

por la ruda vía de la educación. Tal es el derecho del padre, ó, digamos mejor, su deber, porque derecho propiamente dicho, él no lo tiene. El verdadero derecho es del hijo; el padre no tiene más que deberes. Si nuestras leyes, á ejemplo de las costumbres, le dan cierta autoridad sobre el hijo, es porque tal autoridad le es necesaria para que pueda cumplir su deber. El padre tiene el deber de dirección y de educación, luego precisa que tenga también el derecho de guarda y de corrección. Todo un abismo se abre entre esta doctrina y la de la legislación romana. La potestad paternal de los Romanos es un poder establecido por interés de quien lo ejerce: el hijo es un instrumento de trabajo y de provecho para el padre; mientras que, en nuestras costumbres y en nuestras leyes, el hijo tiene derecho á ser educado, y este derecho impone al padre una obligación; todo se refiere al hijo, nada al padre.

259. ¿Hay todavía que preguntar cuál es la doctrina la más racional, la más justa, si la de nuestras costumbres ó la del derecho romano? Se ha criticado el código civil así como la legislación revolucionaria. Zachariæ dice que los vínculos de la potestad paternal se han relajado hasta el punto de comprometer los más sagrados intereses de la humanidad (1). Se le ha contestado que es verdad que la autoridad paternal se ha debilitado, pero que tal cosa se debe mucho más á las costumbres que á las leyes (2). Cierto es que, en las sociedades democráticas, el principio de autoridad pierde, lo que gana el de libertad. Queda por saber cuál es el verdadero principio. Desde la cuna del género humano se está operando un movimiento continuo hácia la libertad. La revolución de 89 fué la explosión violenta de sentimientos y de ideas que germinaban hácia varios siglos.

1 Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 1º, pfo. 16 p. 24.

2 Demolombe, t. 6º, p. 209, núm. 264; Massé y Vergé sobre Zachariæ, t. 1º, p. 363, nota 5.

Ella no hizo más que formular los principios que estaban ya proclamados por la conciencia general. Tal es, ante todo el principio de libertad. Esta no es una invocación del legislador revolucionario. Montesquieu hizo ya la observación de que ese principio hundía sus raíces hasta en las selvas de la Germania. La libertad, al reinar en el orden político, debía penetrar también en el seno de las familias (1). De aquí los decretos que dan por abolida la potestad paternal. A decir verdad, estos decretos no hicieron más que extender á las naciones de derecho escrito la máxima del consuetudinario: *Droit de puiscance paternelle n'a lieu*. El reproche que se dirija al código Napoleón y á las leyes de la Revolución, se remontaría, pues, á nuestras antiguas costumbres, es decir, que se les reprocharía que hubiesen organizado la familia sobre la base de la libertad. ¡Acusación injusta como la que más! Para que la libertad sea poderosa en el orden político, fuerza es que reine en las familias, fuerza es que el hijo sea criado en el seno de la libertad.

Si algun reprocheuviésemos que dirigir á nuestra legislación civil y política, sería que ella no consagró las consecuencias del nuevo principio inaugurado por la Revolución. El derecho del hijo se reconoce en teoría y de hecho está á discreción de la ignorancia y de la ceguedad de los padres. Ellos son los que educan al hijo con un poder absoluto, y las más de las veces delegan su autoridad á la Iglesia, cuyo espíritu ciertamente que no es el de libertad. Hay en esto una visible contradicción: el derecho del hijo, lejos de garantizarse, se pacifica. La garantía debería de estar en la intervención del Estado: la instrucción obligatoria dada en escuelas colocadas bajo la dirección del gobierno,

1 El decreto de 28 de Agosto de 1792 abolió la potestad paternal sobre los mayores de edad, y el decreto de 20 de Septiembre de 1792 fijó la mayor edad á los veintiun años (título IV, art. 2.

ó de las autoridades locales. Al reclamar para el hijo la protección del estado, no queremos dar á entender que el Estado ejerza sobre él esa autoridad absoluta que al padre estamos disputando. Nó, el hijo no pertenece al Estado, como tampoco es propiedad de los que le dieron la vida, se pertenece á sí mismo. Su individualidad es la que debe desenvolverse; en este sentido, se necesita que la más absoluta verdad presida á la enseñanza: el hijo no debe ser educado conforme á la doctrina liberal como tampoco verse encadenado en el dogma católico. Para garantir el libre desenvolvimiento del hijo es para lo que reclamamos la intervención del Estado y no para absorber su libertad en provecho de una doctrina, sea lo que fuere.

En el orden civil puede dirigirse el mismo reproche á nuestra legislación. ¿Que es del derecho del hijo cuando el padre abusa de su autoridad? El código enmudece á esta pregunta. Ha sido preciso que en muchos puntos la jurisprudencia colmase el vacío. Esto no deja de tener sus inconvenientes. La acción de los tribunales jamás debe ni puede ser reemplazada por la del legislador. Nosotros hacemos constar tales conflictos. Esto equivale á llamar la atención del legislador sobre las reformas que sería conveniente introducir en esta parte del código civil; tal es, según creemos, la única misión del intérprete bajo el imperio de un derecho codificado.

