y educación del hijo pueden confiarse al tutor, siempre que así lo exija el mayor interés del menor (2). Esto, en definitiva, es dar á los tribunales un poder discrecional, como lo quiere M. Demolombe (3), y con él creemos que ese es el verdadero principio; pero ¿le ha reconocido el Código Napoleón? Ciertamente es que la ley no da esa facultad ni al consejo de familia ni al tribunal; y esto, en nuestro concepto, es decisivo. Es distinta la cuestión de si la madre puede ser destituida de la patria potestad en caso de notoria mala conducta, cuestión que más adelante examinaremos. Por de pronto, suponemos que no hay mala conducta notoria, pero que el consejo de familia, por razones particulares, no mantiene á la madre en el ejercicio de la tutela: ¿puede admitirse que el consejo esté facultado para arrebatar á la madre la patria

1 Poitiers, 15 de Febrero de 1811 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 394, 1^o). Véanse, en sentido contrario, las sentencias de Bruselas, 28 de Enero de 1824 (Daloz, *ibid.*, núm. 304, 2^o); de Colmar, 29 de Agosto de 1832, y de Lyon, 5 de Abril de 1847 (Daloz, *ibid.*, núm. 395).

2 Bastia, 31 de Agosto de 1826 (Daloz, palabra *Minoridad*, núm. 734). Compárese la sentencia de París, 9 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 247).

3 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 294, núm. 390.

potestad, cuando ninguna disposición de la ley le autoriza para ello? Por nuestra parte, no opinamos así, ya que las facultades del consejo de familia son limitadas, por no tener otras que las que la ley le otorga. Esto debe tener lugar, sobre todo, cuando se trata de la patria potestad que es de orden público. Aun los tribunales no pueden, á nuestro juicio, atentar contra ella en manera alguna.

266. Un solo caso hay en que el consejo de familia podría limitar el ejercicio de la patria potestad, cuando la madre tutora vuelve á casarse. Si el consejo la mantiene en el ejercicio de la tutela, puede imponer límites y garantías especiales en lo concerniente á la administración de los bienes, y para ello tenemos una disposición legal expresa. El mismo consejo de familia puede privar á la madre del ejercicio de la tutela, ó sea de la administración de los bienes; con mayor razón puede limitar los derechos de la madre. Este es el caso de decir: Quien puede lo más, puede lo menos. Tal es también la opinión general (1).

Núm. 2. De los ascendientes.

267. ¿Tienen los ascendientes la patria potestad, ó en alguna manera participan de ella? Acerca de este punto, hay una singular confusión en los autores. Admiten dos clases de patria potestad: una que corresponde al padre y á la madre, y otra común á todos los ascendientes (2). Hay algunos que de esto deducen la extraña consecuencia de que la patria potestad dura toda la vida del que la ejerce (3). El Código Civil no conoce este lenguaje ni estas ideas, á pesar de ser tan claro como es posible. El art. 372 dice que el hijo está bajo la autoridad de sus padres y que en ella permanece hasta la mayor edad ó hasta su emancipación. Según el art. 373, sólo el padre ejerce esa au-

1 Dalloz, *Repertorio*, palabra *Minoridad*, núms. 394 y 395.

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VI, p. 214, núm. 270.

3 Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 164, núm. 110.

toridad durante el matrimonio. En seguida vienen las disposiciones sobre el derecho de guarda y de corrección, y en esas disposiciones no se trata más que de los padres. En todo el título IX, la palabra *ascendiente* ni siquiera aparece escrita. Esto es decisivo.

¿Cuál es, pues, el sentido en que se admite que los ascendientes tengan una especie de patria potestad? Se confunden con esta potestad disposiciones que nada tienen que ver con la autoridad que la ley da á los padres, y hay que confesarlo, la confusión sube hasta á los mismos autores del Código Civil. Réal, en la Exposición de motivos, atribuye á la patria potestad el consentimiento que los ascendientes están llamados á dar para el matrimonio de sus descendientes menores, así como las disposiciones sobre la reserva y la cuota disponible (1). Los autores han ido más allá: donde quiera que han encontrado un derecho otorgado á los ascendientes, han concluido de allí que éstos participan de la patria potestad (2). Nosotros les opondremos los textos del Código, que dan un mentís á esa falsa teoría.

¿Es efecto de la patria potestad el consentimiento que otorgan los ascendientes para el matrimonio? No; porque por una parte, mientras los hijos son menores, deben tener el consentimiento, no sólo de sus ascendientes, sino aun del consejo de familia; y ¿podrá inferirse de aquí que el consejo de familia tiene el ejercicio de la patria potestad? Por otra parte, los hijos de familia no pueden casarse, sino hasta los veinticinco años, sin el consentimiento de los ascendientes, cuyo consejo están obligados siempre á recabar. ¿Quiere decir esto que la patria potestad dura toda la vida? El Código dice lo contrario, esto es, que los mayores de edad no están ya bajo la autoridad de sus pa-

1 Réal, Exposición de motivos, núm. 7 (Loché, t. III, p. 331).

2 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, (t. VI, p. 219 y sig. núms. 279 y 286)

dres, y así, el consentimiento y el consejo que la ley exige, no se deben á la patria potestad.

Los ascendientes pueden oponerse al matrimonio de sus descendientes, y, en ciertos casos, demandar su nulidad: ¿se ha de atribuir este derecho á la patria potestad, como lo hace M. Demolombe? Los colaterales tienen también el derecho de oposición y el de promover la nulidad: ¿se deducirá de aquí que tienen la patria potestad? A ese paso, ¡también el Ministerio público lo tendría!

Los descendientes deben dar alimentos á sus ascendientes. ¿Cómo se puede ver en la deuda de alimentos un efecto de la patria potestad, cuando el Código impone esa obligación á los yernos y á las entenadas?

El Código exige el consentimiento de los ascendientes para el divorcio por consentimiento mutuo; y en verdad que esto no es efecto de la patria potestad, puesto que, hallándose emancipados por el matrimonio, no por esto se hallan los cónyuges libres de toda autoridad.

La tutela de los hijos menores se confiere á los ascendientes, como también puede conferirse á colaterales y á extraños, aún de preferencia á los ascendientes: prueba evidente de que nada tiene que ver en ello la patria potestad.

Los ascendientes pueden aceptar la donaciones hechas á su descendiente menor: ¿es esto efecto de la patria potestad? Que se lea el artículo 935, y se verá en él que los ascendientes tienen ese derecho, aun en vida de los padres. ¡Habría, pues, que decir que los ascendientes tienen la patria potestad, aun viviendo los padres!

Los hijos tienen un derecho de reserva en la sucesión de sus ascendientes, y éstos le tienen en la de sus descendientes: ¿es por efecto de la patria potestad? ¡Singular derecho sería el que arrebatase al ascendiente la libre disposición de su patrimonio!

Concluyamos, con Proudhon y con la Corte de Nîmes, que nunca los ascendientes tienen la patria potestad (1).

268. Si la cuestión fuese únicamente de doctrina, no valdría la pena insistir en demostrar lo que se halla escrito en nuestras leyes, ó sea que no hay dos clases de patria potestad, sino una sola, que exclusivamente corresponde á los padres. Pero ideas falsas conducen siempre á consecuencias también falsas. Se ha preguntado si sólo el padre superviviente era el que tenía el ejercicio de la patria potestad, ó si podían los ascendientes intervenir en ella; y nos admira que la jurisprudencia se encuentre dividida en una cuestión como esa. ¿Acaso no incumbe ejercer una autoridad á aquel á quien se la concede la ley? Y ¿con qué derecho se habían de inmiscuir en el ejercicio de la patria potestad los que ninguna autoridad legal tienen? ¿No conduciría ello á alterar, sin título de ninguna especie, una potestad de orden público? ¿No es necesaria una ley para limitar una potestad que se ha organizado por un interés social? Pues bien, ninguna ley da, directa ni indirectamente, á los ascendientes derecho de intervenir entre el padre y el hijo; y esto basta para resolver la dificultad. Desde el punto de vista de los principios, ni sombra de duda hay. ¿Qué es la patria potestad? El derecho de educación, ó, por mejor decir, el deber que tienen los padres de educar á sus hijos. ¿A quién impone la ley ese deber? A los cónyuges (art. 203). Si los ascendientes no tienen el deber de educación, ¿cómo habían de tener los derechos que la ley no concede sino en razón de tal deber y como medio de cumplirle? Así lo resolvió la Corte de Nîmes en la sentencia que acabamos de citar, tratándose de un caso en que el ascendiente segundo era el tutor del menor. Con motivo de ciertas diferencias que surgieron entre el abuelo y el padre, éste negó al ascendiente, segundo tutor, la fa-

1 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*. t. II, p. 335. Nîmes, 10 de Junio de 1825 (Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 54).

cultad de ver á sus nietos, y el tribunal de primera instancia dió la razón al abuelo, apoyándose en el derecho natural, que permite á los abuelos que vean á sus nietos para prodigarles sus cuidados y buscar con su compañía consuelo en sus aflicciones. La sentencia agregaba que, en vista del silencio ó de la insuficiencia de la ley, el juez debía suplir esas deficiencias aplicando las reglas del derecho natural. Es indudable que sí, cuando en realidad sea insuficiente la ley, ó nada contenga sobre el punto de que se trate; pero ¿hay insuficiencia ó silencio de su parte, en el caso á que nos referimos? Solamente el padre, contesta la Corte de Nîmes, tiene la patria potestad, jamás los ascendientes; y ¿tendría el abuelo, como segundo tutor, un derecho que no se deriva de su calidad de ascendiente? Basta leer los artículos del Código Civil sobre la tutela en segundo lugar ó segunda tutela, para convencerse de que nada tiene que ver con el ejercicio de la patria potestad (1).

