

trimonio. El es considerado como el hijo de la ley (artículo 350). El adoptado no adquiere ningún derecho de sucesión sobre los bienes de los parientes del adoptante, supuesto que él no entra en la familia de aquellos.

El adoptante no sucede al adoptado. Esto prueba en cuánto se aleja la ficción de la realidad. Si el adoptante fuese el padre del adoptado, debería sucederle. ¿Por qué no lo sucede? Porque la adopción no es más que una ficción. ¿Qué objeto tiene esta ficción? Ofrecer al adoptante un consuelo con el afecto del adoptado. Esto nada tiene de común con el derecho de herencia. Luego el adoptante no debe heredar. Si el adoptado hereda, es porque la ficción debe aprovecharle; suponiéndose que el adoptante haya de tratarlo como á hijo, debe también dejarle su herencia.

Hay una excepción de este principio. El adoptante y aún sus descendientes recobran, en la sucesión del adoptado muerto sin posteridad legítima, los bienes que el adoptante le ha dado (arts. 351 y 352). Insistiremos acerca de todos estos puntos, en el título de las *Sucesiones*. Allí está el verdadero lugar de la materia.



TITULO IX.

DE LA POTESTAD PATERNAL (1).

CAPITULO I.

DE LA POTESTAD PATERNAL SOBRE LOS HIJOS LEGITIMOS.

SECCION I.—De la potestad paterna sobre la persona de los hijos.

§ I. ¿QUE COSA ES LA POTESTAD PATERNAL?

255. El orador del gobierno dijo en la Exposición de motivos del título IX: «Fuerza es confesar que, entre las leyes civiles que hasta ahora han regido á nuestras personas y nuestros bienes, no hay una sola que necesite de una reforma más completa, que no haga volver á los mandamientos de la naturaleza..... No pudiendo, en esta importante cuestión hallar auxilio alguno en la ley romana, no encontrando en el derecho consuetudinario más que miras imperfectas que van de la exageración á la debilidad, el le-

1 Chardon, "tratado de las tres potestades, t. 2.º," "De la potestad paterna," París, 1842.

gislador ha tenido que consultar la naturaleza y la razón (1). Lo que dice Réal del antiguo derecho es la verdad en cuanto á la legislación romana, pero no hace justicia al derecho consuetudinario; importa hacerlo constar, á fin de que se sepa qué cosa es la potestad paternal bajo el imperio del código civil.

256. La expresión de potestad paternal se deriva del derecho romano. En Roma, la familia se basaba en la idea de poder, y con esto dábese á entender un poder 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 (2).» Este dominio absorbe, aniquila todo derecho, toda personalidad de los que á él se hayan sometidos. Este es un carácter distinto de la familia romana.

Se supone 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 que el hijo no puede tener en propio ningunos bienes; todo lo que adquiere por su trabajo ó por otro medio se vuelve propiedad del jefe de familia. Los hijos no tienen más derecho sobre sus personas que sobre sus cosas; quedan bajo potestad durante toda la vida del padre, aunque se hallen invertidos de funciones públicas, y aun cuando ellos á su vez tengan hijos. En el derecho antiguo, el padre tenía sobre sus hijos los derechos que un propietario sobre sus cosas: del mismo modo que éste puede usar y abusar, y hasta distraer lo que le pertenece, del mismo modo el padre podía dar la muerte á su hijo, podía venderlo; él tenía para ejercitar su derecho de propiedad, la acción que se otorga al amo y señor, la reivindicación. Este derecho bárbaro se mitigó, pero subsistió el principio de donde derivaba

1 Réal, Exposición de motivos, núm. 6, Loaré, t. 3°, p. 331.

2 L. 195. *D. de verb. signif.* (L. 16).

la barbarie: la idea de dominio, la ausencia de personalidad. Constantino, el primer emperador cristiano, permite al padre indigente que venda al hijo que acababa de nacer (1). Los romanos desconocieron la naturaleza humana en el esclavo, y la desconocían también en el hijo. A veces se ha suspirado por la fuerte constitución de la familia romana, se ha llegado hasta considerarla como un elemento de libertad, porque semejante potestad, particular de Roma, existía bajo un régimen republicano. ¡Esto es hacerse una extraña ilusión! A pesar del hermoso nombre de república, la fuerza reinaba 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 las dominaba; y ¿plegándose ante la fuerza es como el hombre se enseña á ser libre?

