

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 disentimiento 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 ejercerla, de hecho también la mujer la ejercerá. 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.

(art. 149). Lo mismo debe ser con el ejercicio de la patria potestad paternal. Cuando el padre se halla en la imposibilidad de ejercerla, preciso es que la madre la ejercite. Más regular habría sido delegarle, en este caso, la autoridad paternal. Sin embargo, el principio de que la autoridad paternal corresponde por título legal al padre como a la madre es suficiente para legitimar la intervención de ésta.

El mismo vacío existe en caso de interdicción. Conforme al rigor de los principios, habría que decir que la interdicción no implica ningún cambio en los efectos del matrimonio, supuesto que tiene por único objeto garantizar los intereses pecuniarios del incapacitado. Este es verdad que en sus intervalos lúcidos es capaz de todos los actos morales (1). Pero ¿quién ejercerá la potestad paternal fuera de estos intervalos? Aquí hay un vacío. El incapacitado está bajo tutela, y ¿será el tutor quién tenga el ejercicio de la potestad paternal? Esto es inadmisibile. La potestad paternal no se delega, y la misión del tutor se concentra en la persona y en los bienes del incapacitado. Si no es el tutor, debe ser la mujer, en virtud de los principios que acabamos de asentar. Sin duda alguna que esto no es regular. La ley habría debido hacer, en caso de interdicción, lo que hace en caso de ausencia, decir que la madre tendrá la vigilancia de sus hijos y los derechos inherentes. En el silencio del código, hay que recurrir á la interpretación analógica. Tal es la opinión generalmente seguida (2).

263. En caso de predecesión de uno de los padres, el que sobrevive ejerce la potestad paternal. El art. 373 lo dice implícitamente al declarar que el padre sólo ejerce esta

1 Véase el tomo 5º de mis *principios*, título de la *Interdicción*.

2 Dalloz, en la palabra, *potestad paternal* núm. 52. En sentido contrario, Demante, t. 2º, p. 179, núm. 115, *bis*, y Proudhon t. 2º, p. 244.

autoridad durante el matrimonio; luego la madre la ejerce después de la disolución del matrimonio. Esto es lo que en efecto establece el art. 382 para el derecho de corrección. El art. 381, al restringir los derechos del padre que ha vuelto á casarse, supone además que él tiene el ejercicio de la potestad paternal, pleno é integro, cuando es viudo y no ha vuelto á casarse. Sin embargo, la ley dice también (art. 396), que después de la disolución del matrimonio acaecida por la muerte de uno de los cónyuges, la tutela de los hijos menores corresponde al superviviente. Luego hay todo á la vez, tutela y potestad paternal, y las más de las veces ambas potestades se hallan reunidas en una misma persona. ¿No es contradicción esto? El tutor cuida de la persona y de los bienes del menor (art. 450); el padre gobierna también la persona y administra los bienes del hijo. Además, la tutela y la potestad paternal tienen el mismo objeto: son dos autoridades de protección, de dirección. ¿Por qué el legislador no se conforma con la potestad del padre? Porque el hijo que pierde al padre ó á la madre, pierde á uno de los protectores que la naturaleza le ha dado, y en ese mismo momento adquiere derechos cuyo ejercicio puede ponerlo en conflicto con el que sobreviva: él es heredero de su padre ó de su madre, y el que sobrevive de éstos tiene también derechos pecuniarios que ejercer sobre el patrimonio del difunto. En esta oposición de intereses, el hijo necesita garantías nuevas, que no necesitaba cuando vivían sus dos padres, y estas garantías las tiene en la tutela.

La tutela da al menor garantías que la potestad paternal no da al hijo. Desde luego, los poderes del tutor son más restringidos y tiene menor libertad de acción. Un consejo de familia lo contiene, un subrogado tutor lo vigila. Está sometido á la hipoteca legal. Todas estas medidas de des-

confianza no existen respecto al padre. Mientras dura el matrimonio, raro es que haya intereses contrarios, y cuando esto sucede, el apoyo de sus padres es suficiente para garantizar los intereses del hijo. Cuando el matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los padres, la tutela da al hijo las garantías nuevas á las que tiene derecho en virtud de su nueva posición. Por lo común, el que sobrevive es tutor. El reune, en este caso, en su persona la potestad paternal y la tutela, esta viene á limitar la potestad del padre ó de la madre: en el título de la *Tutela* diremos cuáles son esos límites. Por excepción, el superviviente puede no ser tutor: cuando está excusado ó cuando es incapaz ¿conserva entonces la potestad? La afirmativa es evidente. El superviviente tiene dos calidades distintas: es padre y es tutor, conserva su calidad de padre aun cuando no es tutor. ¿Pero de qué manera, en este caso, se dividen los poderes entre el tutor y el superviviente de los progenitores? La cuestión no se presenta sino para la persona del menor; en cuanto á sus bienes, es la verdad que son administrados por el tutor. ¿Cuál es la esencia de la potestad paternal en lo que concierne á la persona del hijo? Ya lo hemos dicho. La potestad paternal es un deber de educación. Supuesto que el padre que sobrevive conserva esta potestad, queda por el mismo hecho sometido á la obligación que ella implica. Luego él será el que se encargue de la adopción del hijo. Así se resolvía en el antiguo derecho. Denisart dice, en términos enérgicos, que cuando el guardián y el tutor son dos personas diferentes, la autoridad del tutor sobre la persona del menor se *eclipsa* durante la guarda por la del guardián (1).

