

# TITULO OCTAVO DE LA PATRIA POTESTAD.

## CAPÍTULO I.

### DE LOS EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LAS PERSONAS DE LOS HIJOS

*Art. 363. Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condicion, deben honrar y respetar á sus padres y demás ascendientes.*

*Art. 364. Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras existe alguno de las ascendientes á quienes corresponde aquella, segun la ley.*

*Art. 365. La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados ó reconocidos.*

*Art. 366. La patria potestad se ejerce:*

*I. Por el padre.*

*II. Por la madre.*

*III. Por el abuelo paterno.*

*IV. Por el abuelo materno.*

*V. Por la abuela paterna.*

*VI. Por la abuela materna.*

Art. 367. *Sólo por muerte, interdiccion ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga en el orden establecido en el artículo anterior. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme á lo dispuesto en el art. 397.*

Art. 368. *Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste ó decreto de la autoridad pública competente.*

Art. 369. *Al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligacion de educarle convenientemente.*

Art. 370. *El padre tiene la facultad de corregir y castigar á sus hijos templada y mesuradamente.*

Art. 371. *Las autoridades auxiliarán á los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.*

Art. 372. *En defecto del padre, el ascendiente á quien corresponda la patria potestad ejercerá la facultad á que se refiere el art. 370.*

Art. 373. *El que está sujeto á patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligacion alguna sin expreso consentimiento del que ejerce aquel derecho.*

## SECCION 1ª.

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1. En varios lugares de esta obra hemos hecho algunas reminiscencias respecto al carácter y condiciones del poder del padre sobre los hijos y sus bienes, segun el Derecho romano. Todo lo que sabemos sobre este poder, que despues del Cristianismo significa el deber de proteccion en favor de los hijos, más que el derecho de autoridad sobre ellos, no sirve sino para justificar aquella terrible frase de Gayo: *fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos ha-*

*bent potestatem, qualem nos habemus* (1). En la época primitiva, ese poder era tan extenso y cruel, que constituía al padre absoluto soberano respecto de la persona y de los bienes de sus hijos (2); podía exponerlos (3), venderlos (4) y ellos nada adquirirían ni para sí sino para él (5). Varios siglos hubieron de transcurrir para que la jurisprudencia romana pudiera exclamar con Marciano: *patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere* (6). Entre tanto, son dignas de recordarse las leyes que prepararon el advenimiento definitivo de la institución del poder doméstico cristiano, á cuya sombra el hijo de ser como una propiedad material del padre, quien podía disponer de ella á su antojo y sobre la cual ejerció más de una vez el derecho terrible de la muerte (7), para convertirse en sagrado depósito de inmensa responsabilidad y de cuya conservación y buen manejo tendría que dar severa cuenta ante Dios y ante la sociedad. El Derecho nos enseña que no es permitido al padre ejercer crueldad contra los hijos sino por vía de corrección, y debiendo, en caso de reincidencia, recurrir al magistrado para que pronuncie la sentencia que crea justa (8). Una Constitución de Constantino pronunció la pena del parricidio contra el padre, culpable de la muerte de su hijo (9). Otras disposiciones imperiales prohibieron exponer á los hijos y su venta no fué ya permitida sino en el caso en que el padre viniese á extrema miseria y obrara de tan triste modo en el momento de nacer

(1) Gaius, 1, § 55.

(2) *Cod.*, lib. 8, tit. 43, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 8, tit. 51, l. 2.

[4] XII *Tabulae*, 4<sup>a</sup>.

(5) Gaius, 2, § 87.—*Inst. de Jus.*, l. 1, § 1.

(6) *Dig.*, lib. 48, tit. 9, l. 5.

(7) Valer. Max., lib. 5, cap. 8, número 1, sobre las XII Tablas.

(8) *Dig.*, lib. 48, tit. 8, l. 2.—*Cod.*, lib. 1, l. 3.—Giphanius, *Cod.*, ad leg. ult. de patria potest.

(9) *Cod.*, lib. 9, tit. 17.

(10) *Cod.*, lib. 8, tit. 52, ll. 2 y 3.

el hijo (1). Si el abandono de éste fué lícito áun mucho tiempo después, se necesitaba que lo motivase la necesidad de reparar un daño, y jamás podía tener por objeto á las hijas. (2). Justiniano conservó esta legislación, suprimiendo sólo el derecho del abandono noxal (3).

Se ve, pues, cómo había venido dulcificándose esa tremenda autoridad, que había hecho á Casio condenar á muerte á su hijo ante su tribunal doméstico por haber abrazado el partido de las leyes agrarias, y armado el brazo del Senador Fulvio, quien descargó la misma pena sobre uno de sus hijos, jóven amable é inteligente, cuyo delito no era otro que haberse afiliado al bando de Catilina y de la causa popular (4).

Desde la caída de la República, aquellas crueles tradiciones habían venido cediendo al noble impulso de ideas nuevas y humanitarias que, fundadas en los puros y dulces afectos de la naturaleza, eran además favorecidas por la misma innovación en el sistema de gobierno, que tendía á centralizar todos los poderes en la mano del emperador. Así es como, desde Augusto, podemos señalar una importante revolución que á la larga contribuiría poderosamente á cambiar la situación de los hijos respecto del *paterfamilias* y hacerlos respetables á sus ojos é independientes en la sociedad. Nos referimos á la extensión de los *peculios* (5), que fué causa de que infelices antes, condenados á no ser dueños de ningún bien material sobre la tierra (6), adquiriesen en propiedad el fruto de su personal trabajo y dejasen de ser meras máquinas, sólo destinadas á labrar la felicidad de los déspotas domésticos. Aquel emperador dió á los hijos el derecho de disponer hasta por testamento de las cosas ad-

(1) *Sent.* de Paulus, I, § 1.—*Cod.*, lib. 4, tit. 43. 1. 2.

(2) Gaius, 4, §§ 75 y sigs.—*Sent.* de Paulus, 2, 31, § 9.

(3) *Inst. de Just.*, de *noxalib. act.*, § 7.

(4) Salust., *Catilin.*, núm. 39.

(5) Varron, y después de él Festus encuentran la etimología de esta palabra en la de *pecus*, ganado, principal riqueza del pueblo romano en los primeros tiempos.

(6) Hegel, *Naturrecht*, § 175.

quiridas en el servicio militar, con tal de que, cuando la muerte, aún durase esa circunstancia (1). Pero si el hijo moría *ab intestato*, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica (2). Adriano concedió la propiedad de los bienes castrenses aún á los soldados veteranos, ó retirados del servicio militar (3). Constantino incorporó en el peculio castrense los bienes adquiridos por el hijo en la corte, ya fuesen fruto de sus economías ó de las mismas donaciones imperiales (4), y sucesivamente vinieron despues otros medios de riqueza á aumentar el patrimonio del hijo bajo el nombre de peculio *quasi castrense*, en el cual se comprendían sus honorarios ó sueldos como asesor (5), abogado (6), oficial adjunto al prefecto del pretorio (7), como obispo, diácono ó eclesiástico (8), y en fin, como empleado público (9). Aquel mismo emperador instituyó para el hijo de familia otra especie de peculio, que la doctrina ha señalado con el nombre de *adventicio* y que comprendía, segun la definicion de Vinnio, todos los bienes ganados por el hijo, fuera de cualquier procedencia paterna, ya por su trabajo, con tal de que no fuese en el servicio militar, ya por la fortuna, ora por sucesion de su madre ó de sus parientes maternos, ó por donacion á causa de matrimonio, ó finalmente, por legados que le hubieran dejado sus amigos (10). Hé ahí, pues, al hijo dueño de tres patrimonios fijos y seguros, no expuestos á la eventualidad y caprichos de la voluntad paterna, como sucedía con el peculio *profecticio*, así llamado, por su proce-

(1) Paul., *Sent.* III, 4, § 3.—Juvenal, *Sat.* XVI, v. 51.—*Inst. de Just.*, *quibus non est permissum*.

(2) *Dig.*, lib. 49, tit. 17, l. 19, § 3.—*Id.*, *id.*, *id.*, ll. 2 y 18, §§ 1 y 2.—*Cod.*, lib. 12, tit. 37, l. 5.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 2, tit. XII.

(4) *Cod.*, lib. 12, tit. 31.

(5) *Cod.*, lib. 1, tit. 51, l. 7.

(6) *Cod.*, lib. 2, tit. 7, l. 4.

(7) *Cod.*, lib. XII, tit. 37, l. 6.

(8) *Cod.*, lib. 1, tit. 3, l. 34.

(9) *Cod.*, lib. 3, tit. 28, l. 37.

(10) Vinnius, *Inst.*, lib. 2, tit. XII.—*Cod.*, lib. 6, tit. 60, ll. 1 y 2.

dencia de la liberalidad del padre, *quía à patre profectus est*, y el cual era revocable en cualquier tiempo, aun para ser concedido á un extraño: *pater dedit, pater abstulit*. De este origen, bien precario por cierto para el hijo, y su única riqueza posible en el primitivo derecho (1), nacieron los tres peculios que acabamos de enumerar, con los cuales el hijo de familia tuvo una verdadera personalidad jurídica y consiguió la real y positiva capacidad de adquirir para sí mismo.

2. ¿Cuáles eran las condiciones de estos varios peculios y qué participio concedieron las leyes al padre en ellos? En cuanto al peculio profecticio, fácil es comprender que su propiedad pertenecía exclusivamente al padre, siendo el hijo un mero administrador ó representante (2). Respecto del peculio adventicio, la propiedad era del hijo, correspondiendo sólo el usufructo al padre, durante su vida; pero pudiendo administrarlo y gozar de él libremente, sin obligación de caucionar su manejo, ni siquiera de hacer inventario, pues se consideraba, como suficiente garantía de una buena administracion, el natural amor del padre hácia los hijos: *paterna reverentia suum excusante* (3). Con todo, siendo como era posible que el padre dañase al hijo considerablemente en sus bienes, fué establecido, aunque tarde, un remedio eficaz para indemnizar al dueño del peculio adventicio de las mermas que éste hubiese sufrido á causa de la mala administracion paterna. Justiniano, despues de establecer que en principio los hijos no tienen ninguna seguridad contra los padres en el manejo de sus bienes, añade: «Salvo que se aprovechen de la hipoteca que hemos precedentemente acordado, para la conservacion de los bienes provenientes de la sucesion materna, ó que formen parte de las donaciones que la madre hubiera podido hacerles (4)».