La misma resolución pronunció la Corte de Grenoble en un caso, al parecer, más favorable aun al abuelo. Antes de volverse á casar la madre, se había obligado con el abuelo paterno á consentir que viese á los hijos, á dejarlos salir con él cuando quisiera, á enviárselos cada año á su casa al mediar las vacaciones escolares, á tomarle parecer sobre la manera más conveniente de educarlos, así como sobre la carrera que deberían abrazar, á no determinar nada en este punto sin su acuerdo y, en el caso de disentir, á acatar lo que resolviese el consejo de familia. ¿Qué valor tenían todas aquellas promesas? Si se las consideraba como obligatorias, resultaba que ya no era íntegra la potestad de la madre. Y ¿puede modificarse, en virtud de convenios privados, el ejercicio de la patria potestad, que es de orden público? Basta proponer la cuestión para resolverlo. El artículo 6^o prescribe la nulidad de tales modificaciones, que

1 Véase, en el mismo sentido, una sentencia de París, 21 de Abril de 1853 (Dalloz, 1854, 5. 622).

el Código no permite ni aun en el contrato de matrimonio, el más favorable de todos los contratos (art. 1388). Aquellos compromisos de la madre no podían tener más que un valor moral, dijo la Corte de Grenoble; ningún otro, á los ojos de la ley, tenían. Recurrida la sentencia, la sostuvo la Corte de Casación (1).

269. Hay sentencias en sentido contrario. M. Demolombe, que está por esta opinión, hace valer ciertas consideraciones morales. El ejercicio absoluto de la patria potestad, dice, sería de un rigor excesivo; sería infinitamente ofensivo para el abuelo y muy doloroso para el hijo mismo. Y, para dar apariencia jurídica á semejantes motivos, el mismo M. Demolombe se acoge al artículo 4º del Código Civil y á los derechos que la ley reconoce á los abuelos, derechos que ya hemos mencionado; pero ningún valor tiene este color jurídico. ¿Qué relación existe entre el derecho de otorgar su consentimiento para el matrimonio y el pretendido derecho de intervenir en el ejercicio de la patria potestad? Y ¿puede ser el caso de insuficiencia ó silencio de la ley cuando ella ha hablado? Quedan en pie las razones morales. Podríamos dispensarnos de contestar, ya que esas razones van dirigidas al legislador. Pero como en esta materia se está en disposición de referirse á la facultad discrecional de los tribunales, aduciremos la notable respuesta que la Corte de Burdeos dió á esa manera cómoda de sanjar las dificultades.

Comienza la Corte por recordar los principios relativos á la patria potestad: la naturaleza es la que ha colocado á los hijos bajo la autoridad de sus padres, pues la ley no ha hecho más que conformarse con lo que la naturaleza exige. ¿Puede el juez intervenir en esas relaciones? No, dice la Corte, como no se trate de uno de tantos abusos monstruosos que no ha debido prever el legislador. El Código mis-

1 Grenoble, 11 de Agosto de 1854 (Daloz, 1855, 2, 91), y Corte de Casación, 5 de Mayo de 1855 (Daloz, 1855, 1, 312).

mo nos lo dice implícitamente, al encomendar á los magistrados que cuiden de la suerte de los hijos cuando se disuelve el matrimonio por el divorcio. Esta es una excepción, y la excepción confirma la regla. ¿Pueden los ascendientes pedir que se limite la autoridad de los padres? A la verdad, los ascendientes tienen ciertos derechos que les da la ley, de acuerdo con la naturaleza, pero tan sólo después de muertos los padres, ó cuando se hallan imposibilitados para manifestar su voluntad; porque, viviendo aun, la ley no concede á los ascendientes autoridad alguna sobre los hijos, y con razón. Permitirles que interviniesen, habría sido embarazar, digamos mejor, habría sido destrozar la autoridad paterna al dividirla; y si el legislador no quiere ni que se la divida en favor de la madre, ¿había de autorizar á los ascendientes para que la dividieran! Se dice que esto tiene lugar por interés de los hijos; ¿y podrían éstos tener alguno en que hubiese colisiones entre sus padres y sus abuelos? Indudablemente es de desear que lejos de relajarse los vínculos de cariño formados por la naturaleza entre los ascendientes y sus nietos, se fortalezcan; pero si de hecho surge algún conflicto, solamente el padre ó la madre deben ser en él los jueces. La ley no da acción alguna, y no debe darla, á los abuelos. El padre puede tener razones fundadas para evitar todo contacto entre los hijos y sus abuelos por temor ó de que éstos les inculquen malos principios, ó de que hagan rebajar el respeto y el cariño que le son debidos, y á nadie tiene que dar cuenta de sus motivos, los cuales pueden ser tan íntimos que la honra de la familia exija mantenerlos en reserva. ¿Se dirá que el juez habrá de ser el árbitro entre el abuelo y el padre? La Corte de Burdeos contesta que «la intervención de los tribunales traería la consecuencia de que las discusiones de la familia fuesen más profundas, entregándolas á la publicidad» (1).

1 Burdeos, 13 de junio de 1860 (Daloz, 1861, 2. 92).

¿No fué demasiado lejos la Corte de Burdeos al resolver que el padre puede prohibir toda clase de relaciones entre el hijo y su abuelo, sin quedar obligado á dar cuenta de sus motivos? No lo creemos: la necesidad de motivar su conducta implicaría un derecho de censura para la autoridad judicial, y no vemos en qué descansaría ese derecho. Sin embargo, la Corte casó una sentencia de Montpellier, que asentó el principio del poder absoluto de los padres; pero en vano buscamos en la sentencia de la Corte Suprema motivos jurídicos, pues no encontramos sino afirmaciones. “El legislador no entendió que la patria potestad fuese absoluta, sin estar sujeta á revisión.” Dígnese decirnos dónde ha manifestado el legislador esa intención de limitar y revisar la autoridad de los padres. “Entre los hijos y sus ascendientes hay una reciprocidad de derechos y obligaciones que no podrían ser sacrificados por completo á la patria potestad, sin razones imperiosas cuyo único y soberano juez no lo es el padre; de modo que, en esta materia, como en cualquier otra, se permite ocurrir á la autoridad judicial pidiéndole que examine si ha habido abuso ó exageración en el ejercicio de la patria potestad, y si debe reducirla á los límites del derecho.” (1) Esto no es más que pura teoría, y comprenderíamos semejante lenguaje en los labios del legislador, no en los del intérprete.

La Corte de Casación no cita disposición ninguna, y por una razón suprema: porque no hay una sola en favor del ascendiente. En las resoluciones de los tribunales y las cortes de apelación, se cita el artículo 371; pero, cosa notable, ese artículo depone contra los que le invocan, cuando establece: “El hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar á sus padres.” Por cierto que si hay una disposición del título IX que hubiese debido aplicarse á

1 Sentencia de casación, 8 de Julio de 1857 (Dalloz, 1857, 1, 273).

los ascendientes, es ésta; y, sin embargo, el legislador la limita expresamente á los padres. En vano la Corte de París dice que ese artículo debe extenderse á los abuelos paternos y maternos; porque no se extienden obligaciones legales. No es que el hijo no deba respetar á sus abuelos, sino que ese respeto no es más que un deber moral. (1)

§ III. DE LOS DERECHOS INHERENTES Á LA PATRIA
POTESTAD.

Núm. 1. Derechos morales.

270. El artículo 371 prescribe que "el hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar á sus padres:" ¿establece esta disposición una obligación jurídica? ¿Y qué consecuencias se derivan de ella? Por su naturaleza, este deber es evidentemente un deber moral, de lo cual hay una prueba decisiva: el artículo 371 reproduce un precepto del Decálogo, es decir, una máxima al mismo tiempo moral y religiosa. Pothier había observado que, en los países de derecho no escrito, la patria potestad no consistía más que en el derecho de gobernar y administrar con autoridad la persona y los bienes de los hijos, y exigir de ellos ciertos deberes de respeto y gratitud. (2) Tal es la fuente de nuestro artículo.

En el Consejo de Estado, dijo Béranger que debía suprimirse el artículo 371, por no contener disposición alguna legislativa; pero Boulay contestó que se había juzgado útil colocar á la cabeza del título las obligaciones que impone la calidad de hijo, á la manera que en el título "Del Matrimonio" figura un artículo que describe de nuevo los deberes de los cónyuges. Bigot-Préameneu agregó que

¹ París, 27 de Junio de 1867 (Dalloz, 1867, 5, 348). Véanse, en igual sentido, las sentencias de Burdeos, 16 de Julio de 1867 (Dalloz, 1868, 5, 340), y de Nancy, 28 de Mayo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 176).

² Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 130.

dicho artículo contenía principios, cuyas consecuencias los demás no hacían más que desenvolver, y que, por otra parte, en muchos casos vendría á servir de apoyo á los jueces (1). Fácil sería demostrar que las observaciones de Boulay y de Bigot-Prémeneu no destruían la objeción de Bérenger; pero nos parece inútil seguir adelante en un punto que más concierne al legislador que al intérprete. Hay una observación de Bigot-Prémeneu, que sí merece nuestra atención. Según él, el artículo servirá al juez de apoyo: ¿qué quiere decir con esto? ¿Podrían los tribunales autorizarse con una disposición tan vaga para normar las relaciones jurídicas de los padres y los hijos? Parece que así lo cree Demante. El legislador, dice, prescribe á los hijos que conformen sus actos externos á los sentimientos de respeto y honor que les exige tengan para con los autores de sus días; y con esto faculta á los magistrados para que impidan y repriman las infracciones. Si se tomase esta doctrina al pié de la letra, tendrían los tribunales una facultad discrecional; pero el mismo Demante retrocede ante las consecuencias de ese pretendido principio, y le restringe á la materia criminal, ajena á nuestro propósito; no cree que pueda haber quien utilice ese principio en lo civil. (2).