Los principios del derecho romano eran seguidos en las naciones de derecho escrito. Se ha protestado que estaban modificados por la influencia del cristianismo. No hay nada de esto. Réal dice que la potestad paterna, tal como existía en Francia, recordaba siempre salvaje origen. El padre tenía la potestad paterna; á pesar de los derechos que sólo le da la naturaleza, la madre no compartía la potestad. El hijo permanecía bajo la potestad durante toda la vida de su padre, por más que él fuese también anciano, á menos que pluguiese al padre emanciparlo. El hijo casado pero no emancipado, estaba bajo la potestad con sus hijos, consecuencia cierta, dice el orador del gobierno, pero consecuencia jurídica del principio en que se fundaba la potestad del padre. Por interés de éste se había establecido, cuando la naturaleza nos grita que el interés del hijo es lo que debe

1 Namur, "Institutas é historia del derecho romano," t. 1° pfs. 42 y 43.

dominar. He aquí por qué, en Francia como en Roma, los bienes del hijo pertenecían al padre, con excepción de los peculios (1).

257. Montesquieu se queja de que en Francia se hayan adoptado muchas leyes romanas extrañas á nuestros usos y á nuestro gobierno, y que se haya desechado la potestad paternal que era un resorte tan grande para el mantenimiento de las costumbres. Nosotros creemos que la viva censura de Réal está más cerca de la verdad que este elogio. «La legislación romana, dice el orador del gobierno, tan conforme en muchos puntos con la naturaleza, tan fiel intérprete de la razón, se desvía de una y otra de una singular manera cuando se ocupa de la potestad paternal.» Se invoca el interés de las buenas costumbres, se olvida que la base de la moral es la idea del sacrificio, de la abnegación. ¿Y el padre puede acaso dar lecciones de desinterés á sus hijos, cuando toda la familia no vive sino para él, es absorbida por él, hasta el punto de que ella tiene á penas una personalidad diferente de la de aquel? Nuestras viejas costumbres tratadas de bárbaras, y que en efecto las debemos á pueblos bárbaros, tenían más respeto hacia la personalidad del hijo. Ellas parten de un principio diametralmente opuesto. Se lee en las *Institutas consuetudinarias* de Loysel: *Droit de jurissance paternelle n'a lieu* (2). Laferrière dice que por error asienta esta regla Loysel (3). El error subiría hasta Bacquet y Dumoulin, oráculo del derecho consuetudinario (4). ¿Cómo creer que es-

1 Réal, Exposición de motivos, núm. 4 (Loché, t. 3º, p. 330). Merlin, *Repertorio*, en la palabra "potestad paternal," sección 2ª, núms. 2 y 3, y sección 4ª núm. 3.

2 Loysel, *Institutas consuetudinarias*, libro I, título I, núm. 37 (tomo I, p. 82, edición de Laboulaye).

3 Laferrière, *Ensayo sobre la historia del derecho francés*, t. 1º página 131.

4 Bacquet, "De los derechos de justicia," cap. XXI, núm. 58. Dumoulin, sobre las costumbres de París, pfo. XXV, núm. 13.

tos célebres jurisconsultos, que vivían en medio de las costumbres, se hayan engañado acerca de un punto tan elemental del derecho consuetudinario? Es verdad que la expresión de potestad paternal se encuentra en un gran número de costumbres (1); pero hay que ver la idea que le atribúan. La idea es completamente distinta que la del derecho romano; no es exagerar su alcance si se dice que las costumbres inauguraron una revolución en la moral y en el derecho, que es su expresión. Un nuevo principio se abre paso, el de la personalidad, de la individualidad humana; principio que los antiguos desconocían, mientras que domina en todas las relaciones civiles y políticas de los pueblos germanos. Entre los germanos la familia se resume igualmente en su jefe, él la representa, á él 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 vuelve la *main-bournie*, la *guardia* ó *custodia*. En este sentido, es la verdad decir que los germanos ignoraban la potestad paternal. La frase de Loysel se encuentra ya en los Longobardos, y no obstante, las leyes de éstos eran las más severas de las de los pueblos bárbaros, en lo concerniente á la autoridad paterna (2).