(1) Gaius, 4, §§ 69 y 73.—*Dig.* lib. 15, tít. 1, l. 5, § 3.—Tito Livio, lib. 2, núm. 41.

(2) *Cod.*, lib. 4, tít. 26, l. 10.

(3) *Cod.*, lib. 6, tít. 41, l. 8, § 4.

(4) *Cod.*, lib. 6, tít. 61, l. 5.

Una hipoteca tácita fué, pues, otorgada por el emperador á los hijos propietarios del peculio adventicio, y de ella se trata con motivo de las segundas nupcias, estableciéndose que si el padre las contrae, desde el instante existe una hipoteca legal en favor de los hijos del primer lecho. El remedio, en consecuencia, contra los abusos de la administracion paterna, estaba sometido á especiales circunstancias, y sólo lo era respecto de los bienes que procedían de la madre (1). Durante la vida del padre, el hijo no podía vender ni hipotecar los bienes adventicios; pero una Constitucion imperial reconoció el derecho de suceder en ellos, ó sea, en la nuda propiedad, pues el usufructo debía siempre ser reservado al padre (2), y otra dió el mismo derecho á los hermanos y hermanas, caso de que el hijo muriese sin herederos directos.

Son los peculios castrense y cuasi-castrense el verdadero tipo de la propiedad del hijo, sobre todo en la última época del derecho Romano. Sobre ellos tiene el hijo un completo dominio que lo asimila al *paterfamilias*; es propietario y administrador, no necesita para nada del consentimiento paterno (3), y, como *sui juris*, con capacidad plena y entera para contratar, no puede ser coartado en sus actos ni por las prohibiciones del Senado consulto Macedoniano (4), de cuya aplicacion no estaban exentas ni las funciones públicas, ni aún la misma dignidad consular. Por la misma razon, el hijo puede celebrar contratos con su padre sobre los bienes que pertenecen á estos peculios, ser su acreedor y aún entablar contra él un proceso, si bien recabando previamente la autorizacion del magistrado (5). Una sola excepcion se oponía antes de Justiniano y ya vigente el derecho imperial, á la libre y absoluta independencia del pecu-

[1] *Cod.*, lib. 5, tít. 9, l. 6.

[2] *Cod.*, lib. 6, tít. 61. 11. 3 y 4.

[3] *Dig.*, lib. 49, tít. 16, l. 4, § 1.

[4] *Dig.*, lib. 14, tít. 6, 11. 1 y 2, § 3.—*Cod.*, lib. 4, tít. 28, l. 7, § 1.

[5] *Dig.*, lib. 18, tít. 1, l. 2.—*Dig.*, lib. 5, tít. 1, l. 4.—*Dig.*, lib. 2, tít. 4, l. 8.

lio castrense y cuasi castrense, los cuales, en caso de intestado del hijo, caían irremisiblemente en poder del padre, *jure peculio et non hereditatis* (1). Pero este emperador suprimió el último vestigio del antiguo poder quirritario sobre los hijos, estableciendo que á falta de testamento, el peculio castrense sería atribuido: 1º á los hijos; 2º á los hermanos y hermanas; y 3º al padre, quien de esta manera quedaba convertido en mero heredero posible del hijo (2).

3. Nos resta investigar cómo se adquiría la patria potestad y por quiénes podía ser ejercida. Tres orígenes se señalan á la autoridad doméstica, segun el Derecho romano: las justas nupcias (3), la legitimación (4) y la adopción (5). El concubinato, pues, no hacía nacer la patria potestad. Algunos autores muestran un cuarto origen de este poder: la ingratitude del hijo emancipado, que recaía bajo la autoridad paterna, de la cual se consideraba que había salido inmerecidamente; *leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritè multari voluerunt* (6). El poder doméstico estaba vinculado en el jefe de la familia, quien lo ejercía hasta su muerte sobre los hijos y sobre los descendientes de estos, sin que el matrimonio de los primeros produjera la emancipación (7); pero los hijos de las hijas estaban sometidos, ó al padre si era *sui juris*, ó al abuelo paterno, pues el materno era sólo *cognado* de aquellos (8).

Cargo eminentemente unido al poder quirritario, la magistratura doméstica jamás podía ser desempeñada por la madre, aún cuando fuese *sui juris*, limitándose su papel en el hogar á influir con su cariño y ternura en la educación de los

(1) *Dig.*, lib. 49, tít. 17, l. 2.

(2) *Dig.*, lib. 49, tít. 17, l. 17.—Vinnius, *Inst.*, *quibus non est permissum*, núm. 4.—Van-Wetter, *Droit Rom.*, tom. 2, §§ 591 y 592.

(3) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 9.—Ortolan, tom. 1, *ad id.*—Van-Wetter, tom. 2, § 584, sect. 1.

(4) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 10, § 13.

(5) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 11.

(6) *Cod.*, lib. 8, tít. 50.

(7) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 9, § 3.

(8) *Inst. de Just.*, lib. 1, tít. 9, § 3, *in fine*.



hijos (1). Sometida al poder de la *manus* durante la vida de su marido, era provista, despues de la muerte de éste, de un tutor testamentario ó legítimo. El hijo no debía ni aún impetrar el consentimiento de la madre para contraer matrimonio, y no fué sino obra muy lenta del tiempo, consumada al fin y perfeccionada por el progreso de las ideas cristianas, la participacion clara y directa del afecto maternal en la direccion de los hijos y en el gobierno de los intereses domésticos (2). ¿Qué importa que la historia nos revele la grande significacion de los oficios y actos más comunes de la matrona romana, su influencia hasta en el cambio y giro de los negocios públicos desde los primeros tiempos de la ciudad, y la casi religiosa veneracion de que era objeto aún por parte de los guerreros más esforzados (3), si tan considerable papel, reducido meramente á las costumbres, era contrastado por la perpetuidad de la tutela á que vivía sometida, y por la unidad rigurosa y severísima de la patria potestad en favor del padre (4)? Veámos, con todo, por qué serie de reformas, aunque tímidas y no muy definidas al principio, vino preparándose la gran revolucion legal que hizo intervenir á la madre en la guarda de los hijos y le devolvió sobre ellos la autoridad que incontestablemente le pertenece por la naturaleza. Un día Antonino *Pio* tuvo que fallar sobre un interdicto *de liberis exhibendis*, á causa de que un padre reclamaba de su mujer al hijo que ella retenía, y decidió en favor de la madre, por equidad y excepcion, segun dice Ulpiano que nos ha conservado este rescripto, tambien repetido por Marco Aurelio y Alejandro Severo (5). Otra constitucion de los mismos emperadores daba á la madre el derecho de intervenir en concurrencia con los agnados en la eleccion de un marido para la hija (6). Ciceron en-

[1] *Dig.*, lib. 50, tit. 16, l. 195, § 5.

[2] Tito-Livio, lib. 39, núms. 10 y 11.

[3] Tito-Livio, lib. 1, núms. 50 y 60.—Ortolan, *Hist. de la leg. romain.*, núms. 17 y 25.

[4] *Callius I*, 190.—Tito-Livio, lib. 39, núm. 9.

[5] *Dig.*, lib. 43, tit. 30, l. 3.

[6] *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 1.

contraba lo más natural y debido que la madre velara durante la infancia de los hijos contra la improbidad de los magistrados (1), y el Pretor, si bien hablando del matrimonio del derecho de gentes, el cual era accesible á todos los hombres, imponía á los hijos el respeto hácia ambos padres y les rehusaba el derecho de queréllarse contra ellos por injuria, á no ser que ésta fuese atroz (2). Cuando, más tarde haya cesado por una ley de Caracalla la diferencia entre ciudadanos romanos y los demás súbditos del imperio, esa declaración pretoriana será considerada como el origen del derecho concedido á los padres de castigar y corregir á los hijos. Una constitucion de Alejandro Severo ordenaba al magistrado nombrar á la madre guardiana de sus hijos menores, á no ser que hubiera contraído segundas nupcias ó se resistieran á tal nombramiento los parientes inmediatos ó el tutor del hijo (3). Segun el senado-consulto Tertuliano, cuando el padre moría, la madre debía hacer nombrar tutor á los hijos, so pena de perder los derechos sucesorales que le estaban acordados á falta de otros herederos (4). Antiguamente, la madre no podía nombrar tutor testamentario al hijo: una ingeniosa reforma hizo que tal cosa fuese posible, mediante la institucion de heredero y la aprobacion del magistrado, si bien la tutela sólo se refería á la guarda de los bienes de procedencia materna (5).

4 Hasta este mediano grado habían alcanzado apénas los esfuerzos del Derecho pagano en favor del tierno sér, cuyo cariño é inagotables sacrificios en bien de los hijos no fueron bastante prueba en la antigüedad clásica, de sus merecimientos para ser asociada al hombre en sus derechos como jefe de la familia. Tal aislamiento é inutilidad de la mujer romana en el seno del hogar y su carencia casi abso-

---

(1) Cic, *in Ver.*, I, 37.

(2) *Dig.*, lib. 1, tít. 16, l. 9, § 3.

(3) *Cod.*, lib. 5, tít. 49, l. 1.

(4) *Cod.*, lib. 6, tít. 46, ll. 2 y 3.

(5) *Cod.*, lib. 5, tít. 28, l. 4.

luta de derechos sobre los hijos, que á la muerte del padre, caían, si eran menores, bajo el poder quizá de un extraño, no dejaron de ser causas que deben explicarnos en mucha parte el afan con que ella, como si tratara de vengarse del desconocimiento de los fueros naturales en su persona, se lanzó á buscar el alimento para su actividad y el goce negado á sus sentimientos de madre, en el lujo y en los vanos placeres, en conjuraciones impúdicas, en indecentes divorcios y en escandalosos adulterios (1).

Se necesitaba, pues, urgentemente que una nueva legislación viniera á levantar la dignidad de la madre ultrajada, concediéndole en cambio de su acendrado amor por los hijos el grado de autoridad necesario para suplir en el hogar con su fé y desinterés la parte de dedicacion de que privaban al padre las atenciones de la vida pública. Para tan magno resultado, había no sólo que desarrollar los débiles gérmenes depositados aquí y allá por la civilizacion antigua, sino crear nuevos y desarraigar todos los elementos secularmente opuestos á la natural igualdad de los dos sexos en el matrimonio, sin perjuicio de trazar con toda claridad los verdaderos límites de la subordinacion doméstica. Tal fué la obra grandiosa del Cristianismo, de sus sublimes doctrinas y de sus maravillosos ejemplos, que, haciéndose sentir desde Constantino hasta Justiniano, dieron al mundo las *Pulcherias* y las *Eudoxias*, las *Placidias* y las *Vigilancias*, poseedoras unas hasta de los talentos del gobierno, adornadas todas con las virtudes de la mujer cristiana (2), y asociaron en un mismo amor y respeto, en iguales derechos y obligaciones, á los dos séres de quienes procede la familia, cuyos sacrificios pesan aún más sobre la débil madre, autora siempre de la primera educacion del hijo y víctima

(1) Plinio, *Hist. nat.*, 14, núm. 14.—Valer. Max., lib. 6, cap. 3, núm. 8.—Tito-Livio, lib. 1 núm. 57.—Heinec., *ad leg. Pappiam.*, lib. 1, cap. 11, num. 12.—Tacit., *Anal.*, lib. 3, núm 34.