Los autores se ven en grandes apuros para dar con una significación jurídica del artículo 371. Demolombe dice que el mismo legislador dedujo de ese artículo consecuencias prácticas y positivas (3). ¿Cuáles son esas consecuencias? Quiérese atribuir al respeto que deben los hijos á sus ascendientes, la deuda de alimentos á que la ley los obliga; pero ya hemos visto cómo nada tiene que ver esa obligación con la patria potestad. Y lo mismo acontece respec-

1 Sesión del Consejo de Estado, del 8 Vendimiario, año XI, núm. 3 (Locré, t. III, p. 318).

2 Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 176, núm. 113 y 113 bis.

3 Demolombe, *Curso de Código Napoleón*, t. VII, p. 217, núm. 275.

to del consentimiento que necesitan los hijos en asuntos de matrimonio, divorcio y adopción (1).

En Francia se resolvió que el hijo acreedor de su padre no podía solicitar el arresto contra él: lo cual es muy dudoso. La ley de 17 de Abril de 1832 (art. 19) hizo terminar la controversia, sancionando esa prohibición; pero no puede decirse que haya en ello una aplicación del artículo 371, puesto que la ley prohíbe también que se decrete el arresto á favor del marido ó la mujer, de los ascendientes y de los hermanos y hermanas del deudor (2).

Proudhon dice que del artículo 371 resulta que el hijo no puede ejercitar contra sus padres acción alguna que tienda á deshonrarlos, porque no podría tener un derecho contrario á la obligación que la ley le impone. Esto es ir demasiado lejos, dice M. Valette. La ley misma da al hijo el derecho de obtener reparaciones civiles en razón de un robo consumado por sus padres contra él (C. Pen., art. 380) (3). En términos generales, el que usa de un derecho no hace mal á nadie. Y para impedir el ejercicio judicial de un derecho, sería necesaria una disposición formal de la ley, porque tal cosa importaría la derogación de una regla, base del orden social. Encontramos en la Jurisprudencia una resolución que está en armonía con esa doctrina, severa pero jurídica. Asiste un hijo á un consejo de familia como hermano del menor, y el consejo dispone la destitución del padre tutor: deliberación cuya nulidad se demanda con fundamento en el artículo 371. La Corte de Metz resolvió que, por un sentimiento de conveniencia, acaso habría debido el hijo abstenerse de tomar parte en una deliberación cuyo resultado había sido la destitución de su padre como administrador de los bienes de sus hi-

1 Dalloz, palabra *Patría Potestad*, núm. 20.

2 Dalloz, palabra *Minoridad*, núm. 734. Demolombe, t. VI, p. 217, núm. 276. La ley belga de 21 de Marzo de 1859 contiene una disposición análoga (art. 24), más extensa todavía que la disposición de la ley francesa.

3 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 238, y la nota de Valette.

jos; pero no es posible aseverar, agrega la sentencia, que haya habido irreverencia en hacer lo que la ley ordena; y el hijo debía ser miembro del consejo por razón de su grado de parentesco. Así es que no hizo más que obedecer á la ley. Recurrido el fallo, fué sostenido en casación (1).

En suma: no hay consecuencia jurídica de ninguna especie que se derive directamente del artículo 371. He aquí por qué colocamos las obligaciones que él impone á los hijos entre las obligaciones morales.

Núm. 2. Derecho de guarda.

271. El hijo, dice el artículo 374, no puede abandonar la casa paterna sin permiso de su padre. Esto es lo que se llama derecho de guarda, y es de toda evidencia que le necesita el padre para poder cumplir con su deber de educación. Siguese de aquí, dice Pothier, que el hijo sujeto á patria potestad, no puede abrazar ningún estado, hacerse novicio ni entrar en religión, contra el consentimiento de sus padres. Antiguamente se resolvió así contra los jesuitas, los fuldenses y los capuchinos; y aquellas resoluciones, agrega Pothier, estaban fundadas en una razón poderosa. El estado religioso no es más que de consejo evangélico; y es evidente que no puede practicarse un consejo evangélico violándose un precepto como el de la obediencia á los padres, que nos impone el cuarto mandamiento de Dios. Por otra parte, la profesión religiosa, aunque buena en sí, no para todos es conveniente, por no estar llamados todos á ese estado. Ahora bien: se presume que los padres, para juzgar si sus hijos tienen ó no vocación para el referido estado, se encuentran en mejores condiciones que los hijos mismos, quienes, no habiendo llegado

1 Sentencia de 16 de Diciembre de 1829 (Daloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 78, p. 577).

aun á la edad madura, no son capaces de juzgar sobre el estado que les conviene (1).

Si trascribimos estas reflexiones tan evidentes como sabias, es porque en Bélgica y en Francia se predica á las jóvenes una doctrina contraria subversiva de toda autoridad paterna. Hemos oído á una de esas pobres hijas extraviadas repetir los consejos recibidos del confesor. Indudablemente, decía ella hay que obedecer á los padres, pero ante todo, hay que obedecer á Dios, por ser el primero de los mandamientos y el que supera á los demás. Pues bien, no hay para qué decir que Dios es el religioso que se sienta en el confesionario á persuadir á sus penitentes de que tienen vocación y están llamados á vivir vida de ángeles en un convento, y deben obedecer á Dios antes que á los hombres. ¡He aquí un ejemplo de la funesta influencia que un clero educado en el fanatismo ultramontano ejerce en la juventud! El Estado ha abdicado sus derechos; y las personas de Iglesia abusan de la libertad de que gozan para arruinar los fundamentos del orden social (2).

272. ¿Cuál es la sanción del art. 374? En verdad que si el hijo abandona la casa paterna sin permiso de su padre, éste puede ocurrir á la autoridad para obligarle á que vuelva, empleando, si fuere necesario, la fuerza pública. En vano se invocarían los principios relativos á las obligaciones pecuniarias: sin duda alguna, un acreedor no puede obligar á su deudor á que haga lo que no quiere hacer, y menos aun puede pedir que se le apremie con el arresto, fuera de los casos previstos por la ley. Pero aquí no se trata de relaciones entre acreedor y deudor, ni de la libertad individual: se trata de sancionar un derecho establecido por el interés mismo del hijo; mas el que á éste

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 131.

2 Con el respeto que el Autor merece, diremos que éste es uno de tantos cargos gratuitos y calumniosos que á la Iglesia se hacen. *N. del C.*

corresponde, consiste en ser educado, y para que pueda serlo, es menester que se halle bajo la guarda del padre.

Pregúntase cuál es la autoridad á que debe ocurrir el padre. Solamente los tribunales tienen facultad para requerir la fuerza pública, y su intervención es, por otra parte, necesaria para proteger la libertad del hijo, cuando hubiere llegado á la mayor edad. Una sentencia de la Corte de Lieja resolvió que el padre debía ocurrir al Ministerio público (1); pero no nos explicamos esta resolución, pues no es el caso de delito, y así, no tiene facultad el Ministerio público para promover. El padre pide que se obligue á la ejecución de un derecho en materia civil; por lo mismo, debe ejercitar su acción ante los tribunales del orden civil. Algunos autores enseñan que el presidente puede expedir la orden de aprehensión, invocando aquellos como fundamento los artículos 376 y 377, que confieren esa facultad al presidente cuando el padre quiere hacer detener á su hijo (2). Nos parece que esto es confundir dos casos esencialmente distintos. Cuando el hijo ha abandonado el domicilio del padre sin su permiso, no se trata de aprehenderle, es decir, de privarle de su libertad encerrándole en una casa de corrección, sino únicamente de obligarle á volver á la casa paterna, por medio de la fuerza pública, si necesario fuere. Ahora bien: para ordenar al hijo que vuelva allí, es necesaria una resolución judicial, y esa resolución es la que habrá de ejecutarse como cualquier otra, con intervención de la autoridad pública, si lo exige el caso (3)

273. El artículo 374 admite una excepción del derecho de guarda, y es que, á los diez y ocho años cumplidos, puede el hijo separarse de la casa paterna por alistamiento voluntario en el ejército. En Francia, la ley de 21 de

1 Lieja, 12 de Abril de 1842 (Daloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 26).

2 Demolombe. *Curso de Código Napoleón*, t. VI, 236, núm. 308.

3 Ducaurroy, Bonier y Roustain, *Comentario del Código Civil*, t. I, p. 389, núm. 550.

Marzo de 1822 (art. 32) extendió á los veinte años la edad fijada por el Código Civil. Tanto montaba conservar la regla general de la mayor edad ordinaria. Decimos más: el legislador debió haberlo hecho. La disposición viene del derecho antiguo, y Pothier la justifica diciendo que el interés público está sobre el particular de la patria potestad (1). Esta no es buena razón, porque también la patria potestad es de orden público. Bourjon dice que los hijos pertenecen al Estado más que al padre (2), lo cual es exacto, en cuanto á que el Estado tiene mayor interés en que sean bien educados, y tal interés le da la facultad y le impone la obligación de cuidar que la educación paterna llene su objeto. Lejos de embarazar y disminuir esa potestad, debe auxiliarla. Ahora bien: ¿quién es el que no ve que al autorizar al hijo menor para que se aliste en el ejército, la ley destroza la autoridad del padre? El hijo rebelde no tiene más que amenazar al padre con que va á sentar plaza de soldado, para que ceda éste, porque el principal temor de los padres es que sus hijos entren en el servicio militar. Así son nuestras costumbres: son pacíficas, y sería de desear que este espíritu se difundiese más y más en las naciones. La guerra no tiene ya razón de ser sino como defensa de la patria y de la libertad; y, cuando una nación se encuentra en una de esas circunstancias excepcionales, en que se halla comprometido cuanto el hombre tiene de más caro, entonces comprendemos que apele á todos los sacrificios, sin distinción de edad. Pero en las circunstancias ordinarias y normales, no podría quedar justificada la excepción que admiten los autores del Código Civil. La única razón que se dió en el Consejo de Estado fué la de que era necesario favorecer el reclutamiento voluntario. Bien está; pero hay un interés mayor que el del reclutamiento, y es la educación intelectual y

1 Pothier, Tratado del estado de las personas, núm. 131.

2 Bourjon, *El Derecho común de Francia*, t. I. p. 34 (art. 19).

moral de las generaciones jóvenes, esperanza del porvenir. Esa educación debería constituir el objeto de la mayor preocupación para el legislador (1).

