

motivos, relaciona con la potestad paternal el consentimiento que los ascendientes están llamados á dar al matrimonio de sus descendientes menores, así como las disposiciones sobre la reserva y la cuota disponible (1). Los autores han ido todavía más lejos; en donde quiera que han encontrado un derecho concedido á los ascendientes, han concluido que éstos participan de la potestad paternal (2). Nosotros les opondremos los textos del código, que dan un mentís á esa falsa teoría.

¿El consentimiento de los ascendientes al matrimonio es un efecto de la potestad paternal? Nó, porque por una parte, en tanto que los hijos son menores, deben tener el consentimiento no solamente de sus ascendientes, sino también del consejo de familia. ¿Podrá inferirse de esto que el consejo de familia tiene la potestad paternal? Por otra parte, los hijos de familia no pueden casarse sino hasta los veinticinco años sin el consentimiento de los ascendientes, y deben siempre pedirles consejo. ¿Quiere decir esto que la potestad paternal dure toda la vida? El código dice lo contrario, los mayores de edad no están ya bajo potestad, luego el consentimiento y el consejo que requiere la ley no se deben á la potestad paternal.

Los ascendientes pueden hacer oposición al matrimonio de sus descendientes, y en ciertos casos, pedir su nulidad. ¿Ha de relacionarse este derecho con la potestad paternal, según lo hace Demolombe? Los colaterales tienen también el derecho de hacer oposición y de promover la nulidad. ¿Podrá inferirse de esto que tienen la potestad paternal? ¡Con este título, también el ministro público la tendría!

Los descendientes deben alimentos á sus ascendientes.

1 Réal, Exposición de motivos, núm. 7 (Loché, t. 3°, p. 331).

2 Demolombe, *curso de código de Napoleon*, t. 6°, ps. 219 y siguientes, núms. 279, 286.

¿Cómo se ha de ver en la deuda alimenticia un efecto de la potestad paternal, cuando el código impone esta obligación á los yernos y á los entenados?

El código exige el consentimiento de los ascendientes para el divorcio por consentimiento mutuo. Esto ciertamente que no es un efecto de la potestad paternal, supuesto que los cónyuges, estando emancipados por el matrimonio, no están por esto sino libertados de toda potestad.

La tutela de los hijos menores se confiere á los ascendientes. También puede conferirse á colaterales y á extraños, preferentemente á los ascendientes. Prueba evidentemente de que la potestad paternal no está en causa.

Los ascendientes pueden aceptar las donaciones hechas á su descendiente menor. ¿Es esto un efecto de la potestad paternal? Que se lea el art. 935, y ahí se verá que los ascendientes tienen este derecho aún viviendo el padre y la madre. ¡Habría que decir que los ascendientes tienen la potestad paternal aún cuando vivan los progenitores!

Los hijos tienen un derecho de reserva en la sucesión de sus ascendientes, y éstos tienen una reserva en la sucesión de sus descendientes. ¿Es este un efecto de la potestad paternal? ¡Singular derecho sería el que arrebatare al ascendiente la libre disposición de su patriotismo!

Concluyamos con Proudhon y con la corte de Nimes, que jamás los ascendientes tienen la potestad paternal (1).

268. Si únicamente se tratara de una cuestión de doctrina, no valdría la pena insistir para demostrar lo que está escrito en nuestros textos, es decir, que no hay dos potestades paternas, que sólo hay una sola y que corresponde exclusivamente al padre y á la madre. Pero las falsas ideas conducen siempre á falsas consecuencias. Se ha pregunta-

1 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 2°, p. 335. Nimes, 10 de Junio, de 1825, Dalloz, en la palabra *Potestad paternal* núm. 54.

do si el superviviente de los padres tenía solo el ejercicio de la potestad paternal, ó si los ascendientes podían intervenir en ella. Nos maravilla ver que la jurisprudencia se halle dividida en semejante cuestión. ¿Acaso no corresponde ejercer una autoridad á quien la ley la concede? ¿Y con qué derecho los que no tienen ninguna autoridad legal habían de venir á inmiscuirse en el ejercicio de la potestad paternal? ¿No conduciría esto á alterar, sin título ninguno una potestad que es de orden público? ¿Para limitar una potestad que está organizada por la ley en virtud de un interés social ¿acaso no se necesita de una ley? Pues bien, ninguna ley da, directa ni indirectamente, á los ascendientes el derecho de intervenir entre el padre y el hijo. Esto decide la cuestión. Bajo el punto de vista de los principios, no hay ni sombra de duda. ¿Qué cosa es la potestad paternal? Es el derecho de educación, ó por mejor decir, el deber que tienen los padres de educar á sus hijos. ¿A quién impone la ley este deber? A los esposos (art. 203). No teniendo los ascendientes el deber de educación, ¿cómo no habían de tener los derechos que la ley no concede sino en razón de este deber y como medio de cumplirlo? La corte de Nimes lo resolvió así por la sentencia que acabamos de citar, en un caso en que el ascendiente era el subrogado tutor del menor. A causa de disputas sobrevenidas entre el abuelo y el padre, éste rehusó al ascendiente subrogado tutor la facultad de ver á sus nietos. El tribunal de primera instancia hizo ganar la causa al abuelo.

