

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).

padres favoreciesen la prostitución y la corrupción de sus hijos, y por este hecho pronuncia contra ellos una pena de dos á cinco años de prisión y una multa de 300 á 1000 francos. El art. 335 agrega que el padre y la madre estarán, además, privados de los derechos y ventajas que tienen concedidos por el código civil sobre la persona y los bienes del hijo por el código civil, en el título de la *Potestad paternal*. Estas disposiciones están reproducidas por el código penal belga, el cual ha elevado el minimum de las penas cuando los culpables son los ascendientes de la persona prostituida ó corrompida (arts. 379-382).

Hagamos notar desde luego que la caducidad pronunciada por el código penal no se extiende á todos los hijos del culpable; el texto dice *del hijo*, lo que significa el hijo corrompido, aquél á cuyo respecto se cometió el delito; luego el padre conserva su potestad sobre los demás hijos. Hay autores que extienden la caducidad á todos los hijos; nosotros creemos también que el legislador debió de haberlo hecho; pero no lo hizo, y las leyes penales no reciben interpretación extensiva (1).

¿El padre se haya despojado de todos los derechos concernientes á la autoridad paternal? Esta cuestión debe también decidirse negativamente; porque el código civil dice que el culpable está privado de los derechos y ventajas que le otorga el código civil sobre la persona y los bienes del hijo, libro 1º, título IX, de la *Potestad paternal*. Así, pues, el texto es limitativo sólo concierne á la potestad paternal propiamente dicha.

De aquí resulta que el padre conserva la administración de los bienes del hijo, aunque esté privado del usufructo legal, porque de esta administración se trata en el t. X, artículo 389 y no en el tít. IX. Del mismo modo, el padre po-

1 Véanse las diversas opiniones en Dalloz, en la palabra *Potestad paternal*, núm. 68.

drá consentir en el matrimonio del hijo, en el divorcio y en la adopción (arts. 148, 278 y 346). Estos derechos no se hallan establecidos en el tít. IX, luego el padre no está despojado de ellos, y por otra parte, no emanan de la potestad paternal propiamente dicha. ¿Podría el padre emancipar al hijo? (art. 477). Esta cuestión nos parece muy diferente. ¿Cómo el padre, con una autoridad que ya no tiene, había de emancipar al hijo? ¿Cómo había de renunciar á derechos que ya no tiene? (1).

Núm. 2. *Causa extralegal.*

291. ¿Hay otros casos en los cuales el padre y la madre puedan ser declarados despojados de la potestad paternal? Se supone que el padre maltrata al hijo; si los malos tratamientos constituyen su delito, podrá ser castigado; esto no ofrece duda alguna (núm. 275); pero ¿conservará la potestad que la ley le otorga? Hay excesos y abusos que no constituyen delito. El padre, en lugar de educar al hijo, como es su deber, ni siquiera satisface á sus necesidades físicas; á guisa de educación le da el espectáculo incesante de la brutalidad y de la prostitución. El tiene cura de almas y en lugar de salvar, en lugar de moralizar á las inocentes criaturas que Dios le ha confiado, él las extravía. ¿Este ser monstruoso seguirá investido de la potestad paternal? No existe ley que permita á los tribunales penales ni á los civiles pronunciar la caducidad de la potestad paternal, fuera del código penal que acabamos de citar. ¿El silencio de la ley no decide la cuestión? Así lo creemos, á la vez que deploramos la negligencia del legislador. Este ha olvidado que la misión del Estado es amparar los dere-

1 Las opiniones de los autores están divididas (Dalloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 69).

chos de los ciudadanos ¿y qué derecho es más sagrado que el del hijo?

Demolombe confiesa que no hay texto. «¿Qué hacer? exclama. Precisa acudir en auxilio del hijo. Haremos lo que podamos. Pero fuerza es que absolutamente vengamos á esto: la razón, la moral, la humanidad misma lo exigen.» Nosotros comprendemos este grito del alma, esta protesta del sentido moral. ¿Pero tales sentimientos no son de la competencia del legislador? ¿El juez puede hacer la ley que el legislador echó en olvido? Demolombe contesta que hay medios jurídicos de alcanzar este objeto. No pedimos otra cosa, que sean acogidos. Examinemos.