274. Posible es que el hijo se separe de la casa paterna por el maltrato que recibe en ella. La Corte de Caen falló que no correspondía al hijo hacerse justicia por sí mismo, y que si tenía razones para quejarse, debía ocurrir á los tribunales y pedir que se le autorizara para retirarse al lugar que se le designara por los magistrados (2). Se puede preguntar si realmente el juez tiene esa facultad. Autorizar al hijo para dejar la casa paterna, ¿no es poner al padre en la imposibilidad de cumplir con el deber de educación que tiene? ¿no es acabar con la patria potestad? No; el padre que maltrata á su hijo no ejerce la autoridad que la ley le otorga, sino que abusa de ella; y si la ley obliga al hijo á que resida en la casa de su padre, es para que éste pueda cumplir con su deber; mas el padre que, en vez de educar al hijo, le sujeta á malos tratamientos, quebranta ese deber. Por tanto, los tribunales tienen facultad para intervenir en favor del hijo, sin declarar caduca la autoridad del padre, quien la conserva y podrá siempre dirigir la educación de su hijo, sino únicamente poniéndole en la imposibilidad de maltratarle. La patria potestad es ante todo un deber, y puede la justicia intervenir para asegurar su cumplimiento, ora obligando al hijo á que vuelva á la casa paterna, ora facultándole para que la abandone.

Núm. 3. Poder de corrección.

275. El derecho de educación implica el poder de corrección; pero ¿hasta dónde se extiende ese poder? El Código Civil guarda silencio sobre este punto. La cuestión depende del estado de las costumbres y de la civilización.

1 Sesión del Consejo de Estado, del 8 Vendimiario, año XI, núm. 8 (Loché, t. III, p. 319).

2 Caen, 31 de Diciembre de 1811 (Daloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 26)

Suele negarse el progreso moral, pero no se negará el progreso de los sentimientos humanitarios, lo cual es fácil comprobar comparando nuestras antiguas costumbres con nuestro derecho moderno. En una ley del país de Lieja se lee: "Los padres pueden corregir y *golpear* á sus hijos, sin estar sujetos á ninguna multa judicial, sino en el caso de heridas" (1). Esta ley es un testimonio de la barbarie de nuestros antepasados; era bárbaro el derecho, porque las costumbres eran incultas. En nuestros días prohibimos á los institutores que golpéen á los niños cuya educación se les confía; con mucha mayor razón hay que decir que los padres no deben entregarse á actos de brutalidad, que embrutecen á los hijos en lugar de moralizarlos. Ya en el siglo anterior se levantó la voz del Ministerio público, órgano de la sociedad, contra los padres que abusaban de su autoridad. Oigamos al Abogado General Talon: "Los padres que ejercen la bondad con sus hijos son entonces jueces soberanos; pero cuando ejercen su justicia castigándolos, su poder está sometido á los jueces, quienes deben juzgar de sus determinaciones." En la requisitoria del Abogado general De Galissane se lee: "Si debe cuidarse de destruir la autoridad paterna, también debe cuidarse de destruir la tiranía." Suele hacerse una distinción injuriosa entre las clases superiores y las inferiores, y decirse que son necesarios los castigos para educar á niños incultos que sólo á golpes obedecen; pero con esto se calumnia á la naturaleza, contesta De Galissane. "En la clase menesterosa, los matrimonios son más castos, las familias viven más unidas, los vínculos de la sangre son más venerados, más obedecida la naturaleza, más grato de pronunciar el dulce nombre de padre" (2).

Bajo el imperio de nuestras nuevas leyes, se ha preten-

1 Paz de San Jacobo, art. 27, § 6 (Merlin, *Repertorio*, palabra *Patria Potestad*, sec. III, § I, núm. 2, p. 42).

2 Merlin, *Repertorio*, palabra *Patria Potestad*, sec. II, I, núm. 1, ps. 40 y 42.

vido que el poder doméstico de los padres no estaba sujeto á ninguna apelación. Una madre, condenada a cinco años de trabajos forzados y á la argolla por haber usado de sevicia, varias ocasiones, en un niño de seis años, interpuso casación. La demandante ó su abogado se atrevió á invocar el derecho romano, que daba derecho de vida y muerte al padre, invocando, además, la naturaleza, que había puesto en manos de los padres el poder de corregir y castigar á sus hijos. La Corte de Casación opuso á esta tan extraña doctrina los sentimientos y principios de la humanidad moderna. "Si la naturaleza, dijo la Corte, y las leyes civiles dan á los padres autoridad de corrección sobre sus hijos, no les confieren el derecho de que ejerzan en ellos violencias que pongan en peligro su vida ó su salud." La Corte agrega que no podría aceptarse semejante derecho, sobre todo respecto de los hijos que en la debilidad de los primeros años, nunca pueden ser culpables de faltas graves (1). Estas palabras implican una restricción que no podríamos admitir. Aun cuando el hijo fuese adolescente y graves sus faltas, no tendría derecho el padre para aplicarle castigos corporales. No le tiene, porque la ley no se le otorga, y verdad es que tampoco le ha recibido de la naturaleza. Nuestras leyes prohíben los golpes, aun tratándose de los galeotes; ¡y habían de permitirlos para un niño! El padre no tiene más que un derecho de educación, y quien dice educación, excluye los castigos corporales. Vamos á ver cuál es el único castigo legal que el Código Civil admite como sanción del deber de educación: es el derecho de detención. La extensión de ese derecho varía según que le ejerza el padre ó la madre.

1 Sentencia de casación, 17 de Diciembre de 1819 (Daloz. palabra *Patria Potestad*, num. 48.)

I. DEL PADRE.

276. El poder de corrección del padre varía con la edad del hijo. Si tiene éste menos de diez y seis años comenzados, el padre tiene derecho para hacer que se le detenga ocurriendo á la autoridad: el presidente debe, á solicitud suya, ordenar la detención. En el primer caso, ésta no puede exceder de un mes. Si el hijo tiene diez y seis años comenzados, solamente podrá el padre requerir su detención, y el presidente expide entonces la orden relativa, ó bien la deniega, pudiendo asimismo abreviar la duración del arresto, á petición del padre. En este segundo caso, la detención puede ser hasta de seis meses (arts. 376 y 377). ¿Qué razones hay para estas distinciones? Las faltas de un hijo que todavía no ha llegado á los diez y seis años, naturalmente son menos graves que las del adolescente, que ha entrado ya en la edad de las pasiones. Esta consideración explica la diferencia que establece la ley para la duración de la detención, según que el hijo tiene más ó menos de quince años. Por otra parte, el hijo que no ha llegado á los quince años es demasiado joven para insultar á la autoridad paterna, y por esto no debe temerse que el padre se deje llevar del deseo de vengar un poder que ve menospreciado; mientras que entre el adolescente y el padre se pueden originar conflictos, y es de temerse que el padre obre por venganza, y desde ese momento debe hacer que intervenga un magistrado, que será juez entre el padre y el hijo. El legislador no estimó necesaria esa intervención, cuando el padre castiga al hijo únicamente para corregirle. El padre ejerce entonces un poder absoluto por vía de autoridad, y él es quien decreta la pena; pues el presidente sólo interviene para legalizar la aprehensión y para examinar si todavía está el hijo en la edad en que el padre pueda ordenar su detención (1).

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 344, núm. 354.

De aquí resulta que cuando el padre obra por vía de autoridad, no está obligado á dar á conocer sus motivos, en tanto que sí debe exponerlos al presidente al solicitar la detención del hijo (1). La consecuencia es lógica, pero habla contra el principio. En nuestro orden político, no conocemos ya autoridad absoluta, sino que todo juez debe motivar sus resoluciones, por ser ésta una garantía tan preciosa, que los autores de la Constitución belga hicieron de ella objeto de una disposición formal (art. 97). Si ningún poder es absoluto, si aun la autoridad judicial tiene que dar cuenta de sus decisiones, ¿por qué había de ser ilimitada la potestad del padre? Como Berlier lo dijo perfectamente en el Consejo de Estado, la autoridad del padre no debe ser despotismo, porque éste no es más conveniente á la familia que al Estado (2). El poder absoluto es tan contrario á nuestros sentimientos y nuestras ideas, que los intérpretes han tratado de eludir el rigor de la ley. Demante dice que el presidente debe negar su concurso á un abuso evidente de autoridad (3); pero olvida que donde existe un poder ilimitado, no puede ya darse el caso de abuso. Si le hay, será en la ley; el legislador hizo mal con crear un poder despótico en el seno de una sociedad que ve con horror el despotismo.