(2) Gibbon, tom. 6, págs. 186, 192, 212, 295.

obligada de la naturaleza (1). En el sistema de la Religión Cristiana, la mujer debe esforzarse á la par que el hombre en el servicio del Señor (2); es tan digna como el hombre (3), á quien, aunque inferior en fuerza, sobrepuja en fé y en amor (4), y la Iglesia le ofrece dignidades y aún participio muy principal en el apostolado, para que derrame la instrucción entre las multitudes (5).

Principios tan fecundos no produjeron, como lo nota un autor, inmediatamente todos sus frutos. El Cristianismo encontró en Bizancio soberanos de un celo ardentísimo por la causa de la fé y en contra de los paganos y de los herejes; pero muy rehacios para romper por completo con las antiguas tradiciones del derecho privado y hacer pasar á las leyes las nuevas ideas con todas sus consecuencias. Empero las constituciones imperiales que en seguida vamos á recordar, si no destruyeron por completo aquella especie de exclusiva magestad del marido (6), ni borraron la nota de imbecilidad y debilidad de espíritu con que el primitivo derecho marcaba á la mujer (7), continuaron, á no dudarlo, el progreso iniciado y prepararon para las nuevas razas que habrían de invadir el Imperio romano, la absoluta desaparición de los viejos principios (8). Theodocio *el Grande* consagró los derechos de la madre, declarando que si el padre no había designado tutor testamentario, ni había tutor legítimo, y la madre juraba no contraer segundas nupcias, la tutela del hijo le sería confiada, en razón á que nadie podría defenderle y amarle mejor que ella (9), con lo cual caía

(1) S. Pablo, *Epist. ad Corinth.*, I, 7 y 36; *ad Eph.* VI, 21, 22 y 31; *ad Gal.*, III, 18, 19, 20 y 21.

(2) S. Pablo, *ad Rom.*, XVI, 6 y 12.—Id. *ad Galat.*, III, 28.

(3) S. Pablo, *ad Corinth.*, VII, 4 y 14.—S. Mateo, XIX, 5 y 6.—S. Gerónimo, *carta* 84.

(4) S. Mateo, IX, 22; XV, 28; XXVI, 7 á 12.

(5) 4<sup>o</sup> Concil., *Cartag sobre la instrucción de las mujeres*.—*Novelas*, 3. cap. 1; 6. cap. 6; 123, cap. 3.—*Cod. Theod. de episcop. coment.* por Godofredo.

(6) Valer. Max., lib. 2, cap. 1, núm. 6.—Tito-Livio, lib. 34, núm. 2.

(7) Gaius., I, 144.—Ulp., xI, 1.

(8) Digard, *de la puissance paternelle*.

(9) *Cod. Theod.* l. 4, *de tut. et curat. creandis*.

para siempre el antiguo principio de que la tutela era sólo un oficio viril, *virile minus*. Los emperadores Honorio y Theodosio establecieron que sería necesario el consentimiento de la madre para el matrimonio de la hija menor de veinticinco años, siempre que fuera tal acto rehusado por el padre (1). Justiniano se preocupó de la suerte de los hijos en caso de divorcio, ordenando que ellos quedasen en poder del cónyuge inocente, aún cuando fuese la madre, con tal de que ésta no contrajese segundo matrimonio (2).

Hé ahí las principales reformas implantadas por los emperadores cristianos en orden á la patria potestad y en favor de la mujer. Si comparadas con el moderno derecho parecen tímidas y poco decididas, no hay que culpar de esto á la Iglesia, porque ni la legislación del Bajo-Imperio es en su totalidad una legislación francamente cristiana, ni era posible, sin grandes trastornos en el orden social, derribar por entero la secular jurisprudencia romana, en la cual persistían vinculados grandes intereses y no poco respetables tradiciones. Pero en esas reformas que esencialmente contienen ya el principio cardinal de la igualdad de la madre y del padre en los derechos y obligaciones del matrimonio, el observador atento é imparcial no podrá menos de ver la fecunda premisa cuyas consecuencias tendrán que ser el triunfo del derecho natural, tan desconocido á través de los siglos precedentes, la solicitud de los débiles, la protección de los humildes y el seguro cumplimiento de los deberes hácia los hijos, por la garantía del verdadero é inagotable amor de la madre hácia ellos.

5. *Legislación española*.—El más antiguo de los Códigos de nuestra madre Patria, el Fuero Juzgo, contiene muy escasas disposiciones acerca de la patria potestad, la cual, en opinión comun de los intérpretes, pertenecía, muerto el padre, *á la madre*, hasta que los hijos hubieran cumplido

(1) *Cod.*, lib. 5, tit. 4, l. 20.

(2) *Nov.* 89, 4.

quince años, siempre que ella quisiese y no pasara á segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de veinte á treinta años de edad, á él debía pasar la guarda del menor. Si tal hermano no existía, ó no tenía el requisito expresado, la tutela era encomendada al tío ó á su hijo, debiendo el juez otorgarla, si estos parientes no pudieran ejercerla, á cualquier otro que él designase. Ni el padre, ni la madre, ni los otros parientes en su caso, podían vender ni gastar los bienes del menor, de los cuales les pertenecía solamente la décima parte de los frutos, á cuyo efecto debía formarse previo inventario ante testigos, y estaban obligados á restitucion, en caso de pérdida por negligencia (1). La legislacion, pues, de la raza conquistadora de España y verdadera fundadora de su nacionalidad, reformó radicalmente el derecho romano en un punto tan importante como era la intervencion de la madre en el ejercicio de la patria potestad, lo cual no es de extrañar si se atiende á que en todos los pueblos de raza germánica eran muy estimadas las mujeres, practicándose la monogamia, de donde tuvo origen, al decir de un renombrado jurisconsulto español, el culto de la mujer europea, desarrollado por el Cristianismo y extremado entre nuestros padres, los españoles, por las costumbres de los árabes (2).

Las leyes de Partida operaron una verdadera reaccion en esta materia, copiando las leyes romanas, si no en el estado que guardaban bajo la República y los primeros tiempos del Imperio, si con las reformas hechas por los emperadores cristianos hasta Justiniano (3), por lo cual, aunque el poder doméstico ha dejado de ser la austera representacion de los crueles derechos concedidos al *paterfamilias*, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bie-

(1) *Fuero Juzgo*, lib. 4, tít. 2 y 3, l. 13.—Marina, *Ensayo*, num. 201, nota 3.—F. Elías *Der. civ. esp.*, lec. XVI.—J. Francisco Pacheco, *Introduc. de la ley Wisigoda*.—Gutiérrez Fernández, *Cod. esp.*, lib. 1, cap. 4.

(2) Pedro José Pidal, *Lecciones sobre la hist. del gobierno y leg. de España*, 15.<sup>a</sup>

(3) Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 8.

nes, para convertirse en *ligamiento de reverencia, e de subiección e de castigamiento* (1), vuelve otra vez á extenderse aun á los más remotos descendientes con tal de que sean legítimos, sin consideración alguna á la independencia que da el matrimonio (2), y á pertenecer exclusivamente al padre, con absoluto alejamiento hasta de los parientes por la madre (3). «El castigamiento, dice una ley del Código que examinamos, debe ser con mesura y con piedad (4)» y otra expresa que el padre tiene derecho de demandar en juicio y tornar á su poder al hijo que anduviese por su voluntad *vagando por la tierra, non queriendo obedecerle* (5). La patria potestad se adquiere por matrimonio legítimo ó legitimación y por adopción (6), perdiéndose por muerte natural, por destierro perpetuo, por dignidad del hijo, por emancipación, por castigos crueles impuestos al hijo por el padre, por prostitución de las hijas, por posesión de lo que le fué entregado bajo condición de emancipar al hijo, y finalmente por mala versación de los caudales pertenecientes á éste (7). Una de las leyes de Toro declaraba que acabaría también la patria potestad para el hijo ó hija que fuese casado y velado (8).

En cuanto á los bienes, el antiguo derecho español siguió fielmente al Romano tanto en la clasificación y definición de los peculios como en los derechos y obligaciones respectivos del padre y del hijo, con excepción del usufructo del peculio adventicio, que el padre conservaba solamente hasta que el hijo se casaba y *velaba*, y cuya mitad continuaba perteneciéndole aun despues de ser eman-

(1) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 3.*

(2) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 1.*

(3) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 2.—P. Gómez de la Serna, Introd. hist. 4.<sup>a</sup> Part.*

(4) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 18 y 7.<sup>a</sup>, tit. VIII, l. 9.*

(5) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, l. 10.*

(6) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. XVII, ll. 2 y 4.—Id. tit. 15, l. 4.—Id. tit. 18, l. 19.—Id. tit. 16, l. 1.*

(7) *Part. 4.<sup>a</sup>, tit. 18, l. 1.<sup>a</sup>, á 4.<sup>a</sup>.—Id. Id. l. 17 á 25,*

(8) *Recop. lib. 5, tit. 1, l. 8.—L. 47 de Toro.*

cipado, salvo por supuesto el caso de remision, cuando tal cambio habia sido efecto de la libre voluntad del padre, pues se entendía «por galardón, porque lo sacó de su poder (1).»

