

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).

rante el matrimonio, cuando ejerce la potestad paternal en nombre de su marido. Así sucede en caso de ausencia (artículo 141). Admítase lo mismo en caso de interdicción del padre. Insistiremos acerca de este punto en el título de la *Interdicción*.

¿Por qué el padre, mejor que el tutor, es el *administrador* de los bienes personales de sus hijos? Esto equivale á preguntar por qué no hay tutela durante el matrimonio. Ya hemos contestado á la cuestión. El hijo tiene una garantía en la influencia que su madre ejerce de hecho, si no de derecho. Por otra parte, no le son necesarias garantías tan fuertes, en tanto que sus padres vivan, supuesto que es raro que haya un conflicto de intereses entre él y su padre.

297. ¿Es de orden público la administración legal del padre? ¿Puede derogarse por convenciones y renunciaciones, por las cláusulas de una donación ó de un testamento? Esta cuestión está muy controvertida. Nosotros creemos que la administración legal es de orden público y que por lo mismo no puede derogarse. Durante el matrimonio al padre corresponde esa administración. Depende, pues, de la potestad paternal y del matrimonio, dos instituciones que son esencialmente de orden público. Si la ley otorga la administración al padre, es porque él solo ejerce la potestad paternal; si la ley no prescribe garantías en favor del hijo, es porque las halla suficientes en el matrimonio, es decir, del cariño de los padres. Por todos estos títulos, la administración legal es de orden público; luego hay motivos para aplicarse el art. 6, por cuyos terminos no se pueden derogar, por convenciones particulares, las leyes que interesan al orden público.

Se dice que la administración de los bienes no es, como la administración de la persona, un atributo esencial de la

paternidad (1). Esta es una afirmación enteramente gratuita que debería probarse. En teoría, ciertamente que se puede sostener; pero no estamos en el terreno de la teoría, sino en el de las leyes positivas. No se trata de lo que el legislador habría podido ó debido hacer, sino de lo que ha hecho. En esto, á nuestro juicio, estriba el error de Demolombe (2), y debe insistirse porque el error es muy común; muy á menudo se confunde la misión del intérprete con la del legislador. Es cierto que la ley permite, en ciertos casos, derogar, por convenciones particulares, á principios de orden público; y precisamente lo hace en lo que concierne á la administración de los bienes. Por esto es que, en general, impone á la mujer la incapacidad jurídica; pero permite que se derogue esta regla. Después de haber dicho que la mujer aun no común ó separada en bienes, no puede dar, enagenar, hipotecar, adquirir á título oneroso ó gratuito, sin el concurso del marido en el acto ó su consentimiento por escrito (art. 217), agrega: «Toda autorización general, aun estipulada por contrato de matrimonio, es válida en cuanto á la administración de los bienes de la mujer» (art. 223). Luego la mujer puede estipular la libre administración de sus bienes. La ley no se conforma con asentar este principio vago, sino que entra en los detalles de lo que la mujer puede hacer en virtud de semejante estipulación. Es un régimen distinto, que la ley organiza con el nombre de separación de bienes (arts. 1536-1539). ¿Y habrían sido permitidas tales derogaciones de la incapacidad jurídica de la mujer en ausencia de un texto? Ciertamente que nó. En vano habríase dicho que no es de la esencia de la potestad paternal que la mujer esté afecta de una incapacidad absoluta y que no puede verificar ningún

1 Zachariæ, edición de Massé y Vergé, t. 1º, p. 408, nota 17.

2 Demolombe, *Curso de código Napoleón*, t. 6º, p. 343, núm. 458.

acto sin autorización de su marido, y ni siquiera un acto de administración. Se habría contestado que esto es muy cierto, pero que siendo de orden público la incapacidad de la mujer, solamente el legislador puede derogarla ó permitir que se derogue, que él sólo puede fijar los límites dentro de los cuales se admiten dichas derogaciones. Pues bien, puede hacerse absolutamente el mismo razonamiento respecto á la administración legal. Ella se refiere al orden público, supuesto que es inherente al matrimonio y á la potestad paternal. Pero se concibe que la ley permita derogarla, más ¿en qué sentido y en qué límites? Esto es lo que la ley habría debido determinar, porque sólo la ley puede hacerlo. En ausencia de un texto que autorice la derogación, el intérprete no puede admitirla, porque admitiendo una excepción á un principio de orden público, haríase la ley, y se haría también al decidir que la derogación no puede tener lugar sino con ciertas condiciones y restricciones, y ¿corresponde al intérprete formular esas condiciones y restricciones, ó es tarea del legislador?