277. Si el padre ha vuelto á casarse, dice el artículo 381, estará obligado, para mandar detener á su hijo de primer matrimonio, aun cuando este sea menor de diez y seis años comenzados, á requerir ó solicitar la detención. La razón de esta excepción es muy natural: como lo dijo Réal en la Exposición de motivos, la ley ya no supone que el padre tenga la misma ternura ni la misma imparcialidad. ¿Qué hay que decir del caso en que se hubiere disuelto el segundo matrimonio por divorcio ó por la muerte? Los autores

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 366, nota 7 y 11.

2 Sesión del Consejo de Estado del 8 Vendimiario, año XI, núm. 11 (Loché, t. III, p. 320).

3 Demante, *Curso analítico*, t. II, p. 132, núm. 121 bis.

franceses no prevén más que el caso de la muerte, por estar abolido el divorcio en Francia, y generalmente enseñan que el padre vuelto á enviudar puede hacer detener á los hijos del primer matrimonio por vía de autoridad. El texto favorece á esta opinión, cuando establece: *si el padre ha vuelto á casarse*, suponiendo así existente el matrimonio, porque ¿puede decirse del padre que vuelve á enviudar que ha vuelto á casarse? No; ahora bien, desde el momento en que ya no estamos dentro de los límites de la excepción, volvemos á la regla, y la regla es la vía de autoridad. El espíritu de la ley deja alguna duda. Se ha dicho que, aunque ya no sea de temerse la influencia de la madrastra, tampoco es ya el mismo cariño del padre. Esta consideración no nos atañe por ser demasiado íntima: ¿quién puede penetrar en los verdaderos afectos del padre? Lo que tiene lugar en casos de divorcio nos parece decisivo. Ciertamente, en esos casos, todos admitirán que el padre cese de sufrir la influencia de su segunda esposa y que, por consiguiente, recobre la plenitud de su poder. Pues bien, no tenemos más que un solo texto: si el padre divorciado puede hacer detener al hijo del primer matrimonio por vía de autoridad, hay que decir otro tanto del padre que ha enviudado por segunda vez (1).

278. Hay otra excepción del poder de corrección por vía de autoridad: cuando el hijo posee bienes propios, no puede tener lugar por vía de requisitoria su detención, aun cuando sea menor de diez y seis años (art. 382). Esta excepción tan extraña fué introducida en el Código á propuesta de Cambacérès, quien suponía al hijo dueño de bienes y con un padre disipador. El padre, dijo, tratará de despojarle, se vengará de los desaires del hijo y quizás le obligará á comprar su libertad (2). El cónsul Cambacérès goza

1 Véanse las diversas opiniones sobre este punto, en Dalloz, palabra *Patria Potestas*, núm. 32.

2 Sesión del Consejo de Estado, del 8 Vendimiario, año XI, núm. 12 (Loché, t. III, p. 321).

de una reputación usurpada, pues casi siempre sus observaciones carecen de precisión y claridad. La que acabamos de transcribir no tiene sentido. ¿Puede un niño menor de diez y seis años disponer de sus bienes, ó facultar á su padre para que disponga de ellos? El padre administra los bienes del hijo y tiene el usufructo, pero no puede disponer de ellos: ¿cómo, entonces, podría hacer que el hijo comprara su libertad? Si tales palabras se leyesen en un autor mediano se diría que eran pura verbosidad.

279. Hay otra excepción, y es la tercera, en favor del hijo que tiene un estado (art. 382): no puede ser detenido sino por vía de requisitoria, porque necesita mayor garantía, podría sufrir grave perjuicio con una detención que puede suponerse injusta, parécenos que el motivo de la excepción atestigua contra la regla. ¿Acaso la detención á que se sujeta á un hijo ó una hija de quince años, no puede comprometer su porvenir? En vano pretende la ley que este castigo permanezca oculto, porque al fin se evaporará, y mientras más cuidado se tenga en mantenerle reservado, mayor daño causará. Cuando está de por medio la honra, debería intervenir la magistratura para juzgar de la decisión del padre, como lo dice Talón.

280. En los casos en que, por excepción, no puede el padre hacer detener al hijo menor de diez y seis años sino por vía de requisitoria, ¿podrá durar seis meses la detención? La cuestión se halla controvertida, aunque no comprendemos por qué. ¿Cuál es la regla, y en qué estriba la excepción? La regla dice que el padre puede mandar detener al hijo por vía de autoridad, por un mes: luego hay dos cosas en la regla: la duración de la detención y la vía por la cual se ordena. ¿Qué dice la excepción? Que en tres casos no podrá tener lugar por vía de requisitoria; mas la excepción debe siempre contenerse dentro de los límites para los cuales se establece. Supuesto que no estriba en la duración de la detención, continúa siendo aplicable, por

ese mismo hecho, la regla que fija un mes. El espíritu de la ley está en armonía con su letra. ¿Por qué limita la ley á un mes la duración de la detención, cuando el hijo es menor de quince años? Precisamente á causa de su corta edad; pero siendo ésta la misma, la duración de la detención debe ser también igual. He aquí una de esas controversias que deberían desaparecer de nuestra ciencia, porque no la honran (1).

281. La ley da al padre el derecho de gracia, como para denotar que, en sus manos, la justicia debe estar separada de la caridad; de modo que siempre es dueño de abreviar la detención ordenada ó requerida por él. El artículo 379 agrega que, si al salir de la detención, incurre el hijo en nuevos extravíos, podrá volver á decretarse áquella. Excusado es decir que entonces el padre ejerce el poder de corrección, según las distinciones que acabamos de exponer. En verdad, que el artículo 379 remite á los artículos *precedentes* y no á los que le siguen; pero tal referencia es perfectamente inútil, pues el legislador no necesita hacerla para que se apliquen sus disposiciones.

II. DE LA MADRE.

282. Cuando la madre ejerce la patria potestad, puede también hacer que se detenga al hijo, bien que esta facultad está sujeta á restricciones. De acuerdo con el artículo 381, no puede hacer que se le detenga por vía de requisitoria, y así, nunca tiene el derecho de ordenar la detención. Además, la ley exige el concurso de dos de los parientes paternos más próximos. Pothier nos da la razón general de las restricciones á que están sujetas las madres. "La debilidad de su juicio, dice, y el carácter de vehemencia, bastante común en este sexo, impiden que pueda contarse con el criterio de la madre tanto como con el del

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 35.

padre" (1). Réal agrega que por el mismo interés de la madre es por lo que el legislador exige el concurso de la familia paterna. "Una viuda sin defensa, cuyas acciones están expuestas, todas, á la crítica de la malignidad, se proporcionará, con el auxilio de dos de los parientes paternos más próximos, testigos imparciales que puedan depone-
ner sobre la necesidad de aquella medida de rigor y que garanticen su buena administración (2)." Este concurso es una condición que se exige para que pueda el presidente ordenar la detención, tanto que si los parientes paternos denegaran su consentimiento, no podría tener lugar aquella. De acuerdo con la letra del artículo 371, es evidente esto, y el espíritu de la ley no deja lugar á duda: la negativa del concurso demuestra que no hay razón que justifique la medida de rigor, y por esto el presidente no puede ordenarla (3).

Se pregunta qué debe hacer la madre cuando no hay parientes paternos; y sobre esta cuestión están muy divididos los autores. Unos aplican por analogía los artículos del 407 al 410 sobre la composición del consejo de familia, y substituyen á los parientes paternos con amigos del padre; pero esto es arbitrario, ya que los amigos no pueden substituir á los parientes más que en los casos determinados por la ley. Y lo mismo acontece respecto de los parientes por afinidad. Al no poder cumplirse la condición que exige el Código Civil, ¿debe inferirse que no se podrá requerir la detención? Sería absurdo, toda vez que la garantía establecida en favor del hijo se volvería contra él. Luego se debe inferir que la madre tiene derecho de requerir la detención, sin perjuicio de que el presidente se

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 133.

2 Réal, Exposición de motivos, núm. 12 (Loché, t. III, p. 332). Vesin, el relator del Tribuado, se expresa en el mismo sentido (Informe, núm. 6; Loché, t. III, p. 337.)

3 Zachariæ, Edición de Massé y Vergé, t. I, p. 363, nota 18.

procure todos los informes que le pongan en aptitud de resolver (1).

283. La ley no concede á la madre derecho para abreviar la duración de la detención: ¿debe inferirse de ello, como lo hace Proudhon, que, limitado el poder de la madre más aun que el del padre, no puede ejercer ella el derecho de gracia? (2) Creemos que, en realidad, no hay silencio de la ley, como se pretende. El Código comienza por determinar el poder de corrección del padre, y entre sus disposiciones, hay algunas que evidentemente son generales, tales como las de los artículos 376 y 377, relativas al tiempo de la detención y á la facultad del presidente para abreviar el tiempo de la detención solicitada por el padre; tal es el artículo 378, respecto de las formalidades y de los gastos, y tal, por último, el 379, que se refiere al derecho de gracia, derecho esencial en materia de corrección y de educación. Este mismo artículo prevé el caso de que el hijo incurra en nuevos extravíos: ¿se dirá que tal disposición no es aplicable á la madre, por no explicarse el Código de una manera expresa? Es, pues, necesario concluir que la madre tiene el derecho de gracia; pero ¿puede ejercerle sin el concurso de dos de los parientes paternos más próximos? Parécenos que la negativa resulta del texto mismo legal: el artículo 379 dice que el padre es siempre dueño de abreviar el tiempo de la detención que él mismo ordenó ó que solicitó. Así, pues, el que requiere ó solicita la detención es quien tiene facultad para abreviarla. Pues bien, la madre no requiere por sí misma la detención, ya que concurren con ella los parientes paternos; por consiguiente, éstos deben concurrir también para el ejercicio del derecho de gracia (3).