El tribunal invoca el derecho natural que permite á los abuelos ver á sus nietos para prodigarles cuidados y para buscar al lado de ellos consuelo en sus aflicciones, el fallo agrega que, en el silencio ó en la insuficiencia de la ley, el juez debe suplir aplicando las reglas del derecho natural. Sin duda que sí, cuando la ley fuese realmente insuficiente

ó muda; pero ¿hay insuficiencia ó silencio en el caso de que se trata? El padre solo, contesta la corte de Nimes, tiene la potestad paternal; los ascendientes jamás la tienen. ¿Tendría el abuelo, como subrogado tutor, un derecho que no deriva de su calidad de ascendiente? Basta leer los artículos del código civil sobre la tutela subrogada, para convenirse de que nada de común tiene con el ejercicio de la potestad paternal (1).

La corte de Grenoble dió la misma resolución en un caso que parecía todavía más favorable al abuelo. La madre, al volver á casarse, se había comprometido á que el abuelo viese á los hijos, á dejarlos salir con él cuando quisiese, á enviarlos á su casa todos los años á la mitad de las vacaciones escolares, á consultarle sobre la manera más conveniente de educarlos, así como sobre la carrera que deberían abrazar, á no tomar en este particular una determinación sin el concurso de aquél, y, en caso de disenso, á aceptar la decisión del consejo de familia. ¿Qué valor tenían estas promesas? Si se las consideraba como obligatorias, resultaba que la potestad de la madre no era ya íntegra. Y ¿se puede derogar, por convenciones, la potestad paternal, que es de orden público? Basta plantear la cuestión para resolverlo. El art. 6 impone la nulidad á estas derogaciones; el código no las permite ni aun en el contrato del matrimonio, el más favorable de todos los contratos (1388). Los compromisos contraídos por la madre no podían tener más que un valor moral, dice la corte de Grenoble; ninguno tenían á los ojos de la ley. Al recurso de casación, la sentencia se mantuvo (2).

269. Hay sentencias en sentido contrario. Demolombe,

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

2 Grenoble, 11 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 91), y corte de casación, de 5 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 312).

que se pronuncia por esta opinión, invoca ciertas consideraciones morales. El ejercicio absoluto de la potestad paternal, dice él, sería de excesivo rigor; sería infinitamente ofensiva para el abuelo y muy dolorosa para el hijo mismo. Para dar á estos motivos una apariencia jurídica, Demolombe se prevale del art. 4 del código civil y de los derechos que la ley reconoce á los abuelos, derechos que hemos mencionado. Este color jurídico no tiene valor ninguno. ¿Qué tiene de común el derecho de consentir al matrimonio con el pretendido derecho de intervenir en el ejercicio de la potestad paternal? ¿Y puede tratarse de la insuficiencia y del silencio de la ley, cuando la ley ha hablado? Quedan en pie las razones morales. Podríamos dispensarnos de contestar: esas razones se dirigen al legislador. Pero como, en esta materia, está uno dispuesto á atenerse al poder discrecional de los tribunales, citaremos la excelente respuesta que la corte de Burdeos dió á esta manera cómoda de resolver las dificultades.

La corte comienza por traer á la memoria los principios que rigen la potestad paternal; la naturaleza es la que ha colocado á los hijos bajo la autoridad de sus padres; la ley no ha hecho más que conformarse á lo que la naturaleza exige. ¿Puede el juez intervenir en estas relaciones? Nó, dice la corte, á menos que no se trate de uno de esos abusos monstruosos que el legislador no ha debido preveer. El mismo código nos lo dice implícitamente; encarga á los magistrados que vigilen la suerte de los hijos cuando se rompió el matrimonio por divorcio. Esta es una excepción, y la excepción confirma la regla. ¿Pueden pedir los ascendientes que se limite la autoridad de los padres? A la verdad, los ascendientes tienen ciertos derechos que la ley de acuerdo con la naturaleza, les da, pero únicamente cuando los padres han muerto ó están en la imposibilidad de manifes-

