

bunales y pedir la autorización para retirarse á un lugar que los magistrados le designarán (1). Se puede preguntar si el juez realmente tiene ese derecho. Autorizar al hijo para abandonar la casa de sus padres ¿acaso no equivale á poner á éstos en la imposibilidad de cumplir con su deber de educación? ¿no es esto romper la potestad paternal? Nó, el padre que maltrata á su hijo no ejerce la autoridad que la ley le otorga, sino que abusa de ella. Si la ley obliga al hijo á que resida en la casa paterna, es para que el padre pueda cumplir su deber; ahora bien, el padre que en vez de educar á su hijo, lo somete á malos tratamientos, viola su deber. Por lo tanto, los tribunales tienen el derecho de intervenir en favor del hijo. Ellos no declararán que ha caducado la autoridad del padre, porque éste la conservará y podrá siempre dirigir la educación de su hijo; únicamente se le pone en la imposibilidad de maltratarlo. La potestad paternal antes que todo es un deber: puede la justicia intervenir para garantir su cumplimiento, sea forzando al hijo á que vuelva á la casa paterna, sea autorizándolo para que la abandone.

Núm. 3. Poder de corrección.

275. El derecho de educación implica el poder de corrección. ¿Pero hasta dónde llega este poder? El código civil guarda silencio acerca de este punto. La cuestión depende del estado de las costumbres y de la civilización. Niégase á veces el progreso moral, pero no se negará el progreso de los sentimientos de humanidad. Fácil es comprobarlo comparando nuestras viejas costumbres con nuestro derecho moderno. Se lee en una ley del país de Lieja: «Los padres pueden corregir y golpear á sus hijos, sin que

1 Caen, 31 de Diciembre de 1811 (Daloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 26).

estén obligados á ninguna multa judicial, sino en el caso de herida» (1). Esta ley es un testimonio de la barbarie de nuestros abuelos; barbaro era el derecho, porque las costumbres eran incultas. En nuestros días prohibimos á los institutores que golpeen á los niños cuya educación se les confía. Con mayor razón debe decirse que los padres no deben dejarse llevar de actos de brutalidad, que embrutecen á los hijos en lugar de moralizarlos. Ya en el siglo último la voz del ministerio público, órgano de la sociedad, se levantó contra los padres que abusaban de su autoridad. Escuchemos al abogado general Talon: «Los padres que ejercen la bondad con sus hijos, son entonces jueces soberanos; pero cuando ejercen su justicia y castigan á sus hijos, su poder está sometido á los jueces que deben criticar sus juicios.» Se lee en la requisitoria general De Galissane: «Si debe cuidarse de destruir la autoridad paterna, también debe cuidarse de destruir la tiranía.» Algunas veces se hace una distinción injuriosa entre las clases superiores y las inferiores, y se dice que los castigos son necesarios para educar á niños incultos que sólo á golpes obedecen. Esto es calumniar á la naturaleza. «En la clase indigente los matrimonios son más castos, las familias están más unidas, los vínculos de la sangre más venerados, más escuchada la naturaleza, más dulce de pronunciar el tierno nombre de padre» (2).

Bajo el imperio de nuestras nuevas leyes se ha pretendido que el poder doméstico de los padres no estaba sometido á ninguna apelación. Una madre condenada á cinco años de trabajos forzados y á la argolla por haber ejercita-

1 Paz de Santiago, art. 27, pfo. 6 (Merlín, Repertorio, en la palabra "potestad paternal," sección III, pfo. I, núm. 2, p. 421).

2 Merlín, Repertorio, en la palabra "potestad paternal," sec. II, pfo. I, núm. 1, ps. 40 y 42.

do en diversas ocasiones sevicias en un niño de seis años, pidió de recurso casación. La demandante ó su abogado se atrevió á invocar el derecho romano, que daba derecho de vida y de muerte al padre; ella invocó á la naturaleza que había puesto en manos de los padres el poder de corregir y de castigar á sus hijos. La corte de casación opuso á esta extraña doctrina los sentimientos y los principios de la humanidad moderna. «Si la naturaleza, dijo la corte, y las leyes civiles dan á los padres autoridad de corrección sobre sus hijos, no les confieren el derecho de que ejerzan en ellos violencias que pongan en peligro su vida ó su salud.» La corte agrega que no podría aceptarse semejante derecho, sobre todo, contra los hijos que, en la debilidad de los primeros años, nunca pueden ser culpables de faltas graves (1). Estas palabras implican una restricción que no podríamos admitir. Aun cuando el hijo fuese adolescente y graves sus faltas, el padre no tendría derecho para aplicarle castigos corporales. No lo tiene, porque la ley no se lo otorga, y en verdad que tampoco lo tiene de la naturaleza. Nuestras leyes proscriben los golpes hasta para los galeotes, y ¡habían de permitirlos para un niño! El padre no tiene más que un derecho de educación, y, diciendo educación se excluyen los castigos corporales. Vamos á decir cuál es el único castigo legal que el código civil admite como sanción del deber de educación; este es el derecho de retención. La sentencia de este derecho varía según que el padre ó la madre lo ejercen.