284. Si la madre vuelve á casarse, ya no puede hacer

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. I, p. 394, núm. 557.

2 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 247.

3 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 46.

que se detenga al hijo de su primer matrimonio, aun cuando conserve la autoridad paterna. El artículo 381 es terminante: no concede ese derecho más que á la madre superviviente y que no hubiere vuelto á casarse. Colocada bajo la autoridad de su segundo esposo, éste sería quien ejerciese aquel poder riguroso, y la ley desconfía, justamente, de los sentimientos del padrastro. Esto no quiere decir que no pueda ser detenido el hijo: se aplicará entonces el artículo 468, y el tutor podrá exponer su queja ante el consejo de familia, el cual le autorizará, en su caso, para que promueva la reclusión del menor. Luego si se mantiene á la madre en el desempeño de la tutela, procederá con su carácter de tutora; pero si se la ha retirado de su ejercicio, habrá perdido todo derecho de corrección.

El artículo 381 dice: «La madre *superviviente*:» ¿se quiere decir con esto que no puede la madre ejercer el poder correccional cuando, por excepción, desempeña la patria potestad durante el matrimonio? No, por cierto. La ley prevé el caso ordinario; pero si, en el de ausencia del marido, le substituye la madre, ésta debe tener el derecho de detención, toda vez que tal derecho se ha establecido por interés del hijo. Sólo que no podrá ejercitarle sino por vía de requerimiento y con la asistencia de los parientes paternos. No debe tener un poder más amplio cuando ejerce la patria potestad en nombre del marido, que cuando la ejerce en el suyo propio; los motivos de las restricciones prescritas por la ley son iguales en una y otra hipótesis. ¿Tiene también la madre el ejercicio de la patria potestad en caso de interdicción del padre? Ya examinamos esta cuestión anteriormente (núm. 262).

III. PROCEDIMIENTO.

285. El Código Civil no dice en qué lugar se ha de llevar á cabo la detención del hijo. Según el proyecto, debía

hacerse en una casa de corrección; pero en el Consejo de Estado, el cónsul Lebrun hizo observar que enviar á los hijos á una casa de corrección, era lo mismo que lanzarlos al crimen; á lo que Bigot-Préameneu contestó que no se había escapado á la sección de Legislación el que las actuales cárceles no podrían más que aumentar la depravación de los hijos que fuesen recluídos en ellas; mas la referida sección ha supuesto, agregó, que al fin se organizarían verdaderas casas de corrección. Y las palabras *en una casa de corrección* quedaron suprimidas (1). En nuestros días, ha llegado á realizarse el deseo del Consejo de Estado, pues el sistema celular permite que se ponga á los hijos al abrigo del contagio del vicio, á la vez que se abrevia el tiempo de la detención. En París, la casa religiosa de las Damas de San Miguel, recibe á las hijas detenidas en virtud de la patria potestad. (Decreto de 30 de Septiembre de 1807).

286. El artículo 378 quiere que no haya escritos ni formalidad judicial de ninguna especie, á no ser la orden misma de detención, en la cual orden se indicarán los motivos que sirvieron para dictarla. ‘Dar publicidad, dice Réal, á errores y debilidades de la juventud, y perpetuar su recuerdo, equivaldría á ir directamente en sentido contrario al fin propuesto; y de estos castigos, que se infligen á la infancia para ahorrarle tormentos en la edad madura, se originarían disgustos que deshonorarían lo restante de la vida.’

¿Cuáles son los escritos y formalidades que prohíbe el Código? El padre no estará obligado á hacer una petición en forma escrita, como tampoco necesitará asistirse de abogado, sino que podrá hacer su solicitud verbalmente. Es necesaria una orden de detención, y esa orden sí debe ser escrita, porque conforme á los principios de nuestro

1 Sesión del Consejo de Estado del 20 Brumario, año XI, núm. 3 (Loché, t. III, p. 326).

derecho público, nadie puede ser aprehendido sino por disposición de la autoridad judicial. ¿Es exacto que ese escrito sea el único indispensable? El Código de Instrucción Criminal, en su artículo 609, dice que “ningún custodio puede recibir á nadie sin copiar en su registro la orden que autorice la detención.” Esta prohibición es de orden público por ser garantía de la libertad individual, aun para el hijo que va á ser detenido, pero que no puede serlo si no media una orden del presidente; y la única garantía de que en realidad hay tal orden, es que se cumpla con lo prescrito por el artículo 609 del Código de Instrucción. En vano M. Demolombe dice que *querria* que no hubiese registros carcelarios: el derecho más sagrado del hombre es superior á toda clase de consideraciones. Si el padre utiliza los servicios de un ujier para aprehender al hijo y hacer que sea conducido á la casa donde habrá de quedar detenido, será también necesaria una sumaria para la detención. (1) Pero como el artículo 378 quiere que no se observen formalidades de ninguna especie, es menester concluir que no necesita el padre valerse del ujier, sino que él mismo puede conducir al hijo á la detención.

287. El artículo 378 agrega que el padre estará obligado únicamente á subscribir una obligación de pagar todos los gastos y proporcionar alimentos convenientes: disposición que ha dado lugar á una controversia á propósito de una coma. En el proyecto, la coma que ahora se ve después de la palabra *gastos* no existía; de modo que el artículo significaba que el padre no estaba en el deber de hacer ningún anticipo de dinero, ni para alimentos ni para gastos. La coma que se halla en la redacción definitiva cambia el sentido de la misma, y el texto significa que el padre suscribe una obligación de gastos, pero que debe pagar los alimentos anticipadamente. Parécenos que esto es

1 Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 40.

dar demasiada importancia á una coma, y tendría que probarse que fué escrita para cambiar el sentido del proyecto, cosa que en ninguna parte se ha dicho, pues al contrario, en el informe de Vesin, leemos, sin coma alguna, que el padre únicamente debe subscribir una obligación de pagar todos los gastos y de proporcionar alimentos convenientes. (1)

288. ¿Puede el hijo apelar de la orden de detención? Apelación propiamente dicha, nunca se da. En el artículo 382, que prevé dos casos en que, por excepción, no puede el padre hacer que se detenga al hijo menor de diez y seis años sino por vía de requisitoria, hay un segundo inciso que dice: "El hijo podrá dirigir un memorial al Procurador General, quien ordenará que le dé cuenta el Procurador Imperial en el tribunal de primera instancia, y rendirá su informe al Presidente de la Corte de Apelación. Este, después de dar aviso al padre y de proveerse de todos los informes conducentes, podrá revocar ó modificar la orden expedida por el presidente del tribunal de primera instancia." Se pregunta si tal disposición es general, ó si solamente se aplica á los dos casos previstos por el primer inciso del artículo, cuando el hijo tiene bienes propios y cuando ejerce una profesión.

Algo de cierto hay en esta cuestión, y es que el hijo no puede reclamar cuando es detenido por vía de autoridad, porque, en ese caso, el padre es quien ordena la detención y, lo hace en virtud de un poder absoluto, ilimitado. Luego no puede ser el caso de un recurso, sino cuando el hijo es detenido por vía de requerimiento. Y decimos que no es un derecho de apelación propiamente dicha, porque, en efecto, la apelación es suspensiva, tanto, que el artículo 382 no permite al hijo que se dirija por escrito al Procurador General sino cuando ya fué detenido. La única cues-

1 Demolombe, t. VI, p. 256, núm. 237. Mourlon, *Repeticiones*, t. I, p. 509. Informe de Vesin, núm. 6 (Loché, t. III, p. 337).

ción que queda por resolver es, pues, la de si el hijo puede también ejercitar ese recurso cuando se halla detenido á solicitud de su padre vuelto á casar y en los casos en que, siendo él mayor de diez y seis años no puede nunca ser detenido por vía de requisitoria.

Creemos que el texto resuelve la cuestión. La disposición que permite al hijo recurrir no es una disposición general, sino que viene á continuación del primer inciso que prevé dos casos de detención, en los que la situación del hijo es particularmente favorable, ó sea cuando posee bienes propios ó cuando ejerce una profesión. No puede decirse que la disposición no hace más que aplicar el derecho común, porque éste permitiría al hijo apelar, y esa apelación sería suspensiva. Es, pues, una disposición especial, y como tal, excepcional, y por tanto, de estricta interpretación. Invócase en favor del hijo el espíritu de la ley, ó sea la discusión; pero aunque, á decir verdad, los trabajos preparatorios dejan indecisa la cuestión, cuando menos explican por qué la disposición forma un inciso del artículo 382. Cambacérès fué quien propuso las dos excepciones contenidas en el primer inciso, y quien también propuso que se autorizara al hijo que tiene bienes ó una profesión para que recurriese ante el presidente de la Corte de Apelación. Para Cambacérès, ese recurso se limitaba, pues, á los dos casos previstos por el artículo 382; pero el Tribunalado pidió la supresión de la parte del artículo que otorgaba al hijo el derecho de recurrir, porque creía que de aquí resultaría una especie de litigio entre él y su padre. Cuando volvió el proyecto al Consejo de Estado, se sostuvo la disposición y se formó de ella un inciso por separado. Réal, en la Exposición de motivos, considera dicha disposición como especial para el hijo que tiene bienes ó una profesión; por el contrario, el relator y el orador del Tribunalado la toman como principio general. En suma: el artículo se entendió en diverso sentido por el Consejo de Estado y por el Tribuna-

do, y por ello hay que sujetarse al texto (1). No por esto es nuestro ánimo aprobar la ley: si la apelación es un derecho natural, por ello el recurso debería ser también de derecho común. Es contrario á todo principio, que cualquier ciudadano, siquiera sea un niño, se vea privado de su libertad sin haber sido oído y sin poder reclamar.