¿Qué era, pues, esta autoridad? El padre tiene un derecho sobre sus hijos; pero ese derecho de protección, más bien es deber que derecho. Establecido en favor de la debilidad de la edad, cesa cuando el hijo no necesita de apoyo. No destruye su personalidad; el hijo puede adquirir y adquiere para sí. La madre tiene esta autoridad con el mis-

1 Merlin las ha enumerado (*Repertorio*, en la palabra *potestad paternal*, sección I, núm. 41, ps. 34 y siguientes).

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

mo título que el padre; ¿quién mejor que ella guiará á la niñez?

258. Los principios del derecho germánico pasaron á las costumbres y de ahí al código Napoleón. ¡Cosa singular! Los autores del código no tienen conciencia de esta filiación; repudian con desdén el derecho consuetudinario y hasta con cólera á veces. A dar crédito al tribuno Albisson, creeriase que las costumbres nacieron de los abusos del régimen feudal y que las dictó el derecho del más fuerte (1). Si ha de decirse la verdad, hay identidad entre el código civil y las costumbres. ¿Qué cosa es la potestad paternal en el derecho consuetudinario? Bourjon contesta: «El poder de los padres de familia sobre sus hijos es un poder de *dirección*, templado por la *piEDAD* paternal» (2). La definición de Réal es en el fondo la misma: «Es un derecho fundado en 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, la administración y el goce de los bienes de sus hijos» (3).

Pothier dice que en los países de régimen consuetudinario, el poder del padre no consiste más que en dos cosas: 1º en el derecho que tienen los padres de gobernar con autoridad la persona y los bienes de sus hijos, hasta que se hallen en edad de gobernarse por sí mismos; 2º en el derecho, que tienen de exigir de sus hijos ciertos deberes de respeto y de gratitud» (4). El código Napoleón no ha hecho más que formular estas reglas en artículos de ley: «El hijo, en toda edad, debe honra y respeto á sus padres (art. 371). Per-

1 Albisson, Discursos, núm. 4 (Loché, t. 3º, p. 342).

2 Bourjon, «El derecho común de la Francia», libro I, tít. V, capítulo I, sec. I, art. I (t. 1º, p. 34).

3 Esta es la opinión dada por la comisión encargada de redactar un proyecto de código civil.

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

manece bajo la autoridad de éstos hasta su mayor edad ó su emancipación (art. 372).»

De este principio se sigue, dice Pothier, que los padres tienen derecho de retener á su lado á sus hijos. «El hijo, dice el código, no puede abandonar la casa paterna sin el permiso de su padre (art. 374).» Síguese además de esto, dice Pothier, que los padres tienen el derecho de corrección. El código civil les otorga el mismo derecho (art. 375).

Los autores del código dicen que han pedido á la razón y á la naturaleza los principios que rigen la potestad paternal. Sin que ellos lo hayan notado, los han tomado de las costumbres que llaman bárbaras. Y es que los pueblos del Norte, desdeñados como bárbaros por griegos y romanos, tenían un sentimiento más verdadero de la naturaleza y de los derechos de ésta que las naciones tan afamadas de la antigüedad. Ellos han dado á la humanidad moderna el principio de la individualidad, raíz de nuestra libertad civil y política. Ellos respetan la personalidad hasta en el niño que acaba de nacer. Esta es la diferencia radical entre el derecho romano y el derecho consuetudinario que es también el nuestro. El principio nuevo es á menudo desconocido ó mal comprendido. Se habla siempre de la libertad del padre de familia, de sus derechos como si todavía, estuviésemos bajo el imperio de las leyes romanas. Esto es olvidar la máxima del derecho consuetudinario de que no tiene lugar el derecho de potestad paternal, es no tener en cuenta para nada la revolución profunda que esa máxima expresa. El hijo al nacer tiene su individualidad, es decir, su misión que Dios marca con las facultades de que aquél viene dotado. Su derecho, y su derecho sagrado, inalienable, es desenvolver sus facultades intelectuales y morales; este derecho es también su deber, su misión. Dios le da un protector, un guía para que dirija sus primeros pasos