El mismo principio debe seguirse bajo el imperio del código Napoleón. Pero como el tutor está también encarga-

1 "Nuevo Denisart," t. IX, *De la guardia noble*, pfo. XII, núm. 4 Demolombe, t. 6^o, p. 289, núm. 380.

do de la persona del menor (art. 430), podría preguntarse si el tribunal tendría el derecho de confiar el menor al tutor, de preferencia al superviviente, suponiendo que el interés del hijo lo exija. Demolombe contesta que esta solución podría muy bien parecer muy razonable, y que tal vez en más de una ocasión habría motivo para seguirla (1). Si se trata de hacer la ley, no vacilaríamos en dar este poder á los tribunales, por causa de incapacidad del superviviente; porque si para amparar sus intereses pecuniarios, se organiza la tutela, con mayor razón debe garantizarse un interés mucho mayor, la educación, de la cual depende el porvenir del hijo. Pero, ¿el código da este poder al juez? A nuestro modo de ver, nó. No puede decirse que en esto haya vacío; la ley provee á la educación del menor confiándola al padre ó á la madre. La ley provee mal, sea. Esto prueba que debe corregirse. ¿Pero corresponde á los tribunales corregir la ley?

Como el que sobrevive conserva la potestad paternal, aún no siendo tutor, síguese de aquí que el padre ó la madre es, y no el tutor, quien tiene los derechos de guarda y de corrección (arts. 374 y 375). Esto no es dudoso, puesto que no se dan estos derechos al padre sino como medios de educación; luego el que tiene el deber legal de educar al hijo, es el que debe tener el poder que es inherente á ese deber. La aplicación del principio da lugar á una ligera dificultad. Según los términos del art. 108, tiene su domicilio en la casa del tutor; y según el art. 374, el hijo no puede abandonar la casa paterna sin el permiso de su padre. Si el padre tiene la guarda del hijo ¿en casa de quién tendrá éste su domicilio? Contéstase que él tendrá su domicilio de derecho en la casa de su tutor, como lo apetece el artículo

1 Demante admite también el poder discrecional de los tribunales, *Curso analítico*, t. 2^o, p. 181, núm. 117, bis.

108; pero que estará obligado á residir en la casa de su padre, como lo prescribe el art. 374. Esta es la opinión general y no es dudosa (1).

Si el padre que sobrevivió es tutor y si se le destituye de la tutela por mala conducta notoria (art. 444), caducaría, por esto mismo, su potestad paternal, ó al menos puede ser despojado de ella por el consejo de familia ó por los tribunales. Mas adelante examinaremos la cuestión.

264. Si el que sobrevive de los padres vuelve á casarse ¿conserva la potestad paternal? La conserva por el hecho mismo de que no hay ley que se la quite, y agreguemos que no hay ley que permita quitársela. Que el padre que vuelve á casarse conserva la potestad paternal, no hay duda alguna. El art. 380 restringe únicamente su poder de corrección; ya no puede ejercerla por vía de autoridad. Pero la excepción confirma la regla. El padre, aunque se haya vuelto á casar conserva, pues, salvo esta restricción, la plenitud de la potestad paternal.

La madre conserva también la potestad paternal; pero la ley le impone restricciones más graves. Ella no tiene ya el derecho, en su calidad de madre, de hacer que se retengan sus hijos del primer lecho (art. 381); el poder de corrección no puede ser ejercido, en este caso, por la madre sino cuando es tutora y de conformidad con el art. 468. Privada del medio que da la ley al que ejerce la potestad paternal para que pueda cumplir el deber de educación ¿no debe inferirse que ella ya no tiene ese deber? La ley le quita el usufructo legal (art. 386), es decir, la recompensa que concede al que tiene á su cargo la educación y la administración de los bienes; privada la madre de la ventaja ¿no debe inferirse que ella no tiene ya el cargo? No, porque no cesa de ser madre y debe cumplir los deberes que la naturaleza le impone, á

1 Marcadé, *curso elemental*, t. 2º, p. 139.

menos que la ley la descargue de ellos, lo que no hace. Es verdad que la ley coloca á la madre que vuelve á casarse en una posición muy ilógica; le deja el cargo, ó por mejor decir, el deber de la educación, y le quita el poder necesario para satisfacer ese deber. Esto es inconsecuente; pero la inconsecuencia de la ley no nos permite que la corrijamos y rehagamos. Y equivaldría á hacer la ley pronunciar contra la madre una prescripción que ningún texto establece.