§ IV TÉRMINO DE LA PATRIA POTESTAD.

Núm. 1. — Causas legales.

289. La patria potestad concluye con la mayor edad (art. 372). Este es el principio del derecho consuetudinario. Establecida en favor del hijo, no se concibe que la autoridad del padre dure todavía cuando aquél ha llegado á la edad en que se es capaz de todos los actos de la vida civil (art. 488); pero la patria potestad no cesa, como dice Portalis, más que en sus efectos civiles. «El respeto y la gratitud continúan exigiendo miramientos y deberes que ya no ordena el legislador; la deferencia de los hijos para con los autores de sus días es entonces obra de las costumbres antes que de las leyes» (2).

La patria potestad puede terminar antes de la mayor edad, por la emancipación (art. 372). El padre mismo es quien abdica, en ese caso, su autoridad. El Código trata de la emancipación en el título X, destinado á la tutela.

290. El Código Penal de 1810 prevé el caso en que los padres favoreciesen la prostitución y la corrupción de sus hijos, y establece por esto contra ellos una pena de dos á cinco años de prisión y una multa de 300 á 1000 francos. El artículo 385 agrega que los padres quedarán, además, privados de los derechos y beneficios que les concede so-

¹ Véase, en este sentido, á Marcadé, t. II, p. 146. y á Réal, Exposición de motivos, núm. 11 (Loché, t. III, p. 332). En sentido opuesto, Demolombe, (t. VI, p. 249, núm. 331; Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 368, nota 22; el Informe de Vesin, núm. 7, p. 338, y el Discurso de Albison, núm. 7, p. 342.

² Portalis, Discurso preliminar, núm. 70 (Loché, t. I, p. 175).

bre la persona y los bienes del hijo el Código Civil en el título «De la patria Potestad.» Estas disposiciones se hallan reproducidas por el Código Penal Belga, el cual elevó el mínimun de la pena cuando los culpables son los ascendientes de la persona prostituída ó corrompida (arts. 379-382). Hagamos notar, desde luego, que la caducidad establecida por el Código Penal no se extiende á todos los hijos del culpable: el texto legal dice *del hijo*, lo que significa el hijo corrompido, aquel con relación al cual se cometió el delito; por lo que el padre conserva su potestad respecto de los demás hijos. Hay autores que extienden la caducidad á todos los hijos, y también nosotros creemos que el legislador debió haberlo hecho; pero no lo hizo, y las leyes penales no pueden extenderse en su interpretación (1).

¿Pierde el padre todos los derechos que se relacionen con la autoridad paterna? También esta cuestión debe resolverse negativamente, porque el Código dice que el culpable quedará privado de los derechos y beneficios que sobre la persona y los bienes del hijo le concede el Código Civil en el libro I, título IX, “De la Patria Potestad.” Así, pues, el texto es limitativo, y sólo concierne á la patria potestad propiamente dicha. Resulta de aquí que el padre conserva la administración de los bienes del hijo, aunque esté privado del usufructo legal, ya que de esa administración se trata, no en el título IX, sino en el X (art. 389.) Del mismo modo, podrá el padre otorgar su consentimiento para el matrimonio del hijo, para su divorcio y para su adopción (arts. 148, 278 y 346.) Estos derechos no se hallan establecidos en el título IX, y así, el padre no queda privado de ellos, los cuales, por otra parte, no proceden de la patria potestad propiamente dicha. ¿Podrá el padre emancipar al hijo? (art. 477.) Esta cuestión nos parece absolutamente distinta. El derecho de emancipar es

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 68.

consecuencia directa de la patria potestad, y nadie más que el que se halla investido de ella puede separar de la misma al hijo. ¿Cómo el padre, con una autoridad que ya perdió, había de emancipar al hijo? ¿Cómo renunciaría derechos que ya no tiene? (1).

Núm. 2.—Causa extralegal.

291. ¿Hay otros casos en que los padres puedan perder la patria potestad? Se supone que el padre maltrata al hijo: si los malos tratamientos constituyen un delito, podrá ser castigado; esto no ofrece duda (núm. 275); pero ¿conservará la potestad que la ley le otorga? Hay excesos y abusos que no constituyen delitos. El padre, en lugar de educar al hijo, como es de su deber, ni siquiera satisface sus necesidades físicas, y á guisa de educación incesantemente le ofrece el espectáculo de la brutalidad y la prostitución. Tiene cura de almas, y en lugar de salvar, en lugar de moralizar á las inocentes criaturas que Dios le ha confiado, las extravía. ¿Seguirá este ser monstruoso investido de la patria potestad? No hay ley que permita á los tribunales penales ni á los civiles declarar caduca la patria potestad, fuera del Código Penal á que nos acabamos de referir. ¿No decide la cuestión el silencio de la ley? Así lo creemos, si bien deploramos la negligencia del legislador, quien olvidó que la misión del Estado es proteger los derechos de los ciudadanos; ¿y qué derecho más sagrado que el del hijo?

M. Demolombe confiesa que no hay ley. “¿Qué hacer? exclama. Importa acudir en auxilio del hijo, y haremos lo que podamos. Pero es absolutamente necesario que acudamos: la razón, la moral, la humanidad misma así lo exigen.” Nosotros comprendemos este clamor del alma, esta

1 Las opiniones de los autores se hallan divididas (Daloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 69).

rebelión del sentido moral, pero ¿tales sentimientos no son de la incumbencia del legislador? ¿Puede el juez formar la ley que olvidó hacer el legislador? M. Demolombe contesta que hay medios jurídicos de llegar á ese resultado, y no pedimos más que sean empleados. Examinemos el punto.

“Poder tutelar y protector, no es posible que la autoridad del padre se convierta en medio de tiranía y desmoralización.” Nada tan cierto; pero cuando el legislador establece una potestad absoluta, y cuando él mismo designa el caso, el único caso en que puede el padre perder su autoridad por haberse hecho indigno de ejercerla, ¿puede el juez admitir otras causas de caducidad? ¿No es esto, literalmente, hacer la ley? Invócase el artículo 4º del Código, conforme al cual tiéne el juez obligación de fallar, aunque la ley sea insuficiente ó nada diga sobre el particular. Fácil es la respuesta y, desgraciadamente, la creemos decisiva. No hay silencio, no hay insuficiencia de la ley, la cual nos dice cuándo cesa la patria potestad (art. 372), nos dice cuándo se hace acreedor á perderla el padre (C. Pen., art. 381). No es que se niegue el juez á fallar, sino que tendrá que resolver que, siendo de orden público la patria potestad, no le es permitido privar de su ejercicio al padre sino en los casos previstos por la ley. En vano se apela á la jurisprudencia antigua para justificar este poder “de alta vigilancia,” este “poder moderador.” Digámoslo de una vez: ese poder sería la facultad discrecional. Ahora bien, precisamente lo que distingue al poder judicial, tal como en nuestros días se halla organizado, del poder de los parlamentos, es que éstos tenían una plenitud de potestad que nuestros tribunales ya no tienen. Esto se debía al orden político que completamente está invertido; esto se debía á la falta de un Código de leyes, lo que favorecía y hacía, por decirlo así, necesario el arbitrio del juez. Hoy tenemos códigos que quitan á los magistrados toda facul-

tad discrecional, sin otra excepción que la de los casos muy raros previstos por el artículo 4^o, cuando la ley calla ó es insuficiente.

A falta de texto, M. Demolombe ocurre á las discusiones. ¿Cómo habían de hacer éstas las veces de ley? Ellas sólo pruebañ una cosa, y es que se propusieron algunas cuestiones que quedaron sin solución. El primer Cónsul, cuyo ingenio vivo y aventurado iba siempre más allá que la tímida reserva de los legistas, designó los vacíos que contenía el proyecto. Un padre omite educar á su hijo, y falta á su deber: ¿qué derecho tendrá el hijo? El padre es de costumbres desordenadas: ¿se dejará á un hombre de notoria mala conducta el cuidado de moralizar á sus hijos? (1) Estas cuestiones tan importantes quedaron sin contestación.

