

parientes paternos. Pothier nos da la razón general de las restricciones á que están sometidas las madres. «La debilidad á su juicio, dice, y el carácter de vehemencia, bastante común en este sexo, impiden que pueda contarse con el criterio de la madre tanto como con el del padre» (1). Réal agrega que por el mismo interés de la madre es por lo que el legislador exige el concurso de la familia paterna. «Una viuda sin defensa, cuyas acciones todas están expuestas á la crítica de la malignidad, se procurará con el concurso de dos de los más próximos parientes paternos, testigos imparciales que puedan dar fe de la necesidad de aquel rigor y que salgan garantes de su buena administración.» Este concurso es una condición requerida para que el presidente pueda ordenar la aprehensión; luego si los parientes paternos rehusasen su consentimiento, la retención no podrá tener lugar. Según el texto del art. 381, esto es evidente, y el espíritu de la ley no deja ninguna duda: la denegación de concurso prueba que no hay razón que justifique esta medida de rigor; por lo tanto el presidente no puede ordenarla (2).

Se pregunta lo que debe hacer la madre cuando no hay parientes paternos. Los autores están muy divididos acerca de esta cuestión; unos aplican por analogía los arts. 407-410 sobre la composición de familia, y reemplazan á los parientes paternos por amigos del padre. Esto es arbitrario: los amigos no pueden sustituir á los parientes sino en los casos determinados por la ley. Lo mismo sucede con los parientes políticos. ¿No pudiéndose cumplir la condición exigida por el código civil, debe inferirse que la retención no podrá requerirse? Esto sería absurdo, supuesto que la garantía establecida en favor del hijo se tornaría contra él.

1 Pothier, *Tratado de las personas*, núm. 133.

2 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 368, nota 18.

Luego debe decidirse que la madre tiene el derecho de requerir la retención, salvo que el presidente recoja todas las informaciones que lo pongan en aptitud de tomar una resolución (1).

283. La ley no da á la madre el derecho de abreviar el tiempo de la duración. ¿Debe inferirse, con Proudhon, que limitado como está el poder de aquélla, y más que el del padre, ella no puede ejercer el derecho de gracia? (2). Creemos nosotros que no hay realmente silencio de la ley, como se pretende. El código comienza por determinar el poder de corrección del padre; entre estas disposiciones hay algunas que evidentemente son generales, tales son los artículos 376 y 377 sobre el tiempo de la retención, sobre el poder del presidente para abreviar el tiempo de la retención requerida por el padre; tal es el art. 378 sobre las formas y los gastos; tal es también el art. 379 sobre el derecho de gracia, derecho esencial en materia de corrección y de educación. Este mismo artículo prevee el caso en que el hijo entre en nuevos extravíos; ¿se dirá que esta disposición no es aplicable á la madre, porque el código no se explica de una manera expresa? Luego hay que decidir que la madre tiene el derecho de gracia; ¿pero puede ejercerlo sin el concurso de dos de los más próximos parientes paternos? Nos parece que la negativa resulta del texto mismo de la ley. El art. 379 dice que el padre es siempre dueño de abreviar la retención por él ordenado ó requerida. Así, pues, el que requiere la retención es el que tiene el poder de abreviarla. Ahora bien, la madre no requiere sola la retención, sino

1 Ducaurroy, Bonnier y Roustain, *Comentario*, t. 1º, p. 394, número 557.

2 Proudhon, "Tratado sobre el estado de las personas," t. 2º, página 247.



con el concurso de los parientes; luego éstos deben concurrir también para ejercer el derecho de gracia (1).

284. Si la madre vuelve á casarse, ya no puede mandar retener al hijo del primer lecho, aun cuando conserve la autoridad paternal. El art. 381 es formal; no concede ese derecho sino á la madre superviviente y que no ha vuelto á casarse. Colocada bajo el dominio de su segundo marido, éste sería el que ejerciese aquel poder riguroso, y la ley desconfía justamente de los sentimientos del padrastro. Esto no quiere decir que el hijo no puede ser retenido. Se aplicará el art. 368; el tutor llevará sus quejas al consejo de familia, y éste lo autorizará si hay lugar, para que provoque la reclusión del menor. Luego si se le conserva á la madre la tutela, obrará como tutora. Si se le retira la tutela, perderá todo derecho de corrección.

El art. 381 dice: «La madre *superviviente*.» ¿Quiere decir esto que la madre no pueda ejercer el poder de corrección cuando, por excepción, ejerce la potestad paternal durante el matrimonio? Ciertamente que nó. La ley prevee el caso ordinario; pero si, en caso de ausencia del marido, la madre lo substituye, ella debe tener el derecho de retención, supuesto que este derecho se establece por interés del hijo. Sólo que no podrá ejecutarlo sino por vía de requisición y con el concurso de los parientes paternos. Ella no debe tener un poder más extenso cuando ejerce la potestad paternal en nombre de su marido que cuando la ejerce en el propio; los motivos de las restricciones prescritas por la ley son los mismos en una y otra hipótesis. ¿Tiene también la madre el ejercicio de la potestad paternal en caso de interdicción del padre? Nosotros hemos examinado la cuestión en párrafo anterior (núm. 262).