265. Cuando la madre vuelve á casarse es mantenida en la tutela, la aplicación de estos principios no ofrece duda alguna. Se sabe que la madre tutora que quiere casarse por segunda vez debe convocar al consejo de familia, el cual es llamado á deliberar sobre si se le conservaría la tutela (artículo 595). Cuando el consejo mantiene á la madre en la tutela, reúne ella los dos poderes después de su matrimonio como los tenía siendo viuda. ¿Pero qué debe resolverse si no se le conserva la tutela? La cuestión es controvertida. Nosotros creemos que la madre conserva la potestad paternal sobre la persona del hijo, y que únicamente la administración de los bienes pasa al tutor. En principio, éste ni siquiera da lugar á duda. Lo que origina controversia, es el punto de saber si el consejo de familia puede confiar al tutor la guarda y la educación de los hijos. Nosotros creemos que no tiene este poder. La madre tutora que vuelve á casarse tiene dos calidades, la potestad paternal y la tutela; la ley permite al consejo de familia quitarle la tutela, pero no lo autoriza para quitarle la potestad paternal. Esto decide la cuestión. Objétase en vano que, según el art. 450, el tutor cuida de la persona del menor. Esta disposición supone que la tutela existe sola; ya no es aplicable cuando, al lado del tutor, existe todavía la madre superviviente. La tutela, en este caso, no absorbe la potestad paternal. Se necesitaría un texto formal para que el consejo de familia tuviese el

derecho de despojar á la madre de un derecho que al mismo tiempo y antes que todo es un deber (1).

La jurisprudencia se pronuncia por la opinión contraria. Admite que la guarda y la educación del hijo pueden confiarse al tutor, si así lo exige el mayor interés del menor (2). Esto en definitiva, es dar á los tribunales un poder discrecional, como quiere Demolombe (3). Nosotros con él, creemos que ese es el verdadero principio, ¿pero el código Napoleón lo ha consagrado? Ciertamente es que la ley no da ese poder ni al consejo de familia ni al tribunal. Esto es decisivo, á nuestro parecer. Distinta es la cuestión de saber si la madre puede ser destituida de la potestad paternal en caso de mala conducta notoria. Más adelante examinaremos esto. Por el momento, suponemos que no hay mala conducta notoria, pero que el consejo de familia, por razones particulares, no conserva á la madre la tutela. ¿Puede admitirse que el consejo tenga el poder de arrebatarse á la madre la potestad paternal, cuando ningún texto le da ese derecho? Nosotros no pensamos así. Los poderes del consejo de familia son limitados, no tiene más poderes que los que la ley le otorga. Así debe ser, sobre todo, cuando se trata de la potestad paternal, que es de orden público. Los mismos tribunales, á nuestro juicio, no pueden atacarla de ninguna manera.

266. Un solo caso existe en el cual el consejo de familia podría limitar el ejercicio de la potestad paternal, cuando la madre tutora vuelve á casarse. Si el consejo le conserva

1 Poitiers, 15 de Febrero de 1811 (Daloz, en la palabra *minoría*, núm. 394, 1º). Véase, en sentido contrario, Bruselas, 28 de Enero de 1824 (Daloz, *ibid.*, núm. 394, 2º); Colmar, 29 de Agosto de 1832, y Lyon, 5 de Abril de 1827 (Daloz, *ibid.*, núm. 395).

2 Bastía, 31 de Agosto de 1826, Daloz, en la palabra *Minoría*, número 734. Compárese con sentencia de París de 9 de Marzo de 1854 (Daloz, 1855, 2, 247).

3 Demolombe, *Curso de código Napoleon*, t. 6º, p. 294, núm. 390.

la tutela, puede prescribir límites y garantías especiales en lo concerniente á la administración de los bienes, con mayor razón puede limitar los derechos de la madre. Llegado es el caso de decir: quien puede lo más, puede lo menos. Tal es también la opinión general (1).

Núm. 2. De los ascendientes.

267. ¿Tienen los ascendientes la potestad paternal? ¿participan de ella en algún modo? Acerca de este punto hay una singular confusión en la doctrina. Los autores admiten dos potestades paternas, una que corresponde al padre y á la madre, y la otra que es común á todos los ascendientes (2). Hay algunos que de esto sacan esta extraña consecuencia, que la potestad paternal dura toda la vida del que la ejerce (3). El código civil ignora este lenguaje y estas ideas, y es tan claro como es posible. El art. 372 dice que el hijo está bajo la autoridad del padre y de la madre, y bajo ella permanece hasta la mayor edad ó hasta la emancipación. Según los términos del art. 373, el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio. En seguida vienen las disposiciones sobre el derecho de guarda y de corrección, no se trata aquí más que de padre y de madre. En todo el libro IX, la palabra *ascendiente* para nada se pronuncia. Esto es decisivo.

¿Cuál es, pues, el sentido en qué se admite que los ascendientes tengan una especie de potestad paternal? Se confunden con esta potestad disposiciones que nada tienen de común con la autoridad que la ley dá al padre y á la madre. Y hay que confesarlo, la confusión sube hasta los mismos autores del código civil. Real, en la Exposición de

1 Daloz, *Repertorio* en la palabra *Minoría*, núms. 394-395.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleon* t. 6º, p. 214 núm. 270.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 164, núm. 110.