M. Demolombe dice que hay un texto legal decisivo: el artículo 444, que excluye de la tutela y permite que se destituya de ella á las personas de mala conducta notoria, así como aquellos cuya gestión revele incapacidad ó infidelidad. Esta disposición se aplica al padre que es tutor, pues puede ser destituido de la tutela. Enhorabuena; pero una cosa es la tutela y otra la patria potestad; y ¿puede el juez, mediante una *aplicación útil*, hacer extensivo al padre lo que la ley dice del tutor? Esto es contrario á todo principio de interpretación, pues las caducidades, las penas, no se extienden. ¿Y no es una pena la destitución? Es contrario al texto mismo de nuestras leyes penales. Un padre ha excitado á la corrupción de uno de sus hijos, y ha prostituido á su hija; se le condena á reclusión, si el hijo es menor de once años. Ciertamente, en esto caso hay más que mala conducta notoria, hay más que incapacidad para ejercer la patria potestad. Pues bien, la ley conserva su autoridad á ese infame que ha cometido el mayor cri-

1 Sesión del Consejo de Estado, del 26 Frimario, año X, núm. 9 (Loce, t. III, p. 315).

men de que puede ser capaz un padre, y se la conserva sobre los hijos á quienes no ha corrompido. No se permitiría al tribunal que declarara esa caducidad; y jse permitiría al juez civil que la declarara por mala educación ó por incapacidad! (1)

292. Con profunda pena concluimos que la justicia está desarmada por el legislador mismo. Una sola vía jurídica hay para acudir en auxilio del hijo, y es autorizarle para separarse de la casa paterna. Nosotros hemos reconocido esta facultad al juez; pero nos parece imposible que se llegue hasta la caducidad ó la destitución. La Corte de París, de conformidad con nuestros principios, resolvió que no podía fenecer la patria potestad sino con la muerte ó en los casos determinados por la ley (2). La Corte de Casación fué más lejos. Una viuda fué destituida de la tutela por mala conducta notoria, y los hijos quedaron confiados por el consejo de familia al tutor. La madre recurrió contra la sentencia por violación de las disposiciones del Código Civil relativas á la patria potestad, y la Corte denegó el recurso, aunque poniendo suma reserva en la resolución. Es importante hacer notar los términos de la misma. Desde luego, la Corte hizo constar que la sentencia recurrida no había declarado que la madre quedaba despojada de la patria potestad, sino que únicamente había impuesto una restricción motivada por su mala conducta, quitándole la educación de sus hijos, pero conservaba los demás derechos inherentes á la patria potestad, tales como el de otorgar su consentimiento para el matrimonio ó para la adopción de sus hijos y el de emanciparlos. La Corte agrega que ni siquiera había prohibido la sentencia, de una manera absoluta, el derecho á la madre de comunicarse con sus hijos, sino que se limitó á dar al tutor y al consejo de familia la fa-

1 Demolombe, t. VI, p. 277, núm. 367. En sentido contrario, Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 65.

2 Sentencia de 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, palabra *Patria Potestad*, núm. 78).

cultad de arreglar esas relaciones (1) Así es, que la Corte de Casación no admite que los tribunales puedan declarar la caducidad ó prescripción absoluta de la patria potestad. Pero si los tribunales no pueden despojar á los padres de la autoridad que les otorga la ley, ¿con qué facultad los despojarían del derecho esencial que constituye la patria potestad, esto es, del derecho, ó por mejor decir, del deber de educación? La patria potestad no es otra cosa. Quitar tal derecho al padre, es en realidad despojarle de la patria potestad que la ley le concede en el art. IX del Código Civil.

Preguntamos con qué facultad privarían los tribunales al padre de su potestad. La Corte de Casación contesta en una sentencia, "que si el derecho de los padres á la guarda y educación de sus hijos es, en general, un atributo de la patria potestad, el interés de los hijos es el principal motivo que debe determinar el pleno ejercicio ó la restricción de ese derecho." Es indudable; pero ¿no corresponde al legislador establecer tales restricciones? La Corte resuelve que al declarar la sentencia atacada que los intereses morales y materiales de los hijos exigían que fuesen confiados al tutor, había hecho lo que la *moral* y la *ley* permiten al juez hacer (2). La *moral*, sí. Pero ¿qué *ley* da á los tribunales esa facultad? Debería haber una, y tal es nuestra conclusión. La cuestión no se ofrece únicamente cuando el superviviente de los padres es tutor, sino también, y con mayor dificultad, cuando subsiste el matrimonio. Si falta el padre á sus deberes al grado de hacerse necesario destituirle de la patria potestad, ¿quién ha de promover? ¿La madre? No tiene derecho á intervenir en el ejercicio de la patria potestad durante el matrimonio; sólo el padre la desempeña, dice el artículo 373. ¿Intervendría el Ministerio público? Debería tener esa facultad, y pretén-

1 Sentencia de la Corte de Casación, 3 de Marzo de 1856 (Daloz, 1856, t. 290).

2 Sentencia de la Corte de Casación, 15 de Marzo de 1864 (Daloz, 1864, t. 301).

dese que la tiene siempre que se trata de una ley de orden público (1). Pero suponiendo que estuviese facultado para promover, cuando en materia civil se trata de una ley de orden público, se necesitaría por lo menos que hubiese alguna, y no la hay. ¿Quitará el consejo de familia al padre el derecho de educación? No hay consejo de familia llamado á limitar ni á revisar el ejercicio de la potestad que el padre tiene sobre la persona de sus hijos. ¿Quién promoverá, pues? Acerca de este punto, hay que organizar todo un procedimiento, procedimiento absolutamente especial; ¿y será necesario decir que sólo el legislador puede hacerlo? (2).

Núm. 3.—De los convenios y renunciaciones concernientes á la patria potestad.

293. ¿Pueden ciertos convenios revocar las disposiciones del Código Civil referentes á la patria potestad? Es tan evidente que no, que apenas puede promoverse esta cuestión. No se pueden revocar dice el artículo 6º, por medio de arreglos particulares, leyes en que se interesa el orden público. Pues bien, la patria potestad es esencialmente de orden público, y esto es ya decisivo; hasta el Código ha resuelto la cuestión en toda forma. El contrato de matrimonio es un contrato privilegiado, en el que la ley permite á los futuros cónyuges multitud de estipulaciones que prohíbe en general; pero señala un límite á esa libertad, pues con arreglo al artículo 1388, no pueden los cónyuges revocar derechos que resultan de la potestad marital respecto de la mujer y los hijos. Así, pues, todo arre-

1 Véase, acerca de esta difícil cuestión, el tomo III de estos *Principios*, núms. 497 y 498.

2 Demolombe admite, naturalmente, que el juez tiene una facultad discrecional (t. VI, p. 383 y sig., núms. 371 y sig). Demante dice lo mismo, después de haber establecido como principio que la patria potestad es indeleble (*Curso analítico*, t. II, p. 177, núm. 114 bis I).

glo ó convenio que derogue disposiciones del Código sobre patria potestad, está viciado de nulidad.

294. Cuando los futuros cónyuges no profesan la misma religión, acontece frecuentemente que celebren algunas estipulaciones con relación á la educación religiosa de los hijos que puedan nacer de su matrimonio. Unas veces convienen en educarlos á todos en la religión católica, cediendo á las exigencias de la Iglesia; otras estipulan que los varones sean educados en la religión del padre, y las hembras en la de la madre: ¿son válidos todos esos convenios? Nos referimos á su valor jurídico. Parécenos de toda evidencia que tales convenios ó estipulaciones son nulos. En efecto: tienden ellos á arrebatarse al padre el ejercicio exclusivo de la patria potestad, en todo ó en parte, siendo así que la ley quiere que *sólo* él ejerza la autoridad que le otorga para la educación de los hijos. Verdad es que, según el artículo 203, los cónyuges están obligados con igual título á educar á sus hijos; pero el artículo 373 modifica esa disposición, en tanto que el deber de educación se torna en derecho. Al decir que *sólo* el padre ejerce la autoridad paterna durante el matrimonio, la ley excluye á la madre. Se ha pretendido que las estipulaciones relativas á la educación religiosa de los hijos, sin que sean precisamente obligatorias, deberían tomarse en consideración por los tribunales (1). Lo cual es poco jurídico, ya que un convenio, ó es valido, ó no lo es: si lo primero, hace ley para los contratantes y para el juez; si lo segundo, carece de valor. Ahora bien, tal es el convenio de que se trata (2). Siendo nula la estipulación, no pueden intervenir los tribunales más que para declarar esa nulidad, declarando que al padre corresponde arreglar la educación religiosa del hijo. Este poder absoluto tiene, es verdad, sus incon-

1 Pont de Rodière. *Contrato de Matrimonio*, t. I, núms. 55 y 56.

2 Esta es la opinión general (Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. I, p. 363, nota 2).

venientes, y, en el estado actual de la legislación, es imposible no reconocerlos.

Se ha sostenido en Francia que el consejo de familia podía disponer la destitución de un padre tutor que, habiendo abrazado el protestantismo, hubiese manifestado la intención de educar á sus hijos en esa creencia; pero el tribunal de Versalles dió la razón al padre, si bien evitando el resolver sobre el punto de derecho (1). La misma dificultad ocurrió en Inglaterra, y fué resuelta por la Corte del Banco de la Reina, que la mujer católica, viuda de un protestante, podía educar á sus hijos en la religión católica y obligarlos á que abandonaran aquella en que su padre los hubiese educado (2). Naturalmente, el mismo derecho, aunque en sentido inverso, correspondería á la viuda protestante de un padre católico. Por aquí puede yerse el peligro que ofrece el poder absoluto de los padres, sin que haya otro remedio para el mal que una educación pública, obligatoria, educación que se imponga como misión, no la de inculcar esta ó aquella creencia religiosa, sino la de desarrollar las facultades intelectuales y morales del niño.

295. Siendo las estipulaciones celebradas respecto de la patria potestad, nulas, por opuestas al orden público, hay que concluir que también debe serlo cualquier renuncia que haga la madre superviviente, cuando vuelve á casarse, á favor de los descendientes. En este caso, hay un ligero motivo de duda, pues podría decirse que tales renunciaciones son la condición con que el consejo de familia mantiene á la madre en el ejercicio de la tutela. Entonces surge la cuestión de si el consejo está facultado para imponer una condición como esa. Puede, ciertamente, no conservar á la madre que vuelve á casarse el ejercicio de la tutela, pero no, imponerle una condición que altere la patria potestad, po-

1 Sentencia de 15 de Enero de 1856 (*El Derecho*, número correspondiente al 24 de Enero de 1856).

2 Sentencia de 21 de Enero de 1857 (*El Derecho*, núm. correspondiente al 24 de Enero de 1857).

testad que seguiría correspondiéndole, aun cuando no continuase ella desempeñando la tutela (1).