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 46.

### III. Procedimiento.

285. El código civil no dice en dónde se ha de retener al hijo. Según el proyecto, la retención debía tener lugar en una casa de corrección. En el consejo de Estado, el cónsul Lebrun hizo notar que enviar á los hijos á una casa de corrección, era como enviarlos al crimen. Bigot-Prémeneu contestó que la sección de legislación no se había disimulado que las actuales cárceles no podrían más que aumentar la depravación de los hijos que á ellas se consignasen; pero la dicha sección ha supuesto, dijo Prémeneu, que al fin se organizarían verdaderas casas de corrección. Las palabras: *en una casa de corrección* se suprimieron (1). En nuestros días, el deseo del consejo de Estado se ha realizado; la cárcel celular permite que se pongan los hijos al abrigo del contagio del vicio, á la vez que se abrevia el tiempo de la retención. En París, la casa religiosa de las damas de San Miguel recibe á las hijas retenidas en virtud de la potestad paternal. Decreto de 30 de Septiembre de 1807.

286. El art. 378 quiere que no haya ningún escrito ni formalidad judicial, á no ser la orden misma de aprehensión en la cual no se enunciarán los motivos. «Da publicidad, dice Réal, á errores y debilidades juveniles y eternizar su recuerdo, equivaldría á ir directamente en sentido contrario del objeto; y de estos castigos que se imponen á la infancia para ahorrar tormentos á la edad madura, sería hacer nacer disgustos que deshorrarían lo restante de la vida.»

¿Cuáles son los escritos y las formalidades que prohíbe el código? El padre no estará obligado á hacer un requeri-

1 Sesión del consejo de Estado, del 20 brumario, año XI, núm. 3, *Loisé*, t. 3°, p. 326.



miento, no necesitará de abogado y hasta podrá formular verbalmente su demanda. Precisa una orden de aprehensión, y esta orden debe ser escrita, porque, según los principios de nuestros derechos públicos, nadie puede ser aprehendido sino por autoridad judicial. ¿Es exacto decir que este escrito es el único que sea indispensable? El código de instrucción criminal dice en su art. 609 que «ningún guardián puede recibir á ninguna persona sin transcribir en su registro la orden que autorice la retención.» Esta prohibición es de orden público, y es garantía de la libertad individual, aun para el hijo que debe ser retenido, pero que no puede serlo sino en vista de una orden del presidente: y la única garantía de esta orden es que el art. 609 del código de instrucción se observe. En vano Demolombe dice que *querria* que no hubiese registros carcelarios: el derecho más sagrado del hombre es superior á todo género de consideraciones. Si el padre emplea el ministerio de un alguacil para aprehender al hijo y llevarlo á la casa en donde debe ser retenido, aun se necesitará acta de aprehensión (1). Pero como el art. 378 quiere que no haya ninguna formalidad, hay que resolver que un alguacil no es necesario, y que el mismo padre puede conducir á la carcel al hijo.

287. El art. 378 agrega que el padre estará obligado únicamente á subscribir una sumisión de pagar todas las costas, y de procurar alimentos convenientes. Esta disposición ha dado margen á una controversia á propósito de una coma. En el proyecto la coma que ahora se encuentra después de la palabra *gastos* no existía; así, pues, el artículo significaba que el padre no estaba obligado á hacer ningún anticipo, ni por alimentos ni por costas. La coma que se halla en la redacción definitiva cambia su sentido, el texto significa que el padre hace una sumisión respecto á

1 Dalloz, en la palabra "Potestad paternal," núm. 40.

los gastos, pero que debe pagar los alimentos anticipadamente. Se nos figura que esto es dar demasiada importancia á una coma, y habría que probar que se puso para cambiar el sentido del proyecto; ahora bien, esto en ninguna parte se ha dicho; por el contrario, leemos en el dictamen de Vesin, sin coma ninguna, que el padre únicamente debe subscribir una obligación de pagar todos los gastos y de procurar alimentos convenientes (1).

288. ¿Puede el hijo interponer apelación contra la orden de aprehensión? Apelación propiamente dicha, jamás la hay. En el art. 382, que prevee dos casos en que por excepción, el padre no puede mandar retener al hijo menor de diez y seis años sino por vía de requerimiento, hay un segundo inciso que dice: «El hijo podrá dirigir una memoria al procurador general. Este se hará dar cuenta por el procurador imperial en el tribunal de primera instancia, y rendirá su informe al presidente de la corte de apelación, quién después de haber dado aviso al padre y de recoger todos los datos, podrá revocar ó modificar la orden librada por el presidente del tribunal de primera instancia.» Se pregunta si esta disposición es general, ó si sólo se aplica á los dos casos previstos por el primer inciso, cuando el hijo tiene bienes personales y cuando ejerce un estado.