6. Necesitase, pues, volver á los remotos orígenes de las razas apellidadas bárbaras por la civilizacion romana, para encontrar los lineamientos de nuestro moderno derecho, que es absolutamente diverso del que acabamos de exponer. Hemos visto como entre la legislacion antigua española se destaca el Fuero Juzgo, concediendo á la madre el derecho de patria potestad en defecto del padre. En el mismo sentido se manifiestan el Fuero Real (2), el Fuero Viejo y los de Cuenca y Plasencia (3). Entre los Galos y no obstante que mucha semejanza hubiera entre el poder doméstico romano y el de este pueblo, segun observaciones de Cesar y Gaio (4), si bien es cierto que la autoridad del hogar con su cortejo de crueles derechos estaba concentrada en la mano del padre, los hijos vivian hasta la pubertad bajo la direccion de la madre, y los cuidados y vigilancia de su solícito amor formaban uno de los elementos mas preciosos de la vida de familia, no estando en esta raza la mujer degradada hasta el vil rango de esclava (5). El poder doméstico no pertenecía, como en Roma, al *abuelo* sino al *padre*, porque el matrimonio operaba la emancipacion *ipso facto* (6), y se basaba sobre el espíritu de proteccion á los débiles, lo cual, al decir de un autor, constituye el carácter de todos los Códigos germánicos (7). En este sentido y por notables diferencias con la ley romana, bien pudo escribir Loysel que en el derecho no escrito, ó consuetudinario de la antigua Francia «no existía la patria potestad (8)» y Po-

(1) *Part.* 4<sup>ta</sup>, tit. XVII, l. 1, 5, 6 y 7 y tit. XVIII, l. 15.—L. 48 de las de Toro.

(2) Fuero Real, lib. 3, tit. VII, ll. 2 y 3.

(3) Fuero Viejo, lib. 5, tit. 4, l. 1.—Fuero de Cuenca, l. 4, cap. 10.

(4) Cesar, *Comm.* VI, 19.—Gaius, I, § 55.

(5) Laferrière, *Hist. du droit franc.* tom. 2, pag. 74.

(6) D' Argentré, *sur la Coutume de Bretagne*, art. 493.—Pardesús, *Loi Salique* dissert. 3.

(7) Laboulaye, *sur condit. civ. et politique des femmes*, lib. 2, pags. 197 et suiv.

(8) Loysel, *Inst. coutumieres*, lib. 1, tit. 1, núm. 37.



thier enseña que el poder paterno no consistía según el derecho originario de los Galos, sino en la autoridad de los *padres* de gobernar la persona y los bienes de sus hijos hasta la edad en que ellos pudieran obrar por sí mismos y en el deber de estos de cumplir hacia aquellos ciertas obligaciones de sumisión y reconocimiento (1). He ahí, con toda claridad, los verdaderos gérmenes del Derecho moderno en la materia que estudiamos, pues en vez de aquel austero poder establecido sólo en beneficio del *pater familias*, poder exclusivo de él y duradero por toda la vida del hijo, solo vemos el deber de protección compartido con la madre y cuyo objeto no es otro, que el respeto de los derechos del ser á quien hemos engendrado, de su individualidad, antes absorbida en la pesada y ambiciosa personalidad del padre. Expresión de ese cambio en la familia, en sus condiciones y tendencias son los decretos de la Revolución francesa de 28 de Agosto de 1792 y de 20 de Septiembre del mismo año, que abolieron el poder paterno sobre los mayores de edad y fijaron para estos la época de los veintiun años.

## DERECHO MODERNO.

¿A QUIÉNES PERTENECE LA PATRIA POTESTAD? ¿SOBRE QUIÉNES SE EJERCE Y CUÁLES SON SUS EFECTOS PERSONALES?

7. El consejero de Estado, Real, en la exposición de motivos del título IX lib. 1º del Código de Napoleon, definía la patria potestad: «Un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley que da al *padre* y á la *madre* durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de la persona, la administración y el goce de los bienes de sus hijos.» Son los arts. 371 á 373 de dicho Código los que autorizan á establecer que conforme á él la patria po-

(1) Potiehr, *Œuvres*, tom. 9, de la *puissance paternelle*, núm. 130.

testad pertenece exclusivamente al padre y en su defecto á la madre. Asi, pues, los otros ascendientes no son acreedores ni al honor y respeto de los hijos, como lo son á los alimentos, al derecho de consentir ó no en su matrimonio, etc., etc.

Esto resulta, en estricta interpretacion, de los preceptos indicados, de los cuales ninguno menciona para nada á los abuelos ni siquiera al referirse en términos generales á ese honor y respeto, sin duda debidos tambien á los ancianos, que á nuestra vista son respetados y honrados por aquellos mismos de quienes hemos recibido el ser. Tamaña aberracion que acusa un lamentable olvido en los legisladores, no ha sido consentida por la jurisprudencia ni por la doctrina, que se han visto precisadas á dividir la patria potestad en dos especies, de las cuales la una es comun á los padres con los demás ascendientes, correspondiendo la otra sólo á los primeros. Aquella es la patria potestad tomada en su más lato sentido y comprende todo ese conjunto de derechos y obligaciones entre *ascendientes y descendientes*, que en muchos casos solo termina por la muerte. La segunda que es llamada tambien por los expositores patria potestad; pero reducida á sus límites positivos y expresos, sólo consiste en los derechos y deberes que terminantemente prefija el Código civil en el título que estamos examinando (1). Conforme á esta clasificación no pocos tribunales franceses han decidido que el abuelo tiene derecho de visitar á sus nietos, á pesar del disenso del padre, y de vigilar la conducta de éste hácia aquellos en orden á educacion y buenos ejemplos, según las circunstancias, y que, en caso de ausencia del padre, los hijos deben vivir al lado de los ascendientes y no en otra parte (2).

(1) Demolombe, tom. 6 núm. 270.—Demante, tom. 2, núm. 113 bis.—Mourlon, tom. 1, núm. 1024.—Acollas, tom. 1, pág. 37.—*Contra*: Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 951.—Marcadé, tom. 2, núm. 134.—Duranton, tom. 2, núm. 351.—Massé et Verge *sur Zachariae* tom. 1, § 136.—Arntz, tom. 1, núm. 632.—Laurent, tom. 4, núm. 267.

(2) Arrêts: Cass. 8 juill. 1857; Bordeaux, 16 juill. 1867 (Sirey, 1867, I, 721); Nancy, 28 mai 1858 (Id. 1858, II, 302); Cass. 26 juill. 1870 (Id. 1871, I, 28).—*Contra*: Trib. Seine, 7 mars. 1877 (Id. 1877, II, 218); Paris, 21 avr. 1853 (Id. 1853, II, 297); Bordeaux, 13 juin. 1860 (Id. 1861, II, 75); Bordeaux, 16 juill. 1867 (*loc. cit.*).

Nuestra legislación nacional se ha inspirado en más amplias ideas en orden al personal de la familia del hijo sujeto á patria potestad. Los Códigos de Veracruz y Estado de México, si bien es cierto que en sus arts. 341 y 292 respectivamente, parecen por sus términos limitarse á los *padres* en cuanto al deber por parte del hijo de honra y respeto, expresan que la patria potestad corresponde, á falta del padre y de la madre, al abuelo paterno y en defecto de éste al materno (arts. 343 del primero y 294 del segundo), con lo cual queda como aislado el primer precepto, ó cuando menos sujeto á graves equivocaciones, acerca de si el deber que impone se extiende también á dichos ascendientes. No han procedido así nuestros legisladores del Distrito Federal y del Estado de Tlaxcala, cuyos códigos proclaman francamente y sin la menor reticencia que los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y condición, deben honrar y respetar á sus padres y *demás ascendientes*, declarando después que la patria potestad se ejerce, á falta de padres, en el siguiente orden sucesivo: 1.º por el abuelo paterno; 2.º por el materno; 3.º por la abuela paterna y 4.º por la materna (arts. 389 y 392 del Código del Distrito Federal de 1870; 363 y 366 del actual y 273 y 276 del de Tlaxcala). La Comisión, autora del primero de esos Códigos, después de encomiar la necesaria reforma de haber introducido á la mujer en el ejercicio de la patria potestad, explica el participio concedido en ella también á los abuelos, diciendo que, aunque pueda objetárseles la edad, se les concede facultad de renunciar, lo cual basta para que, si no se consideran capaces de ejercer aquel derecho, lo renuncien en bien de sus descendientes, y que respecto de las abuelas, militan en su favor las mismas razones que en el de la madre, pues el pensamiento dominante de la comisión en esta materia lo mismo que en la de sucesiones ha sido no introducir en los negocios domésticos á personas extrañas, sino cuando absolutamente no

pueda evitarse, y que, como en ambas debe intervenir el Ministerio público, cree que tienen los menores las suficientes garantías.

8. Esto supuesto debemos examinar en qué casos entra á ejercer la patria potestad cada una de las personas designadas. Hay sobre este punto en el Código francés vacíos que han sido perfectamente llenados en nuestra legislación. Los arts. 372 y 373 de ese Código establecen que el hijo permanece bajo la autoridad de *ambos padres* hasta que llega á la mayor edad ó es emancipado; pero que *durante* el matrimonio, aquella solo es ejercida por el padre. De tan severo laconismo han nacido las siguientes cuestiones: ¿es la madre absolutamente extraña á la patria potestad en vida del marido? ¿ejerce ella tal autoridad en lugar del padre, aun durante el matrimonio, cuando se halla ausente ó se vuelve incapacitado? En cuanto á la primera, pudiera decirse que, no siendo el Código civil un tratado de moral, los legisladores han considerado innecesario y aun impropio preceptuar en términos positivos lo que respecto de los derechos y de los deberes de la madre en el matrimonio enseñan con sobrada claridad la naturaleza física y sus necesidades, no menos que los sentimientos que embellecen la vida en el hogar doméstico. Por esto los intérpretes del Código francés afirman generalmente que, al decirse que solo el padre tiene la autoridad doméstica durante el matrimonio, esto no significa que la madre sea extraña á la educacion y demás cuidados del hijo, pues la ley humana de seguro es incapaz de alejarla de un deber impuesto por Dios mismo, si bien tal intervención es meramente moral (1). Pero entendido así el precepto legal ¿qué decidir en orden á ciertas estipulaciones por las cuales convienen los esposos en que la educación religiosa, por ejemplo, de los hijos será encomendada al padre, mientras que la de las hijas lo será á la madre, que no profesa la

---

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 294.—Laurent, tom. 4, núm. 261.

misma religión que aquel? Rodiere y Pont sostienen la validez de tales pactos (1) en contra del comun sentir de los intérpretes y de la jurisprudencia que, fundándose en el carácter de orden público de la autoridad paterna, deciden que ella no puede ser modificada por las convenciones particulares de los cónyuges, y que aun sería imposible en la práctica tal dualidad de educaciones, porque la necesidad de las cosas exige la mayor unidad en la dirección de la infancia (2).