I. Del padre.

276. El poder de corrección del padre varía según la edad del hijo. Si éste tiene menos de diez y seis años comen-

1 Sentencia de casación, de 17 de Diciembre de 1819 (Dalloz, en la palabra, "Potestad paternal," núm. 48).

zados, el padre tiene el derecho de reducirlo á prisión por vía de autoridad; el presidente debe, á demanda de aquél, dar la orden de aprehensión. En este primer caso, la prisión no puede exceder de un mes. Si el hijo tiene diez y seis años comenzados, el padre sólo puede requerir la retención del hijo; el presidente libra entónces la orden de aprehensión ó la rehusa; puede también abreviar la duración del arresto requerido por el padre. En este segundo caso, la retención puede durar seis meses (arts. 376 y 377). ¿Cuáles son las razones de estas distinciones? Las faltas de un hijo que no ha llegado todavía á los diez y seis años son naturalmente menos graves que las de un hijo que es adolescente, que ha entrado á la edad de las pasiones.

Esta consideración explica la diferencia que la ley establece para la duración de la retención, según que el hijo tiene más ó menos de quince años. Por otra parte, el hijo que no ha llegado á los quince años es demasiado joven para ponerse frente á frente de la autoridad paterna; luego no debe temerse que el padre se deje arrebatar por el deseo de vengar un poder que ve desdeñado; mientras que el adolescente y el padre pueden originarse conflictos; puede temerse que el padre obré por venganza, y desde este momento ha debido hacer intervenir á un magistrado, que será juez entre el padre y el hijo. El legislador no ha creído necesaria esa intervención, cuando el padre castiga al hijo únicamente para corregirlo. El padre ejerce entónces un poder absoluto por vía de autoridad, y él es el que pronuncia la pena; el presidente sólo interviene para legalizar la aprehensión, y para verificar si el hijo está todavía en la edad en que el padre puede ordenar su aprehensión (1).

De aquí resulta que cuando el padre obra por vía de autoridad, no está obligado á dar á conocer sus motivos,

1 Durantón, *curso de derecho francés*, t. 3º, p. 344, núm. 354.

mientras que debe exponerlos al presidente, cuando requiere la retención del hijo (1). La consecuencia es lógica, pero depone en contra del principio. En nuestro orden político, ya no conocemos ninguna autoridad absoluta; todo, pues, debe motivar su decisión, y es esta una garantía tan preciosa, que los autores de la Constitución belga han hecho de ella el objeto de una disposición formal (art. 97). Si ningún poder es absoluto, si la misma autoridad judicial tiene que dar cuenta de sus decisiones ¿por qué había de ser ilimitada la potestad del padre? Como Berlier dijo muy bien en el consejo de Estado, la autoridad del padre no debe ser un despotismo, porque éste no es más conveniente en la familia que en el Estado (2). El poder absoluto es tan contrario á nuestros sentimientos y á nuestras ideas, que los intérpretes han tratado de eludir el rigor de la ley. Demante dice que el presidente debe negar su concurso á una extralimitación de autoridad (3). Olvida que en donde existe un poder ilimitado, ya no puede ser cuestión de abuso. Si hay abuso, es en la ley; el legislador ha hecho mal en crear un poder despótico en el seno de una sociedad que tiene horror al despotismo.

277. Si el padre ha vuelto á casarse, dice el art. 381, estará obligado, para mandar retener á su hijo del primer lecho, aun cuando éste fuese menor de diez y seis años, á requerir la retención. La razón de esta excepción es muy natural: como lo dice Réal en la Exposición de motivos, la ley ya no supone que el padre tenga la misma ternura ni la misma imparcialidad. ¿Qué debe decidirse si el segundo matrimonio estuviese disuelto por el divorcio ó por la muerte? Los autores franceses no preveen más que el caso de