Hay un punto que es cierto, y es que el hijo no puede reclamar cuando es retenido por vía de autoridad; porque en este caso, es el padre quien ordena la retención, y lo hace en virtud de un poder absoluto, ilimitado. Luego no puede cuestionarse un recurso sino cuando el hijo es retenido por vía de requerimiento. ¡Hemos dicho que esto no es un derecho de apelación propiamente dicho. En efecto, la apelación, es suspensiva; mientras que el art. 382 no per-

1 Demolombe, t. 6º, p. 236, núm. 337. Mourlon, *Repeticiones*, t. 1º, p. 509. Informe de Vesin, núm. 6 (Laocré, t. 3º, p. 33).



BIBLIOTECA CENTRAL DE LA UNIVERSIDAD DE NUEVO LEÓN

MEXICO



mite al hijo que dirija una memoria al procurador general sino cuando se halla retenido. La única cuestión que queda por resolver es, pues, la de saber si el hijo puede también ejercitar este recurso cuando se hallan retenido á requerimiento de su padre vuelto á casar, y en los casos que, mayor de diez y seis años, no puede nunca ser retenido sino por vía de requerimiento.

Creemos que el texto resuelve la cuestión. La disposición que permite al hijo un recurso no es una disposición general; se halla á continuación de un primer inciso que prevee dos casos de retención, en los cuales la posesión del hijo es particularmente favorable, cuando tiene bienes personales ó cuando ejerce un estado. No puede decirse que la disposición no hace más que aplicar el derecho común, porque éste permitirá al hijo interponer apelación, y ésta sería suspensiva. Así, pues, es una disposición especial, y con tal título excepcional, y por lo tanto de estricta interpretación. Invócase en favor del hijo el espíritu de la ley, la discusión. A decir verdad, los trabajos preparatorios dejan indecisa la cuestión; pero al menos explican por qué la disposición forma un inciso del artículo 382.

Cambacéres fué quien propuso las dos excepciones consagradas por el primer inciso, y él también el que propuso que se autorizara al hijo que tiene bienes ó un estado para que recurriera al presidente de la corte de apelación. En la mente de Cambacéres, este recurso estaba, pues, limitado á los dos casos prescritos por el art. 382. El Tribunal pidió la supresión de la parte del artículo que daba al hijo un derecho de recursos, porque creía que de aquí resultaría una especie de debate judicial entre el hijo y su padre. Cuando el proyecto volvió al consejo de Estado, se mantuvo la disposición y se hizo de ella un inciso separado. Réal, en la Exposición de motivos, considera la disposición como

especial al hijo que tiene bienes ó un estado. En cambio, el relator y el orador del Tribunal lo entienden como principio general. En definitiva, el artículo ha sido comprendido de una manera diferente por el consejo de Estado y por el Tribunal. Luego hay que ajustarse al texto (1). No por esto entendemos aprobar la ley. Si la apelación es un derecho natural, por esto mismo el recurso debería ser también de derecho común. Es contrario á todo principio que un ciudadano, aun cuando sea un niño, se vea privado de la libertad sin haber sido escuchado y sin poder reclamar.

#### § IV.—FIN DE LA POTESTAD PATERNAL.

289. La potestad paternal concluye con la mayor edad (art. 372). Este es principio del derecho consuetudinario. Establecida por el interés del hijo, no se concibe que la autoridad del padre dure todavía cuando el hijo ha llegado á la edad en que es capaz de todos los actos de la vida civil (art. 488); pero la potestad paternal no cesa, como dice Portalis, sino en sus efectos civiles. «El respeto y la gratitud continúan exigiendo miramientos y deberes que el legislador ya no ordena; la deferencia de los hijos hacia los autores de sus días es entonces obra de las costumbres más bien que de las leyes» (2).

La potestad paternal puede terminar antes de la mayor edad, por la emancipación (art. 372). El padre mismo es el que abdica, en este caso, la autoridad. El código trata de la emancipación en el título X consagrado á la tutela.

290. El código penal de 1810 prevee el caso en que los

1 Véase en este sentido, Marcadé, t. 2º, p. 146, y Réal, Exposición de motivos, núm. 11, (Loché, t. 3º, p. 334). En sentido contrario, Demolombe, t. 6º, p. 249, núm. 331; Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 368, nota 22; el Informe de Vesin, núm. 7, p. 338, y el Discurso de Albisson, n. 7, p. 342.

2 Portalis, Discurso preliminar, núm. 70 (Loché, t. 1º, p. 175).