«Poder tutelar y protector, no es posible que la autoridad del padre se convierta en un medio de tiranía y de desmoralización.» Nada tan cierto como esto. Pero cuando el legislador establece una potestad absoluta, y cuando él mismo determina el caso, el único caso en que el padre pueda ser despojado de su autoridad por causa de indignidad ¿puede el juez aceptar otras causas de caducidad? ¿No se llama esto literalmente hacer la ley? Se invoca el art. 4 del código: el juez está obligado á fallar aun cuando la ley sea insuficiente ó muda. Fácil es la respuesta, y la creemos perentoria. No hay silencio, no hay insuficiencia de la ley, ella nos dice cuándo cesa la potestad paternal (art. 372); ella nos dice cuando el padre incurre en caducidad (código penal, art. 381). El juez no se negará á juzgar, sino que resolverá, que siendo de orden público, no le es permitido despojar de ella al padre, sino en los casos previstos por la ley. En vano se apela á la antigua jurisprudencia para justificar este poder de «alta vigilancia» este «poder moderador.» Digamos la frase, éste sería un poder discrecional.

Ahora bien, lo que distingue precisamente el poder judicial, tal como en nuestros días se halla organizado, del poder

de los parlamentos, es que éstos tenían una plenitud de potestad que nuestros tribunales ya no tienen. Esto se debía al orden político, que completamente está invertido; esto se debía á la ausencia de un código de leyes, lo que favorecía y hacía, por decirlo así, necesario el arbitraje del juez. Hoy tenemos códigos, que quitan á los magistrados todo poder discrecional. No hay excepción sino en los rarísimos casos previstos por el art. 4, cuando la ley es muda ó insuficiente.

A falta de texto, Demolombe recurre á las discusiones, y ¿cómo éstas han de hacer las veces de texto? Ellas sólo prueban una cosa, y es que se plantearon algunas cuestiones que no fueron resueltas. El primer cónsul, cuyo espíritu vivo y osado siempre va más lejos que la tímida reserva de los legistas, señaló los vacíos del proyecto. Un padre no educa á su hijo y falta á su deber, ¿cuál será el derecho del hijo? El padre tiene costumbres desarregladas ¿se dejará á un hombre de mala conducta notoria, el cuidado de moralizar á sus hijos? (1). Estas cuestiones tan urgentes no recibieron respuesta.

Demolombe dice que hay un texto decisivo; el art. 444 excluye la tutela y permite destituir á las personas de mala conducta notoria, así como á aquellos cuya gestión revelase la incapacidad ó la infidelidad. Esta disposición se aplica al padre que es tutor; puede ser destituido de la tutela, sea. Pero distintas cosas son la tutela y la potestad paternal. ¿Puede el juez, por una *aplicación útil*, extender al padre lo que la ley dice del tutor? Esto es contrario á todo principio de interpretación, las prescripciones, las penas no se extienden. ¿Y la destitución no es una pena? Esto es contrario al texto mismo de nuestras leyes penales. Un padre

1 Sesión del consejo de Estado, de 26 frimario, año X, núm. 9 (Lo. creé, t. 3º, p. 315).

ha excitado la corrupción de uno de sus hijos, ha prostituido á su hija. Es condenado á reclusión, si el hijo fuese menor de once años. Ciertamente que en este caso hay más que una mala conducta notoria, más que una incapacidad de ejercer la potestad paternal. Pues bien, la ley conserva su autoridad á ese infame que ha cometido el mayor crimen de que pueda hacerse culpable un padre, y se la conserva sobre los hijos á quienes no ha corrompido. No sería permitido al tribunal que pronunciase esa prescripción. ¡Y se permitirá al juez civil que pronunciase la prescripción por mala educación ó incapacidad! (1).

292. Con profunda pena concluimos que la justicia está desarmada por el legislador mismo. Una sola vía jurídica existe para acudir en auxilio del hijo, y es autorizarlo á que abandone la casa paterna. Nosotros hemos reconocido este derecho al juez; pero nos parece imposible que se llegue hasta la prescripción ó hasta la destitución. La corte de París falló, de conformidad con estos principios, que la potestad paterna no podía fenecer sino con la muerte ó en los casos determinados por la ley (2). La corte de casación ha ido más lejos. Una viuda fué destituida de la tutela por mala conducta notoria; el consejo de familia confió los hijos al tutor. La madre interpuso el recurso de casación por violación de las disposiciones del código civil sobre la potestad paternal; la corte denegó el recurso, pero poniendo una extrema reserva en su resolución. Es importante hacer notar los términos de la sentencia. Desde luego la corte hace constar que la sentencia atacada no declaró á la madre despojada de la potestad paternal, y que únicamente impuso una restricción motivada por la mala conducta de la madre,