tar su voluntad; viviendo los padres, la ley no concede ninguna autoridad á los ascendientes sobre los hijos, y con razón. Permitirles que interviniesen habría sido embarazar, mejor digamos, habría sido despedazar la autoridad paternal al dividirla; el legislador no quiere ni que se le divida en favor de la madre y ¡había de autorizar á los ascendientes para que la escindiesen! Se dice que sí, en interés de los hijos. ¿Y estos podrían tener algún interés en que hubiese colisiones entre sus progenitores y sus abuelos? Sin duda alguna que es deseable que los vínculos de cariño que crea la naturaleza entre los ascendientes y sus nietos, lejos de que se relajen, pero si de hecho hay un conflicto, el padre solo ¡la madre debe ser el juez. La ley no da ninguna acción á los abuelos y no debía dárselas. El padre puede tener justas razones para evitar todo contrato entre los hijos y sus abuelos, sea porque tema que éstos les inculquen malos principios, ó que alteren el respeto y el cariño que les son debidos. El padre no tiene que dar cuenta á nadie de sus motivos; pueden ser éstos tan íntimos que la honra de la familia exige que queden secretos. ¿Podía decirse que el juez sea el árbitro entre el abuelo y el padre? La corte de Burdeos contesta que «la intervención de los tribunales tendría por consecuencia hacer que los disentimientos de familia fuesen más profundos entregándolos á la publicidad (1).

¿No ha ido demasiado lejos la corte de Burdeos al decidir que el padre puede prohibir toda relación entre el hijo y su abuelo, sin que tenga que dar cuenta de sus motivos? No lo creemos. La necesidad de motivar su conducta implicaría un derecho de crítica de la autoridad judicial, y no vemos en qué se basaría este derecho. No obstante, la corte casó una sentencia de Montpellier, que asentó el principio de

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

poder absoluto de los padres. Pero en vano buscamos en la sentencia de la corte suprema algunos motivos jurídicos, porque sólo encontramos afirmaciones. «El legislador no ha querido dar á entender que la potestad paternal sea absoluta y sin revisión.» Que tenga la bondad de decirnos en dónde ha manifestado el legislador esa intención de limitar y censurar la autoridad de los padres. «Hay entre los hijos y sus ascendientes una reciprocidad de derechos y de deberes que no podrían sacrificarse enteramente á la potestad paternal, sin razones imperiosas de las que el padre es el único y soberano juez; por lo tanto, en esta materia como en otra cualquiera, se permite recurrir á la autoridad de los tribunales y pedirles que examinen si hubo exageración ó abuso en el ejercicio de la potestad, y si debe reducirse á los límites del derecho» (1). Esto no es más que teoría pura. Comprenderíamos ese lenguaje en los labios del legislador, pero no en los del intérprete.

La corte de casación no cita texto ninguno, y por una excelente razón, porque no hay uno solo en favor del ascendiente. En las resoluciones dadas por los tribunales y las cortes de apelación, se cita el art. 371. Pero, cosa notable, este artículo depone contra los que lo invocan, él establece: «El hijo á toda edad debe honra y respeto á sus padres.» Ciertamente que si hay una disposición del título IX que hubiera debido aplicarse á los ascendientes, indudablemente es ésta; y sin embargo, el legislador la limita expresamente á los padres. En vano la corte de París dice que este artículo debe extenderse á los abuelos paternos y maternos, no se extienden las obligaciones legales. No quiere éste que el hijo no deba respeto á sus abuelos, pero ese respeto no es más que un deber moral (2).

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

2 París, 27 de Junio de 1867 (Daloz, 1867, 5, 348). Véase, en el

§ III.—DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA POTESTAD PATERNAL

Núm. 1. *Derechos morales.*

270. El art. 371 establece que «el hijo en toda edad debe honra y respeto á sus padres.» Esta disposición establece una obligación jurídica ¿y cuáles son las consecuencias que se derivan? Por su naturaleza, este deber es evidentemente un deber moral. Hay de esto una prueba perentoria: el artículo 371 reproduce un precepto del Decálogo, es decir una máxima moral y religiosa. Pothier había observado que en las naciones de régimen consuetudinario, la potestad paternal no consistía sino en el derecho de gobernar con autoridad la persona y los bienes de los hijos, y exigir de ellos ciertos deberes de respeto y de gratitud (1). Esta es la fuente de nuestro artículo.

En el consejo de Estado, Bérenger dijo que el art. 371 debía suprimirse, supuesto que no contenía ninguna disposición legislativa. Boulay contestó que se había creído útil colocar al frente del título los deberes que impone la calidad de hijo, del mismo modo que en el título del *Matrimonio* hay un artículo que trata de los deberes de los cónyuges. Bigot-Prémeneu agrega que el artículo contenía principios cuyas consecuencias no hacían más que desenvolver los demás, que, por otra parte, en muchos puntos vendría á ser un punto de apoyo para los jueces (2). Fácil sería demostrar que las observaciones de Boulay y de Bigot-Prémeneu no destruían la objeción de Bérenger; creemos inútil insistir en este punto, que concierne al legislador más

mismo sentido, Burdeos, 16 de Julio de 1867 (Daloz, 1868, 5, 340), y Nancy, 28 de Mayo de 1868 (Daloz, 1868, 2, 176).

1 Pothier, «Tratado de las personas,» núm. 130.

2 Sesión del consejo de Estado, de 8 vendimiario, año X, núm. 3 (Loché, t. 3º, p. 318).