Nuestra legislación nacional ha prevenido con sin igual previsión todas estas dudas, y algunas otras, estableciendo que solo por muerte, interdicción ó ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad la persona que le siga en el orden establecido por la ley, lo cual se observará también en el caso de renuncia de que hablaremos más adelante. En este sentido son uniformes los Códigos de Tlaxcala (art. 277), del Distrito Federal de 1870 (art. 393), y del que comentamos (art. 367), siendo de lamentar alguna falta de claridad en los de Estado de México (art. 294) y de Veracruz, (art. 343), por la vaguedad de los términos que emplean y que mucho se prestan á equívocas interpretaciones. Ninguna duda, pues, en nuestro derecho, como en el Francés, sobre sí á semejanza de lo que sucedía en la legislación anterior al Código de Napoleón, podía la madre, aún durante el matrimonio ejercer la patria potestad cuando el marido no lo pudiese por causa de demencia ó de ausencia (3). Puede en consecuencia afirmarse que según nuestro derecho ninguna de las personas designadas para el ejercicio de las importantes funciones de jefe de la familia, concurre con otra, porque claramente se vé que el espíritu de nuestros legisladores ha sido que domine en la responsabilidad de los derechos y obligacio-

(1) Rodiere et Pont, *Traité du contrat de mariage*, tom. 1, núms. 55 á 57.

(2) Marcadé *sur l'art.* 1388.—Aubry et Rau *sur Zachariae*, tom. 4, págs. 223 y 604,—Massé et Vergé *sur Zachariae*, tom. 1, pág. 381.—Troplong, *Du contrat de mariage*, tom. 1, núm. 61.—Duranton, tom. 2, núm. 338.—Demolombe, tom. 6, núm. 295.—Laurent, tom. 4, núm. 261.

(3) Pothier, *Traité des personnes* núm. 137.—Laurent, tom. 4, núm. 262.

nes del poder paterno la más absoluta y perfecta unidad. Es lo mismo que en otra parte de esta obra hemos hecho notar aún respecto del consentimiento ó disenso de los ascendientes para el matrimonio de los hijos menores de edad (1), en lo cual no poco se diferencia nuestra legislación de la Francesa que exige para este caso el consentimiento de ambos padres.

9. Pero si por causa de muerte de una de las personas facultadas por la ley para el desempeño de la patria potestad, ninguna duda puede surgir, no sucede lo mismo tratándose de la interdicción ó ausencia, porque la primera tiene caratères que el legislador ha cuidado de precisar y la segunda recorre grados desde la simple presuncion hasta su declaracion definitiva. De aquí resultan graves dudas que debemos desvanecer. Es la primera: ¿cómo habrá de entenderse la interdiccion á que se refieren nuestros Códigos; será la interdiccion declarada judicialmente ó tambien aquella cuya causa sea patente y notoria, aunque falta de tal requisito? No puede negarse que si son nulos cualesquiera actos de administracion ejecutados y todos los contratos celebrados por los incapaces aun antes del nombramiento de tutor, cuando la incapacidad es manifiesta é indudable, igual principio debe regir tratándose de la patria potestad, la cual comprende no solo los actos relativos á la administracion de los bienes del hijo de familia, sino tambien su educacion moral é intelectual que es la base de su porvenir en la vida. ¿Por qué en efecto establecer mayores precauciones y garantías en órden á los actos y contratos del incapaz con extraños, que respecto al hijo desamparado en su inexperiencia y no ménos digno ante la justicia de la ley, de la inviolabilidad de sus derechos? Ha sido necesario, con todo, sacrificar algun tanto el rigor de los principios por lo que hace á la patria potestad y al caso de incapacidad del que la ejerce, á causa de pertenecer á lo íntimo del hogar, por lo

---

(1) Véase tomo 2.<sup>o</sup> de esta obra núms 43 y 56.

cual los deberes en que ella consiste en favor de los hijos están suficientemente garantidos por el natural amor de los padres hácia ellos, siendo por otra parte muy peligroso suspender siquiera el ejercicio de obligaciones y derechos tan graves como los que corresponden al jefe de la familia en virtud solo de presunciones de incapacidad, por muy vehementes y claras que se las suponga. Así es que no vacilamos en afirmar que la interdiccion á que se refiere el art. 367 del Código que comentamos, ha de ser declarada judicialmente, y que la misma interpretacion rige tanto respecto de la ausencia que igualmente debe ser declarada en forma, como en el caso de sentencia condenatoria que imponga, como pena, la privación de la patria potestad al que la ejerce, pues ésta tambien tiene que ser definitiva, para que surta el efecto de llamar á otro ascendiente al desempeño de aquella (art. 391). En este sentido se manifiestan tambien conformes el Código del Distrito Federal de 1870 (art. 418), el de Tlaxcala (art. 297), el de Estado de México (art. 316) y el de Veracruz (art. 365).

10. Con motivo del mismo caso de interdiccion del que ejerce la patria potestad, ocurre tambien la siguiente é importante controversia: ¿la declaracion de incapacidad puede ser parcial de tal manera que prohibiendo algunos actos de administracion, deje subsistentes otros y entre ellos el más grave de los que comprende la patria potestad, es á saber, la educacion de los hijos? Esta cuestion se enlaza con la que los médicos alienistas debaten sobre la realidad ó falsedad de la locura parcial, ó lo que es lo mismo, sobre la unidad ó diversidad de las facultades de nuestro espíritu. En otra parte de esta obra y con motivo del impedimento de locura para contraer matrimonio hemos expuesto los fundamentos de una y otra opinion, habiéndonos decidido por la que proclama que el pensamiento del hombre lo mismo que sus facultades morales ó afectivas proceden de una unidad perfecta y forman una síntesis absoluta, imposible de

descomponer en partes, como si se quisiera hacer con el espíritu del sér humano lo que se verifica con su cuerpo sobre la plancha del anfiteatro (1). Lo que allí hemos dicho nos sirve para resolver negativamente la cuestion jurídica propuesta, á lo menos en conformidad con el actual Código del Distrito Federal. Es ésta una de las principales reformas que fueron hechas en 1884 á la legislacion civil vigente hasta esa fecha, cabiendo al Sr. Lic. D. José Linares, cuya muerte llora aún el Foro Mexicano, la indisputable honra de haber propuesto en el seno de la Comision, que siempre se considerase la interdiccion por causa de enagenacion mental como total, pues en concepto de los Médico-legistas más eminentes son solidarias todas las funciones psiquicas, por lo que no pueden admitirse las alteraciones aisladas de la voluntad, como monomanías, delirios &, &. (2). Mas todo lo contrario hay que decir, si atendemos no solo al Código del Distrito Federal de 1870 (arts. 466 y 467), sino tambien al de Tlaxcala (art. 333), al del Estado de México (arts. 488 y 489) y al de Veracruz (arts. 539 y 540), todos los cuales reconocen al Juez la facultad de declarar segun las circunstancias, si la incapacidad intelectual es absoluta ó parcial, prohibiendo al paciente en este segundo caso solo ciertos actos, como litigar, tomar prestado etc., etc. Conforme á estos principios fué decidido en 29 de Mayo de 1877 por la 1ª Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, un célebre litigio en el cual una distinguida Señora solicitaba la interdiccion de su esposo; en la sentencia es digno de mencionarse, como expresion de los preceptos, hoy derogados, segun antes dijimos, por el Código civil vigente, el considerando que sigue: «que todos los autores distinguen la locura ó demencia de la monomanía ó delirio parcial, porque aunque la razon del hombre es un todo armónico, segun al-

---

(1) Véase tomo 2º de esta obra, núm. 209 y siguientes.

(2) Miguel S. Macedo. *Datos para el estudio del nuevo Código civil*, arts. 466 y 467 anteriores.



gunos escritores explican, y la armonía no se perturba en parte solamente, sino que deja de existir desde que es perturbada, es un hecho físico y patente que las funciones del cerebro pueden pervertirse unas, permaneciendo sanas las otras, á lo menos temporalmente y acaso por muy largo tiempo." No obstante que los anteriores conceptos serían la mejor demostración de la justa reforma implantada en nuestro Código, aquel Tribunal falló que el incapacitado quedaba expedito para dirigir la educación de sus hijos y cuidar de su moralidad, pues solo se le declaraba inhabil para ejercer por sí solo todos aquellos actos que directa ó indirectamente importaran enagenación ó gravámen de bienes (1).

11. La misma cuestión sobre sucesión en la patria potestad cuando ha fallecido el padre ó cualquiera de los ascendientes á quienes la ley llama para su ejercicio; pero quedando vivo alguno de los mismos en el orden por ella establecido, da lugar á la siguiente, que consideramos de la mayor importancia. Nuestros Códigos, á diferencia del Francés, además de conceder la patria potestad á la madre, muerto el padre, no la encargan de la tutela legítima del hijo menor de edad ó incapacitado, en el caso de que aquel no haya designado tutor en el testamento. Así se deduce de los arts. 390 del Código de Napoleón, 552 del del Distrito Federal de 1870, 452 del actual, 349 del de Tlaxcala, 501 del de Estado de México y 551 del de Veracruz, de los cuales nos ocuparemos extensamente al comentar el título sobre *tutela*, bastándonos por hoy indicarlos, para solo poder afirmar que según ellos no pueden coexistir en una misma persona, ya sea la madre viuda, ya el abuelo, las dos autoridades protectoras del hijo menor ó incapacitado, la patria potestad y la tutela, siendo esto imposible, aun en el caso en que por no ejercer aquella los ascendientes designados por la ley, ó á virtud de nombramiento de tutor testamentario, se llama á otras personas para desempeñarla; sin que los hijos queden, sujetos por un lado á la patria potestad y

---

(1) "El Foro" Tom. 1, 2ª época, núm. 108.

por el otro á tutores que, aunque extraños, han sido de la confianza del padre ó madres testadores. Aunque estas disposiciones legales no pertenecen á nuestro actual comentario, hemos querido mencionarlas por la íntima conexión que con la patria potestad tienen; y á reserva de explicarlas é interpretarlas en su oportunidad, no podemos menos que considerarlas desde luego, como una grave reforma en los Códigos mencionados, pues, á no dudarlo, tanto la patria potestad como la tutela, tienen por objeto proteger al hijo en su persona y en sus bienes, y la segunda solo debe tener lugar cuando falta la primera. El texto francés en que parece respetarse la tradición, porque en el antiguo derecho ciertamente existía también la tutela legítima á cargo de los ascendientes, la verdad es que la desconoce, porque entonces la patria potestad solo pertenecía al padre, y desconoce también, desconfiando de él, el corazón humano. Ahora bien, tal desconfianza es indigna del legislador, porque injuria á los padres y agravia por sistema, los sentimientos más fundamentales de la naturaleza.