1 Demolombe, t. 6º, p. 277, núm. 367. En sentido contrario, Dalloz, en la palabra *Potestad paternal*, núm. 65.

2 Sentencia de 23 de Agosto de 1825 (Dalloz, en la palabra *Potestad paternal*, núm. 78).

quitándole la educación de sus hijos. La sentencia conserva los demás derechos inherentes á la potestad paternal, tales como el derecho de consentir al matrimonio ó á la adopción de sus hijos, el derecho de emanciparlos. La corte agrega que la sentencia ni siquiera ha prohibido de una manera absoluta al derecho de comunicación de la madre con sus hijos; se limita á dar al tutor y al consejo de familia el derecho de arreglar estas relaciones (1). Así es que la corte de casación no admite que los tribunales puedan pronunciar la prescripción absoluta de la potestad paternal. Pero los tribunales no pueden arrebatar al padre y á la madre la autoridad que la ley les concede; ¿con qué derecho habrían de despojarlos del derecho esencial que constituye la potestad paternal, es decir del derecho, ó, mejor digamos, del deber de educación? La potestad paternal no es otra cosa. Quitar al padre tal derecho, es en realidad despojarlo de la potestad paternal que la ley le concede en el título IX del código civil.

Nosotros preguntamos ¿con qué derecho privarán los tribunales al padre, de la potestad? La corte de casación contesta con una sentencia «que si el derecho de los padres á la guarda y á la educación de sus hijos es en general un atributo de la potestad paternal, el interés de los hijos es el principal motivo que debe determinar el pleno ejercicio ó la restricción de ese derecho.» Sin duda que sí ¿pero no corresponde al legislador establezca tales restricciones? ¿La corte resuelve que atacada la sentencia, al declarar que los intereses morales y naturales de los hijos exigían que fuesen confiados al tutor, ha hecho lo que la *moral* y la *ley* permiten al juez (2). La *moral*, sí. ¿Pero cuál ley da ese

1 Sentencia de la corte de casación de 3 de Marzo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 290).

2 Sentencia de la corte de casación, de 15 de Marzo de 1864 (Dalloz, 1864, 1, 301).

poner á los tribunales? Debería haber una, Tal es nuestra conclusión. La cuestión no se presenta únicamente cuando el superviviente de los padres es tutor. Se presenta y con mayor dificultad, cuando subsiste el matrimonio. Si el padre falta á sus deberes, hasta el punto de hacerse necesario destituirlo ¿quién promoverá? ¿La madre? Ella no tiene derecho á intervenir en el ejercicio de la potestad paternal durante el matrimonio, el padre sólo la ejerce, dice el artículo 373. ¿Intervendrá el ministerio público? Deberían tener este derecho, y se pretende que lo tiene cuando se trata de una ley de orden público (1). Pero suponiendo que tenga el derecho de promover, en materia civil, cuando se trata de una ley de orden público, se necesitaría por lo menos que hubiese una ley, y no la hay. ¿El consejo de familia quitaría al padre el derecho de educación? No hay consejo de familia llamado á limitar ni á inquirir el ejercicio de la potestad que el padre tiene sobre la persona de sus hijos. ¿Quién promoverá, pues? Hay en todo esto un procedimiento que organizar, procedimiento enteramente especial, y ¿debe decirse que el legislador sólo tiene este poder? (2).

Núm. 5.—De las convenciones y renunciaciones concernientes a la potestad paternal.

293. ¿Ciertas convenciones pueden derogar las disposiciones del código civil sobre la potestad paternal? La negativa es tan evidente, que la cuestión apenas puede plantearse. No pueden derogarse, dice el art. 6, por medio de conven-

1 Véase acerca de esta difícil cuestión, el tomo 3º, de mis *Principios*, p. 628, núms. 497-498.

2 Demolombe admite naturalmente que el juez tiene un poder discrecional (t. 6º, ps. 383 y siguientes, núms. 371 y siguientes). Demante dice lo mismo, después de haber asentado como principio que la potestad paternal es indeleble ("Curso analítico," t. 2º, p. 179, número 114, bis 1).

ciones particulares, las leyes que interesan al orden público. Esto es ya decisivo, y hasta el código ha resuelto la cuestión en términos formales. El contrato de matrimonio es un contrato privilegiado; la ley permite que los futuros esposos hagan muchas estipulaciones que ella prohíbe en general; pero pone un límite á esta libertad. Según los términos del art. 1388, no pueden derogarse los derechos resultantes de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos. Luego toda convención que derogase las disposiciones del código sobre la potestad paternal está viciada de nulidad.