260. Hemos llegado á la conclusión práctica de estas consideraciones generales. Cuando hay conflicto entre el padre y el hijo, conflicto entre la potestad paternal y el interés, ó mejor dicho, el derecho del hijo ¿por quién se decidirá el intérprete? La cuestión no podría ser dudosa después de lo que hemos expuesto. Nos asombra que todavía se pregunte si la potestad paternal se ha establecido por el

interés del padre ó por el de los hijos (1). El código civil reproduce la máxima del derecho consuetudinario: «No hay lugar á la potestad paternal.» Cosa notable, la misma frase *potestad paternal* ya no se encuentra en nuestras leyes, y deliberadamente se la ha borrado. Hubo á este particular una discusión muy interesante en el consejo de Estado. El proyecto sometido á sus deliberaciones se intitulaba como el título del código *De la potestad paternal*. Boulay observa que esta expresión era demasiado fastuosa y desproporcionada con la idea que estaba destinada á expresar: él habría deseado que se le diese por título *De los derechos y de los deberes de los padres*. Tronchet dijo que al menos sería necesario servirse de la expresión *autoridad paternal*, para no debilitar demasiado la idea. Malleville contestó que la expresión *potestad paternal* era la palabra aceptada, que si la ley no la empleaba creeríase que no había querido la misma cosa. El, por lo demás, confesaba que la potestad del padre no podía ya ser lo que entre los primeros romanos, pueblo compuesto de bandidos y de esclavos fugitivos. Berlier abundó en las ideas de Boulay. «Nada, dice, se parece menos á la antigua potestad paternal como la autoridad de los padres, que es el objeto del título IX. Se necesitan nuevas palabras para exponer nuevas ideas. El proyecto de ley debía tener como título, *De la autoridad del padre y de la madre* (2). En pos de estas críticas, el proyecto fué remitido á la sesión de legislación. En la redacción definitiva se conservó el primitivo título, pero los artículos del título IX ya no hablan de potestad: los artículos 372 y 373 dan el nombre de *autoridad* á lo que en otros tiempos había sido una potestad absoluta. Puede,

1 Demolombe, "Curso de código Napoleón," t. VI, p. 210, número 266.

2 Sesión del consejo de Estado, de 26 frimario, año X, núm. 11 (Loché, t. 3°, p. 315).

pues, afirmarse que el título *De la potestad paternal*, abolió realmente está potestad. También en los mismos términos se expresa el orador del gobierno en la Exposición de motivos; conserva la palabra *potestad*, pero esta palabra representa ideas nuevas. El hijo nace débil, asediado por las necesidades y las enfermedades; la naturaleza le da padres para que lo defiendan y protejan. Cuando llega la época de la pubertad, las pasiones despiertan al mismo tiempo que se desenvuelven la inteligencia y la imaginación. Entonces es cuando el hijo necesita un consejo, un amigo que defienda á su razón incipiente de las seducciones de todo género que la circundan (1). Así es que la *potestad* del padre no es otra cosa que una protección y una dirección. Puede preguntarse ¿si se establece la protección por interés del protector, y si el que está destinado á dirigir la educación lo hace por propio interés? La cuestión carece de sentido. Venimos á parar en la conclusión de que se trata del derecho del hijo y no del derecho del padre. Luego en caso de conflicto entre el pretendido derecho del padre y el derecho verdadero del hijo, ¿por cuál de los dos debe el intérprete pronunciarse? Evidentemente por el hijo. Esto es lo que ha hecho la jurisprudencia, aun pasando, á nuestro juicio, de los límites de su poder.

§ II.—¿A QUIEN CORRESPONDE LA POTESTAD PATERNAL?

Núm. 1. *Del padre y de la madre.*

261. Por los términos del art. 372, el hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta que sea mayor de edad ó que se emancipa; y el art. 373 agrega que el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio. El código consagra el principio del derecho consuetudinario, llama á

1 Réal, Exposición de motivos, núm. 2 (Loché, t. 3º, p. 328).

la madre y al padre con igual título á la autoridad que la ley concede, cuando dice que el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio, no quiere decir que la madre permanezca extraña á la educación del hijo: la ley no quiere desprenderla de un deber que la naturaleza le impone, pero su intervención no es más que moral. La necesidad de las cosas así lo quiere. Se necesita unidad en la dirección de la infancia; padre y madre deliberan y deciden, si están acordes; en caso de disentiendo había que dar el poder propiamente dicho á uno de ellos. Naturalmente el padre, que se halla investido de la potestad marital, debía tener también el ejercicio de la potestad paternal.

262. En el antiguo derecho, admitiase que la madre tenía el ejercicio de la potestad paternal, aun durante el matrimonio, cuando el marido no podía ejercerla por causa de demencia ó de ausencia (1). El código civil reproduce esta excepción para el caso de ausencia (art. 144), nada dice de la demencia. De aquí alguna duda. En tanto que el marido no está incapacitado, conserva el ejercicio de todos sus derechos, y en consecuencia, también la potestad paternal; pues como de hecho será incapaz para ejercitarla, de hecho también la mujer la ejercitará. Ya en este punto hay un vacío en la ley, porque el hecho no es suficiente; cuando se trata de ejecutar un acto jurídico concerniente á la persona ó á los bienes del hijo, es preciso tener derecho para ello, y la madre no podría tenerlo sino en virtud de una disposición de la ley que derogue el art. 373. No obstante, puede invocarse por analogía la disposición del código concerniente al consentimiento de los padres para el matrimonio del hijo. Cuando el padre se halla en la imposibilidad de manifestar su consentimiento, es suficiente el de la madre

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