12. ¿Sobre qué hijos se ejerce la patria potestad? Hemos visto antes (núm. 5) que antiguamente la patria potestad solo existía para los hijos de legítimo matrimonio, puesto que entre los modos de adquirirla no figuraba, fuera de ese origen, sino la adopción ó legitimación, que en último análisis son la primera una imágen del matrimonio y la segunda, el matrimonio mismo. Quedaban, pues, privados de la protección de sus padres los infelices seres, hijos de la debilidad de aquellos, postergados siempre á los legítimos y por lo mismo más necesitados que éstos de la solicitud y dirección paternas. Como lo hemos hecho notar en otra parte de esta obra, al hablar de la condición de los hijos naturales, tal omisión de las leyes importaba el castigo en víctimas inocentes de los únicos y verdaderos culpables de su desgracia. El derecho moderno debía apresurarse, como lo verificó realmente, á remediar tan grave mal y hacer más llevadera su trabajosa vida á seres marcados desde su naci

miento por las desfavorables prevenciones de la ley y aún por el estigma social. No es, con todo, el Código de Napoleón, á pesar de que lo contrario era de esperarse, dadas las ideas de amplia igualdad y de filantrópico celo hacia los hijos naturales que dominaron en no pocos de los autores de ese cuerpo de leyes, el monumento que más dignamente puede presentarse como favorable á ellos, y ni aun siquiera como previsor de sus derechos. En efecto en todo el título IX del libro 1º de este Código solo se encuentra en orden á los hijos naturales el art. 383 que se ocupa apenas, no por cierto en las ventajas que la patria potestad está encargada de proporcionar á los hijos de familia, sino en los castigos y prisiones que les deben ser impuestos, cuando el padre tuviere contra ellos motivo de descontento. Ninguna prevision, pues, en favor de los infelices seres de que tratamos por lo que hace á la habitacion bajo cuyo techo hayan de vivir, ni en cuanto á lo que vale más aún, es á saber, el deber de educarlos y dirigirlos en medio de los peligros y escollos de la sociedad. Tan funesto olvido no ha podido menos que asustar á los intérpretes, obligando á unos á decidirse en favor de los derechos de la madre (1), que en concepto de otros debe ser pospuesta al padre, como si se tratara de hijos legítimos (2), y no faltando quienes ante el absoluto silencio de la ley proclaman que en caso de conflicto, la ultima palabra debe ser pronunciada por el poder discrecional de los Tribunales (3). Nuestros legisladores han sabido evitar todas estas dudas, igualando por completo á los hijos naturales con los legítimos en cuanto á la patria potestad. Así aparece de los arts. 391 del Código del Distrito Federal de 1870, 365 del actual, 294 del de Estado de México, 343 del de Veracruz y 275 del de Tlaxcala, segun todos los cuales

(1) Laurent, tom. 4º, núm. 349.—Demante, tom. 2, pág. 189, núm. 123, bis II.

(2) Valette, *sur Proudhon*, tom. 2, pág. 218, Not. A.—Demolombe, tom. 6, pág. 510.—Marcadé, tom. 2, *sur l' art. 383*, núm. 2.

(3) Dalloz «*Puissance paternelle*» núm. 190.—Toullier, tom. 10, núm. 1076.—Delvincourt, tom. 1, pág. 407.—Duranton, tom. 3, núm. 360.

la patria potestad, sin distincion alguna, se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales reconocidos. Ante declaracion tan absoluta, inútil perder el tiempo en la investigacion sobre quién de los padres tiene la preferencia en el ejercicio de la patria potestad, ya sea en el caso de que uno solo de ellos haya reconocido al hijo, ya cuando ambos hayan cumplido tan grave deber, pues establecida la gradacion en que los ascendientes son llamados por la ley al desempeño de aquella, sólo debe recordarse lo que en otra parte hemos dicho, es á saber, que el reconocimiento solo produce efectos legales respecto del que lo hace. En consecuencia la patria potestad en favor de los hijos naturales reconocidos nunca puede extenderse á los abuelos (1).

13. ¿La patria potestad no existirá en favor de los hijos espúrios? Si atendemos al texto literal de los preceptos legales que acabamos de citar, la respuesta negativa no consiente la menor duda, pues todos ellos terminantemente previenen que aquella proteccion, aunque tomada por la ley positiva de la natural, solo se ejerza en favor de los hijos naturales reconocidos. Ahora bien, como lo hemos expuesto en otra parte (2), el reconocimiento es una prueba de la paternidad ó maternidad, permitida sólo en favor de aquellos hijos cuyo padre ó madre era libre para contraer matrimonio en cualquiera de los primeros ciento veinte dias, precedentes al nacimiento. Pero fuera de que allí mismo hicimos notar que, segun algunos de nuestros Códigos, no se negaba á la madre el derecho de reconocer *toda clase* de hijos no legítimos, lo cual á no dudarlo obligaría á ser muy cautos en la resolucion negativa de la cuestion propuesta á lo menos respecto á la madre, nos parece que, tratándose de hijos espúrios con quienes aún legislacion tan favorable en esta materia como la actual del Distrito Fede-

(1) Véase tomo 4º de esta obra núm. 206.

(2) Véase el tomo 4º de esta obra, núm. 183.

ral, sin dejar de mostrarse desdeñosa hacia ellos, siquiera sea por la especial terminología que emplea para no confundirlos con los hijos naturales, en realidad equipara á unos y á otros en más de un concepto jurídico, fuerza es prescindir de las palabras para entrar franca y lealmente en el fondo de las cosas, no asustados por las consecuencias, si están invívitadas en los principios ni subyugados por la tradición, que ya ha cedido su lugar en no pocos puntos al moderno derecho. Llámese *reconocimiento* ó *designación* el medio de prueba autorizado por la ley para la filiación espúria, la verdad es que los hijos á que nos referimos, pueden lograr, observadas ciertas precauciones, la demostración más perfecta de la paternidad ó maternidad naturales. Y como con no revelarse en el acta del nacimiento ni en el testamento, que son los dos únicos medios permitidos por el Código actual del Distrito Federal para la designación de los hijos espúrios, el nombre del padre casado en el caso de adulterio, y sí sólo el de uno de ellos en el de incesto, se consigue que el sér de cuya filiación se trate, aparezca ni más ni ménos que como hijo natural, se sigue por necesaria consecuencia que el reconocimiento de la filiación espúria solo deja de ser una verdad en cuanto al nombre, pero que lo es completa, si se le dá el de *designación* con que se la conoce en el mencionado Código. Esto supuesto, debemos declarar que la patria potestad existe también para los hijos espúrios, *designados* ó reconocidos, lo cual se corrobora por la terminante prescripción del art. 361 del Código que comentamos, toda vez que, según este precepto, es aplicable á dichos hijos el art. 356 del mismo cuerpo de leyes, que impone á los autores del reconocimiento la obligación alimenticia en favor de los hijos naturales, no cabiendo duda que bajo la palabra *alimentos* y cuando se trata de menores se comprenden no sólo la comida, el vestido y la habitación, sino también

los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista (1).

14. Varios son los efectos personales de la patria potestad ejercida por los ascendientes y sobre las diversas clases de hijos de familia á que nos hemos referido en los números anteriores. De esos efectos, solo el de honor y respeto parece establecido en favor de los que desempeñan tan importante cargo, pues todos los otros á primera vista tienen por objeto el bien y derechos de los hijos. Ese honor y respeto de que hablamos y á que el hijo de familia está obligado hácia los autores de sus días, se encuentran preceptuados en todos los Códigos modernos con la misma magestad y sencillez que en las leyes del Sinaí: *Honora patrem tuum et matrem*, según es de verse en los arts. 371 del Francés, 389 del del Distrito Federal de 1870, 363 del actual, 292 del de Estado de México, 341 del de Veracruz y 273 del de Tlaxcala. Sobre el sentido de este precepto no han estado de acuerdo los comentadores, entendiéndose por unos que él expresa una máxima de moral erigida en ley, y por otros, que no significa sino una premisa general, á semejanza de la que prescribe la mútua fidelidad y socorro de los cónyuges en el matrimonio, y de cuyo precepto no son los otros que siguen en el título sobre *patria potestad*, sino su desarrollo y consecuencias, deducidas por el legislador mismo. Según los primeros, los magistrados tienen un poder soberano para impedir que el hijo ejerza cualquiera acción ó derecho que fuese incompatible con el respeto y piedad filiales, por lo cual jamás podría dirigir contra su padre una acusación des-

---

(1) Véanse los tomos 2º, núm. 422 y 4º de esta obra, núm. 232 y sigts.

honrosa (1), ni aún ejercer el derecho de embargo sobre bienes pertenecientes á él (2), ó ser admitido á la prueba de malos tratamientos imputados al mismo (3), pues cualquiera de estas cosas equivaldría á la infracción de ese honor y respeto debidos á los padres. Y como quiera que ningún principio general puede establecerse en derecho sin que produzca todos los resultados á que es aplicable en sus términos y salvas sólo las excepciones expresas de la ley, de tal interpretación se seguiría que el hijo no puede ser acreedor de su padre, como lo proclamaba una ley romana (4), ni quejarse contra él, aunque fuera víctima de los más duros y atroces tratamientos, salta á la vista que no ha de ser ese el sentido jurídico de la disposición legal que nos ocupa, porque de lo contrario estaría en flagrante contradicción con otros textos del derecho, que á no dudarlo reconocen aún en el mismo título sobre patria potestad, que la propiedad de ciertos bienes pertenece exclusivamente al hijo y que el padre debe entregárselos rindiéndole cuenta de su administración, y con todos los que, según las leyes penales, consideran al hijo como víctima posible de los delitos cometidos contra ellos por sus ascendientes. ¿Habría de ser esto compatible con el espíritu de protección que anima la institución de la patria potestad en las leyes modernas que, á diferencia de las antiguas, más atienden al bien é interés del hijo que á los derechos autoritarios del padre (núm. 1)? No lo creemos y aunque tampoco aceptamos la otra interpretación según

---

(1) *Dig.* lib. 37, tit. 15, l. 1, § 2. — Proudhon, tom. 1, pág. 238. — Durantou, tom. 2, núm. 330.—Demante, tom. 2, núm. 113 bis.—Massé et Vergé *sur Zachariaz* tom. 1, § 191.—Marcadé *sur l'art.* 371.—Laurent tom. 4, núm. 279.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 969.