294. Cuando los futuros esposos no profesan la misma religión, con frecuencia sucede que hacen estipulaciones sobre la educación religiosa de los hijos que nacieren de su unión. Ora convienen en educarlos á todos en la religión católica, cediendo á las exigencias de la Iglesia. Ora estipulan que los varones sean educados en la religión del padre, y las hembras en la de la madre. ¿Son válidas tales convenciones? Entiéndase que hablamos de su valor jurídico. Nos parece que son nulas de toda evidencia. En efecto, ellas tienden á arrebatarse al padre el ejercicio exclusivo de la potestad paternal, en todo ó en parte; mientras que la ley quiere que él *sólo* ejerza la autoridad que ella otorga para la educación de los hijos. Verdad es que, según el art. 230, los dos cónyuges están obligados, á título legal, á educar á sus hijos; pero el art. 373 modifica esta disposición en tanto que el deber de educación se toma en un derecho. Al decir que el padre *sólo* ejerce la autoridad paternal durante el matrimonio, la ley excluye á la madre. Se ha pretendido que las convenciones sobre la educación religiosa de los hijos, sin que sean precisamente obligatorias, deberían tomarse en consideración por los tribunales (1). Esto es poco

1 Pont y Rodière, "Contrato de matrimonio," t. 1º, núms. 55, 56.

jurídico. Una convención es ó no es válida; si lo es, hace ley para las partes contrayentes y para el juez; si es nula, no tiene ningún valor. Ahora bien, así es la convención de que se trata (1). Siendo nula la convención, los tribunales no pueden intervenir sino para pronunciar la nulidad, declarando que al padre corresponde regir la educación religiosa del hijo. Este poder absoluto tiene ciertamente sus inconvenientes. Pero en el estado actual de la legislación, es imposible no reconocerlos. Se ha sostenido en Francia que el consejo de familia podía pronunciar la destitución de un padre tutor que habiendo abrazado el protestantismo, manifestase la intención de educar á sus hijos en la misma confesión. El tribunal de Versallas dió el triunfo al padre, pero evitando pronunciarse sobre la cuestión de derecho (2). La misma dificultad se presentó en Inglaterra, y fué resuelta por la corte del banco de la reina, que la mujer católica, viuda de un protestante, tenía derecho para educar á sus hijos en la religión católica y para hacerlo abandonar la religión en la cual el padre los había educado (3). El derecho correspondería naturalmente, en sentido inverso, á la viuda protestante de un padre católico. Por esto se verá el riesgo del poder absoluto que ejercen los padres. No hay otro remedio al mal que una educación pública obligatoria, educación que se imponga por misión, no inculcar ésta ó aquella creencia religiosa, sino desarrollar las facultades intelectuales y morales del niño.

295. Siendo nulas las convenciones concernientes al orden público, debe resolverse que lo mismo sería de toda renuncia que hiciese la madre superviviente, cuando vuelve

1 Esta es la opinión genetal (Zaehariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 363, nota 2).

2 Fallo de 15 de Enero de 1866 (*El Derecho*, número del 24 de Enero de 1856).

3 Fallo de 21 de Enero de 1857 (*El Derecho* número de 24 de Enero de 1857).

á casarse, en favor de los ascendientes. Hay en este caso un ligero motivo para dudar; podría decirse que tales renunciaciones son la condición bajo la cual el consejo de familia mantiene á la madre en la tutela. Nace entonces la cuestión de saber si el consejo tiene derecho para imponer semejante condición. Puede, en verdad, no conservar la tutela á la madre que vuelve á casarse, pero no puede imponerle una condición que altera la potestad paternal, potestad que seguirá perteneciéndoles, aun cuando ella no siguiese ejerciendo la tutela (1).

SECCION II.—De la administración legal.

§ I.—PRINCIPIOS GENERALES.

296. El art. 389 establece que «el padre durante el matrimonio es el administrador de los bienes personales de sus hijos menores.» Se llama este poder *administración legal*, porque es la ley la que lo otorga al padre. Lo otorga al padre, porque él sólo tiene, durante el matrimonio, el ejercicio de la potestad paternal; teniendo el padre autoridad sobre la persona del hijo, y teniendo familia, según el derecho común, la gestión de los intereses pecuniarios de familia, era natural confiarle igualmente la administración de los bienes del hijo. La madre no puede tener esta administración por sí propia. En efecto, dicha administración es una dependencia de la autoridad paternal, y la madre no ejerce ésta sino al disolverse el matrimonio, y entonces la ley organiza la tutela para la administración de los bienes del menor; la madre administra en este caso los bienes del hijo como tutora. Por excepción, la madre tiene la administración de los bienes, du-

1 Véase la sentencia de la corte de casación, de 5 de Marzo de 1855 (Dalloz, 1855, 1, 341).