1 Zachariae, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 366, notas 7 y 11.

2 Sesión del consejo de Estado, de 8 vendimiario, año XI, número 11, Loaré, t. 2º, p. 320.

3 Demante, *Curso analítico*, t. 2º, p. 182, núm. 121, bis.

muerte, estando abolido el divorcio en Francia; ellos generalmente enseñan que el padre vuelto á quedar viudo puede mandar retener á los hijos del primer lecho por vía de autoridad. El texto es favorable á esta opinión; él establece: *si el padre ha vuelto á casarse*, luego supone existente el matrimonio, y ¿puede decirse del padre viudo por segunda vez que ha vuelto á casarse? Nó; ahora bien, desde el momento en que ya no estamos dentro de los términos de la excepción, volvemos á la regla, y la regla es la vía de autoridad. El espíritu de la ley deja alguna duda; se ha dicho que, aunque la influencia de la madrastra no sea ya de temerse, ya no es el mismo el cariño del padre. Esta consideración no nos atañe, por ser demasiado íntima, porque ¿quién puede penetrar los verdaderos sentimientos del padre? Lo que pasa en materia de divorcio nos parece decisivo. Ciertamente que, en caso de divorcio, todos admitirán que el padre cese de sufrir la influencia de su segunda mujer, y que por consiguiente, vuelva á la plenitud de su poder. Ahora bien, no tenemos más que un solo y mismo texto; si el padre divorciado puede mandar retener al hijo del primer lecho por vía de autoridad, hay que decir otro tanto del padre que ha vuelto á quedar viudo (1).

278. Hay una segunda excepción al poder de corrección por vía de autoridad: cuando el hijo tiene bienes personales, su retención no puede, aun en menos de diez y seis años, tener lugar sino por vía de requisición (art. 382). Esta extraña excepción se introdujo en el código á propuesta de Cambacéres, que suponía al padre con bienes y con un padre disipador. El padre, dijo, tratará de despojarlo; se vengará de los desaires del hijo, y tal vez lo obligará á

1 Véanse las diversas opiniones acerca de esta cuestión en Dalloz, en la palabra *Potestad paternal*, núm. 32.

comprar su libertad (1). El cónsul Cambacères tiene una reputación usurpada; casi siempre sus observaciones carecen de precisión y de validez. La que acabamos de transcribir no tiene sentido. ¿Un niño menor de diez y seis años puede disponer de sus bienes, ó autorizar á su padre para que disponga de ellos? El padre administra los bienes del hijo, disfruta pero no dispone de ellos: ¿cómo podría hacer qué el hijo comprase su libertad? Si tales palabras se leyeran en un autor adocenado, diríase que eran pura verbosidad.

279. Hay una tercera excepción en favor del hijo que tiene un estado (art. 382); no puede ser retenido sino por vía de requisición, porque necesita de mayor garantía. El hijo podría sufrir un grave perjuicio de una retención que puede suponerse injusta. Nos parece que el motivo de la excepción atestigua contra la regla. ¿Acaso la retención á la que un varón ó una hembra de quince años se someten, no pueden comprometer su porvenir? En vano pretende la ley que este castigo permanezca secreto; se evaporará, y mientras más cuidado se tenga en mantenerlo oculto, más daño causará. Cuando la honra está en juego, la magistratura debería intervenir para juzgar del criterio del padre como dice Talon.

280. En los casos en que, por excepción el padre no puede mandar retener al hijo menor de diez y seis años sino por vía de requisición, ¿podría durar la retención seis meses? La cuestión está controvertida, y no comprendemos por qué. ¿Cuál es la regla y en qué estriba la excepción? La regla dice que el padre puede mandar retener al hijo por vía de autoridad por un mes. Luego hay dos cosas en la regla, la duración de la retención y la vía por la cual se

1 Sesión del consejo de Estado, de 8 vendimiario, año XI, número 12 (Loché, t. 3º, p. 321).

pronuncia. ¿Qué es lo que dice la excepción? Que en tres casos la retención no podrá tener lugar sino por vía de requisición. La excepción debe estar siempre restringida dentro de los límites para los cuales se establece. Supuesto que no estriba en la duración de la retención, la regla que la fija en un mes permanece, por este hecho mismo, aplicable. El espíritu de la ley está en armonía con el texto. ¿Por qué la ley limita á un mes la duración de la retención cuando el hijo tiene menos de quince años? precisamente á causa de sus pocos años; siendo la misma la edad, la duración de la retención debe también ser la misma. Esta es una de esas controversias que deberían desaparecer de nuestra ciencia, porque no la honran.

281. La ley da al padre el derecho de gracia, como para marcar que en sus manos la justicia debe estar separada de la caridad. Es dueño siempre de abreviar la duración de la retención ordenada ó requerida por él. El art. 379 agrega, que si después de su salida, el hijo cae en nuevos extravíos, la retención podrá ordenarse nuevamente. No es necesario decir que entonces el padre ejerce el poder de corrección, según las detenciones que acabamos de establecer. A la verdad, el art. 379 remite á los artículos *precedentes* y no á los que siguen. Pero esta remisión es perfectamente inútil. El legislador no necesita hacer remisiones para que sus disposiciones reciban aplicación.

II. De la madre.

282. Cuando la madre ejerce la potestad paternal, puede también mandar retener al hijo, pero su poder está sometido á restricciones. Según los términos del art. 381, ella no puede mandar retener al hijo sino por vía de requisición, luego jamás tiene el derecho de ordenar la retención. Además, la ley exige el concurso de dos de los más próximos