(2) Arrêts: Bastia, 31 août 1826 (Dallos 1827, II, 179).

(3) Dalloz, *Repert "Puffsanse paternelle,"* núm. 19

(4) *Dig.* lib. 2, tit. 4, l. 6.

la cual el enunciado principio es tan sólo la premisa de que se desprenden los otros textos relativos á los deberes y deberes de los hijos con los padres, pues seguramente la patria potestad termina con la menor edad, y aquel honor y respeto se hacen extensivos por toda la vida hácia los ascendientes, sí juzgamos que el texto legal que nos ocupa ha sido puesto por el legislador á la cabeza del título que comentamos, para que sirva á los jueces de punto de apoyo en muchas ocasiones y muy principalmente en los casos de conflicto entre las pretensiones de los padres y las de los hijos, á fin de que, no por ser establecida la patria potestad más en favor de éstos que de aquellos, se llegue hasta el total sacrificio de la veneración y obediencia á que sin duda son acreedores los primeros, conforme á los preceptos del Creador y á las exigencias de la misma naturaleza humana (1).

15. Es también efecto de la patria potestad que el hijo sujeto á ella viva al lado del que la ejerce, no pudiendo separarse de él sino con su permiso ó por orden de la autoridad, pues de otra manera sería imposible el cumplimiento de los deberes en que aquella consiste, porque resultaría ineficaz toda vigilancia por parte del padre. Sobre esta consecuencia de la patria potestad se manifiestan conformes todas las legislaciones desde las más antiguas, notándose solo alguna diversidad en orden á las excepciones, ya fundadas en el interés público, ya por lo que respecta á los decretos de la autoridad judicial (2). Así es que mientras el Código francés (art. 374) expresa que el hijo no podrá dejar sin permiso del padre la casa de éste, á no ser por

---

(1) Albisson, *Discours au Corps Legislatif*.—Valette *sur Proudhon* tom. 2, pág. 238, note 1.—Bernard, *Hist. de l'autorité paternelle en France*, págs. 132 y 133.

(2) Pothier, *Traité des personnes* núm. 131.— Véase tom. 1º de esta obra, núm. 133.—*Dig. lib. 32, tit. 23, l. 1. 1 y 3.*



alistamiento voluntario en el ejército, si tiene ya diez y ocho años cumplidos, todos nuestros Códigos, á una, proclaman, como las solas excepciones del principio que nos ocupa, el permiso del padre ó la órden de autoridad pública competente (arts. 345 del de Veracruz, 296 del de Estado de México, 278 del de Tlaxcala, 394 del del Distrito Federal de 1870 y 368 del actual).

Sin embargo creemos, fundados en otros textos de esos mismos Códigos, que puede tambien el hijo libremente dedicarse á una industria ó trabajo cualquiera honesto, aún contra la expresa voluntad del padre, cuya autoridad establecida muy principalmente en beneficio del hijo no puede convertirse en instrumento de opresión y de injusticia en su contra (1). Esos textos legales son en nuestro derecho todos los que suponen que el hijo puede adquirir algunos bienes por su trabajo personal ó dedicarse á alguna profesión ó arte, aún durante la pátria potestad. En cuanto á la otra excepción consistente en la órden de la autoridad, no consideramos necesario expresar todas las disposiciones legales por virtud de las cuales sucede muchas veces que el hijo es separado de la casa paterna con esa circunstancia, por ejemplo, en el caso de divorcio, en el de malos tratamientos de sus padres, etc., etc.

16. Acabamos de indicar que el hijo sujeto á pátria potestad puede dedicarse aún sin consentimiento del padre á cualquiera profesión ó arte honestos. Surge, pues, la siguiente no poco grave dificultad: ¿puede el hijo comparecer en juicio ó celebrar contratos, sin el requisito del permiso del que ejerce la pátria potestad? Todos nuestros Códigos responden negativamente, y esto parece ser una consecuencia necesaria é inevitable de la incapacidad presunta en los

---

(1) Demolombe, tom. 6, núm. 325.—Mateos Alarcon, tom. 1, pág. 277.

séres sujetos por la ley á la educación de sus padres (arts. 353 del Código de Veracruz, 304 del de Estado de México; 282 del de Tlaxcala, 399 del del Distrito Federal de 1870 y 373 del actual). Con todo y á lo ménos en los Códigos del Distrito Federal y de Tlaxcala, podrían señalarse dos excepciones, que existían en la antigua jurisprudencia (1), al anterior principio, consistentes la primera en que el hijo sea perito en alguna profesión ó arte que se relacione con las obligaciones contraídas, y la segunda, en que él mismo haya procedido con dolo, ya presentando certificados falsos del Registro Civil para hacerse pasar por mayor de edad, ya manifestando por medio de engañadores artificios, que lo era. Verdad es que estas excepciones no han sido tomadas en cuenta por los legisladores modernos sino al tratar de los hijos sujetos á tutela, según lo exponremos más adelante; pero aquí sin ninguna duda cabría aplicar el principio de vulgar jurisprudencia: *ubi eadem est ratio, ibi eadem esse debet decisio*, pues la analogía entre ambos casos, el de tutela y el de patria potestad, es evidente por lo que respecta á la incapacidad legal del hijo, (arts. 518 y 519 del Código del Distrito Federal de 1870, 427 del actual y 331 y 332 del de Tlaxcala). Sin embargo, por una anomalía inexplicable, esa interpretación autorizada por unos textos, es rechazada por otros que previenen que en todos los casos en que al hijo corresponda la administración de bienes, se considere en cuanto á ella como emancipado, pero con las restricciones de los menores de edad, entre las cuales se cuenta la necesidad de la autorización judi-

---

(1) Gregorio López, Glosa á las l. 1. 6<sup>a</sup>, tit. 17, Part. 4<sup>a</sup> y 13, tit. 16, Part. 6<sup>a</sup>.—L. 3, tit. 11, lib. 5, Recop.—Vinnio, *Quæst. Select.* lib. 1, cap. 13.—Manzío, *Biblioth. trat. de rest. in integrum*, núm. 26.—*Febrero Mexicano* por Galvan, tom. 3, tit. 2, cap. 2, núm. 4.—Sentencia del Juzgado 6<sup>o</sup> de lo civil de México de 30 de Enero de 1861. (*Gaceta de Tribunales*, tom. 2, pág. 77).

cial para la enajenación y gravámen de bienes raíces, y de un tutor para los negocios judiciales (arts. 407 del Código del Distrito Federal de 1870, 380 del actual y 288 del de Tlaxcala). ¿Se dirá acaso que estas precauciones del legislador sólo miran á la administración de los bienes del hijo mismo, pero no á la de los ajenos? ¿Y por qué sería esto, cuando la presunción de incapacidad es la misma en un caso que en otro? Los Códigos de Veracruz y Estado de México háanse mostrado más consecuentes, porque ninguno de ellos, una vez establecido el principio de la incapacidad del hijo para contratar y litigar por sí sólo, declara que sus actos sean válidos, ni en el caso de pericia ni en el de dolo, ya se trate de los propios bienes, ya de los ajenos.

17. Otro de los efectos y sin duda el de mayor importancia á que dá lugar la pátria potestad, es el derecho de corrección y educación que tienen los padres respecto de sus hijos. Se comprende fácilmente que semejante facultad haya sido otorgada por todas las legislaciones á los que tienen que ejercer la dirección moral de sus hijos y responder de su conducta ante la sociedad. De otra manera, abandonados los menores de edad á sus falaces inclinaciones y á los peligros del mundo, en vez de miembros útiles del cuerpo social, serían ciudadanos perniciosos, las más veces sólo dignos de aumentar las filas de la ociosidad y del crimen. En este punto la naturaleza está en perfecto acuerdo con la ley, pues colocado el hijo por su debilidad al nacer bajo el dominio necesario de sus padres, tiene que recibir de ellos no sólo los cuidados en favor de su conservación y desarrollo físicos, sino también la dirección de sus facultades intelectuales y morales cuyo feliz desenvolvimiento constituye la felicidad de los hombres sobre la tierra. «Nacemos débiles, decía Real en el Consejo de Estado en Francia, asediados por los enfermedades y las necesidades;

la naturaleza quiere que en esta primera edad, la de la infancia, el padre y la madre tengan sobre sus hijos un poder completo, que es todo de defensa y de protección. En la segunda edad, hácia la época de la pubertad, el hijo es ya un observador, que empieza á ejercer la importante facultad de la reflexión. En ese momento en que el espíritu comienza á desplegar sus fuerzas, sin que ninguna experiencia haya formado el juicio; al dar los primeros pasos en la vida, teniendo que luchar contra todas las pasiones que se apoderan de los corazones jóvenes, llenos siempre de deseos y de exajeradas esperanzas, pero ciegos ante toda suerte de obstáculos, hay sobre todo necesidad de que una mano firme nos protega contra tales enemigos, nos dirija á través de tantos escollos y domine ó modere esas inclinaciones que son el tormento ó la felicidad de la vida, según que una mano hábil ó inexperta les diere una buena ó mala dirección.» Nada más cierto bajo el punto de vista de la moral; pero nada más difícil al querer reducir á principios expresos y positivos tan importante facultad derivada de la patria potestad. Muy largo haríamos este comentario, si á lo ménos reseñáramos los mil y á cuál más absurdo, abusos cometidos por los padres en ejercicio del derecho de corrección respecto de sus hijos. Para formarnos idea acerca del particular, no necesitamos quizá sino evocar el recuerdo de una época no muy lejana en que los medios de corrección y educación puestos en práctica respecto de los menores de edad, pueden ser expresados por el común adagio «La letra con sangre entra.» Quien quiera encontrar toda clase de interesantes datos en orden á la ilimitada facultad de los padres para corregir, castigar y educar á sus hijos, los hallará extensamente referidos en Merlin que refiere no pocos casos de inconcebible crueldad consumados á la sombra del poder paterno (1).

(1) Merlin, *Repert*, "Puissance paternelle," sect. 3, § 1.

Laurent dice que una ley del país de Liège declaraba que «los padres pueden corregir y *golpear* á sus hijos, sin que estén obligados por ello ni siquiera á una multa, salvo sólo el caso de heridas» (1). En honor de la verdad nada semejante puede señalarse en la antigua legislación de nuestra madre pátria que, en lo relativo al derecho de corrección ejecutado por los padres, aparece inspirada por los principios del más puro derecho cristiano. «Castigar debe el padre á su hijo mesuradamente» dice una ley de Partida (núm. 5), y miéntras en el Código de Napoleón hay varios artículos (375 á 382) que se ocupan en la reglamentación del derecho perteneciente al padre de familias de corregir y castigar á los hijos á él sometidos, como si fuera un verdadero funcionario público, pues se le concede la facultad de mandar aprehender á sus hijos, y de abreviar su prisión cuando le pareciese conveniente, sólo dos de nuestros Códigos modernos no se muestran en este punto más mesurados y suaves, refiriéndose en todo á los nobles sentimientos de la naturaleza y al oficio de las autoridades contra quienes á lo ménos existe la garantía de la responsabilidad de sus actos. Esos dos Códigos son el de Estado de México (art. 298) y el de Veracruz (art. 347) que, si bien proclaman el principio de que las correcciones y castigos impuestos por el padre al hijo deben ser mesurados, conceden al primero, en el caso de ineficacia de aquellos, la facultad más absoluta para hacer arrestar al hijo culpable hasta por seis meses, sin que el Juez, mero ejecutor de tal orden, tenga ni aún el derecho de investigar sus motivos. ¡Cuán primitiva y defectuosa nos parece esta reglamentación de la pátria potestad, ni siquiera confiada á una constancia escrita que la preservara de mil abusos posibles (arts. 299 del primero de los Códigos mencionados y 348

(1) Laurent, tom. 4, núm. 275.

del segundo), y que vá hasta el inconcebible extremo de privar á las autoridades públicas de una de sus más preciosas prerogativas, la del castigo de los delincuentes, para entregarla toda entera, sin garantías ni responsabilidad de especie alguna, á un padre tal vez arbitrario ó cegado por la pasión de mezquinos intereses en contra del hijo inerme y desamparado, cuya personalidad para nada se toma en cuenta! No se vé por cierto, ni en el Código Francés ni en los nuestros que lo siguen, un gran progreso en este punto respecto al *jus vitæ necisque* de la jurisprudencia Romana en sus primeros tiempos, que hacía del *pater familias* el adusto y fiero magistrado ante quien no eran sino cosas, lo mismo la madre que los esclavos y los hijos (núm. 1). De estos reproches no son dignos los Códigos del Distrito Federal (arts. 396 y 397 del de 1870 y 370 y 371 del actual) ni el de Tlaxcala (arts. 280 y 281), los cuales sólo conceden á los padres el derecho de apelar á las autoridades para que estas los protejan en el ejercicio de la facultad de corrección y castigo del hijo, debiendo ser siempre suaves y mesurados. Si á estas nobles y humanas precauciones se añade que el hijo maltratado por su padre tiene derecho de solicitar su depósito del Juez, á quien la ley otorga toda soberanía para calificar si los malos tratamientos son ó nó bastantes para ameritar aquel, pudiendo aún, sin solicitud del interesado, decretar tal providencia, cuando le conste la imposibilidad del hijo para cumplir con tal requisito, no podrá ménos que reconocerse cuán diverso espíritu ha dictado estas disposiciones, á través de las cuales se revela el rasgo característico de toda la legislación moderna, es á saber, el mayor respeto de la personalidad humana.

18. Réstanos hablar del más importante y trascendental de los efectos personales de la patria potestad, el deber que los que la ejercen, tienen de educar á los hijos conveniente-

mente. El Código de Napoleón no contiene una disposición expresa sobre este punto; pero todos los autores y la jurisprudencia convienen en que el derecho de educación se deriva de la patria potestad (1). Nuestros Códigos al contrario expresan que al que tiene al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente (arts. 395 del Código del Distrito Federal de 1870, 369 del actual y 279 del de Tlaxcala). En el mismo sentido se expresa el Código de Veracruz (art. 346); pero añadiendo que el derecho de educación del que ejerce la patria potestad, se extiende hasta el de obligar al hijo á que adopte la carrera que á aquel plazca, no teniendo el hijo libertad en este punto sino desde que hubiere llegado á la mayor edad. El Código del Estado de México (art. 297) sigue absolutamente otro sistema, declarando que la educación del hijo es dirigida por el padre hasta la edad de catorce años, de la cual en adelante el hijo ya no estará obligado á plegarse á las indicaciones que el padre juzgue convenientes respecto de la carrera que en su concepto deba abrazar aquel. A nuestro modo de ver y tomada en cuenta la variedad de formas que puede revestir la actividad humana en el mundo moderno, la cuestión de la educación de los hijos jamás puede ser resuelta hoy en un sentido exclusivo, que ó bien conceda al padre todo el derecho de iniciativa con perjuicio del hijo, ó entregue por completo á éste su propia dirección con agravio de las prerogativas de aquel. ¿Porqué habíanse de sacrificar las naturales tendencias, las geniales aptitudes, el porvenir, en fin, del niño en aras de la ignorancia, del capricho tal vez, quizá de la ofuscación de las pasiones del padre, tan

---

(1) Arrêts: Trib de la Seine, 7 mars 1877. (Sirey 1877, II, 218); Id., 13 sept. 1872. (Id 1872 II, 312). Demolombe, tom. 6, núm. 301.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 963.—Mourlon, tom. 1, núm. 1024.

sólo porque éste era el autor de la existencia de aquel? ¿No prueba más bien esta circunstancia el grande y trascendental deber que sobre los padres pesa, de no desviar al hijo de sus sinceras inclinaciones, cuando estas nada tengan de funesto para él mismo ni de contrario al orden social? Júzguese de la triste y perniciosa uniformidad que alcanzaría el nivel intelectual de una sociedad, si el desenvolvimiento de la juventud, bajo el punto de vista de la instrucción, debiera sujetarse en absoluto á las exigencias de los autores de nuestros días, llenos de amor sin duda hácia nosotros, pero por casi inevitable gravitación las más veces sólo entusiastas por el pasado y por sus costumbres. Si cada generación, salvo muy pequeña parte de los humanos conocimientos, se vé precisada á rectificar las ideas de la que le precedió, y por tal rectificación se manifiesta el progreso, ¿cómo podría éste realizarse cuando cada uno de aquellas no fuese sino la copia fiel de la anterior? Las grandes manifestaciones de la inteligencia humana no han sido siempre el fruto de la obediencia pasiva, sino más bien del libre vuelo de nuestras facultades en pro de un ideal, al principio apenas entrevisto, más tarde ya disculpable por la generosidad que lo inspiraba, y al fin convertido en viviente realidad, á cuyo calor han cambiado los derroteros de la civilización. En cambio, fuerza es confesar los mil peligros á que la juventud sería expuesta, si guiándose sólo por el criterio de su inexperiencia y fogosos deseos, no estuviera obligada á respetar los consejos de los que la han precedido en la difícil carrera de la vida y adquirido á costa de crueles desengaños la segura é imponente sabiduría de la edad. ¿No nos enseñará la naturaleza misma que la verdad y el bien están en la absoluta sujeción del hijo al padre durante la menor edad, por el hecho de que nuestro nacimiento nos hace aparecer tan débiles que no iríamos al primer contacto de la vida sin el amparo de



nuestros padres, y puesto que las vacilaciones y veleidades de nuestra inteligencia y voluntad en la edad posterior no son sino una continuacion de las que acompañan á nuestro cuerpo en la infancia?

Véase, pues, como por ámbos lados pueden levantarse serias consideraciones, y eso que aun no hemos presentado los imponentes títulos del interés público del cual es órgano el Estado y que á no dudarle deben ser tambien atendidos en lo que se refiere á la educacion de los miembros del cuerpo social. Si el padre tiene derechos que deducir cuando se trata de la educacion del sér á quien ha puesto en la escena de la vida, y tales derechos visiblemente están fundados en la naturaleza misma que deposita tesoros de amor y de ternura en el corazon de los autores de nuestros dias, y derechos no menos indiscutibles deben reconocerse al hijo, como una personalidad distinta y respetable, para seguir los impulsos de su propio espíritu cuando ellos no pugnen con los principios que son la base del órden social ¿cómo negar iguales títulos al Estado á quien inconcusamente interesa en el más alto grado que la educacion de todos los ciudadanos sea cuando menos conforme á la Constitucion del país, á su porvenir, á su génio, á su gloria y á sus destinos? En verdad que sí sería inhumano negar los sagrados derechos de la paternidad sobre los hijos, sería impío y anti-social negar los de la Patria, que es tambien madre, interesadísima en el bienestar de sus hijos. Hémos, en consecuencia, frente á frente de tres interesés á cuál mas respetable y á cuyos reclamos debe responder el legislador en los textos del Código que tratan de la patria potestad en órden á la educacion de los menores de edad. ¿Dónde encontrar la verdadera y justa solucion del conflicto que suscitan los tres derechos que hemos mencionado? Largo sería en este comentario y no menos impropio de su carácter, detenernos

á exponer con toda la extension que la cuestion merece las razones invocadas en pró ó en contra de los tres indicados sistemas; pero la más simple reflexion basta á enseñarnos que la verdad y la justicia tienen que estar en aquella fórmula legislativa que concilie las tres pretensiones, sin conceder á una sola de ellas un dominio absoluto sobre la personalidad del hijo. Así es que por lo que mira al padre á quien la ley no ha podido menos que dar con la patria potestad, é inspirándose en la natural solicitud por la felicidad del hijo, el más completo derecho para vigilar cuando menos sus primeros pasos en el desenvolvimiento de su inteligencia y facultades afectivas, insostenible sería cualquier sistema que pretendiera sustituirlo con la autoridad del Estado ó con la libre voluntad del hijo en la direccion de la educacion de éste, si se atiende sobre todo á que en la primera edad de la vida esa deduccion tiene que ser más bien moral que intelectual. Por manera que el problema se reduce á fijar con la posible precision y atenta la graduacion del desenvolvimiento humano, esa época de la vida del hijo en que, acabando, á lo menos como obligatoria y necesaria, la soberanía del padre, empieza la autonomía del hijo, que en ejercicio de la libertad cuyos impulsos siente despertarse en su sér, no debe de ir á donde quiera que su inexperiencia pudiera arrastrarlo, sino á los planteles de educacion superior que el Estado está obligado á presentar en condiciones tales que puedan ser satisfechos tanto los deseos y proyectos de los padres como las legítimas aspiraciones de los hijos. Esta nos parece ser la fórmula que satisface todas las exigencias bajo el amparo de instituciones políticas en que no se sacrifiquen ni los justos derechos de la familia ni los indisputables y necesarios del Estado, y claramente se vé que de los preceptos que antes hemos indicado y que son los de nuestro Derecho Civil, el único que aprobamos es el contenido en el Código del Estado de México.