298. ¿Hasta dónde llega el principio, y en dónde empieza la excepción? Este es un punto que el legislador sólo puede resolver. Vamos á ver los embarazos y las incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia frente á frente de esas dificultades que el intérprete no está facultado á resolver, y que, no obstante, necesita transar, si se admite que la derogación sea permitida. Se pregunta si el que hace una donación ó un legado á favor de un hijo menor puede prohibir al padre ó á la madre del donatario la administración de los bienes otorgados. En tales términos plantea Proudhon la cuestión. Empieza por citar una sentencia de la corte de casación de Besançon que la resolvió negativamente, según los principios que acabamos de exponer. El padre tiene la administración de los bienes de sus hijos,

porque es cargo inherente á la potestad paternal. ¿Cómo un testador había de poder prohibir al padre que cumpliera un deber? Para esto se necesitaría una disposición formal de la ley. ¿El código permite que se derogue la administración legal? Hay, por el contrario, una disposición que implica que esta derogación está prohibida. Los padres tienen el usufructo legal de los bienes de sus hijos; no obstante, el art. 387 permite donar ó legar bienes á los hijos con la condición de que no disfruten de ellos los padres. ¿Por qué el legislador ha creído necesario autorizar formalmente esa cláusula? Porque siendo el usufructo legal una ventaja ligada al ejercicio de la potestad paternal, habría podido decirse que es de orden público, y que por consiguiente, está prohibido derogarla. ¿No debe decirse otro tanto, y con mayor razón, de la administración legal? En efecto, esta administración es un deber; y ¿una obligación impuesta al padre en su calidad de tal, no es esencialmente un atributo, una dependencia de la paternidad, y por lo tanto de orden público? Esto es decisivo. No permitiendo la ley derogar la administración legal, toda derogación está viciada de nulidad (1).

Proudhon contesta redarguyendo el art. 387 contra la doctrina consagrada por la corte de Besançon. Se permite, dice él, prohibir el usufructo al padre; ahora bien, dicha prohibición no sería más que una ventaja ilusoria para el hijo, si la administración debiera necesariamente abandonarse al padre, aun cuando éste fuese un disipador ó un hombre insolvente. Luego el permiso para prohibir el usufructo trae consigo virtualmente el de prohibir también la administración, siempre que esta medida, deba ser favora-

1 Besançon, 15 de Noviembre de 1867 (Dalloz, en la palabra *Disposiciones entre vivos*, núm. 122). Esta opinión la siguen Merlin, Toullier, Demante y Marcadé. Véase la doctrina y la jurisprudencia en Dalloz.

ble á los intereses del menor (1). Nos maravilla que Proudhon, tan buen lógico, haya confundido dos derechos esencialmente diferentes, el usufructo y la administración. El usufructo es una ventaja que la ley habría podido no conceder á los padres, y que, en opinión de bonísimos entendimientos, no habría debido otorgarles; luego es un derecho que no se debe á la esencia de la autoridad paternal. Por esto el código permite que se derogue. Mientras que la administración de los bienes es una necesidad.

¿Quién, pues, administraría los bienes con el cuidado, con el afecto que el padre pone en ello? La administración legal es un deber. ¿Y se puede derogar un deber? El legislador, sin duda, habría podido hacerlo. Más decimos: habría debido permitir arrebatar la administración al padre, en todos los casos en que el interés del hijo lo exija. Porque el interés del hijo debiera dominar todo. Pero el legislador no se ha hecho. ¿Y lo que descuidó hacer, puede hacerlo el juez? Este es el verdadero modo de la dificultad.

299. Proudhon dice que ésta es una cuestión de hecho. ¡La derogación de una ley de orden público, cuestión de hecho! Esto es una verdadera herejía jurídica. En la opinión que estamos combatiendo, esta herejía es una necesidad. No permitiendo la ley que se derogue la potestad paternal, el intérprete á quien parece bueno admitir dichas derogaciones, se ve obligado á hacer la ley. Proudhon la hace colocándose en el terreno de la moral. Si la cláusula, dice él, que prohíbe al padre la administración de los bienes dados al hijo está inspirada por la cólera, el resentimiento, el odio ó el desprecio hacia el padre, en lugar de ser una precaución saludable á los intereses del hijo, debe declararse nula, porque la moral reprueba la venganza, y

1 Proudhon, *Del usufructo*, t. 1º, p. 307, núm. 246.

la justicia no puede sancionar la obra de la pasión. La cláusula es válida, por el contrario, cuando el testador la ha agregado á su liberalidad, por interés del hijo, si el padre es disipador, incapaz ó insolvente (1).

No preguntaremos en que principios se fundan esas distinciones, puesto que se invoca la moral y no el derecho. ¿Desde cuando la moral resuelve las cuestiones de derecho? Demolombe ha tratado de dar un color legal á una doctrina que no es jurídica. «Y comprendo que no se de validez á las cláusulas que tuvieron por fin y resultado humillar la potestad paternal, someter al padre mismo á una especie de incapacidad y de tutela.» Así es que en lugar de tomar los motivos para decidir en los principios girá el juez á buscarlos en la intención del testador? Esto es arbitrario en toda su plenitud, y la incertidumbre como consecuencia. Un testador declara que no quiere que el padre del legatario menor tenga la administración de los bienes legados, y dá á entender que se nombre un curador especial. ¿Es válida esta cláusula? La corte de Caen la anuló; Demolombe aplaude y Proudhon critica la desición (2) ¡He aquí en lo que se viene á parar cuando se abandonan los principios del derecho por la moral!

300 La jurisprudencia se pronuncia por la opinión contraria á la nuestra; pero no encontramos huella ninguna de las distinciones aceptadas por la doctrina. Ella decide de una manera absoluta que es válida la cláusula que priva al padre de la administración de los bienes legados. Si tuviéramos que escoger, preferiríamos la opinión cansagrada por la jurisprudencia. Desde el momento en que se reconoce al testador el derecho de añadir aquella condición á su le-

1 Proudhon, *Del usufructo*, núms. 242, 243 (t. 1º, ps. 3ª y siguientes)

2 Demolombe, t. 6º p. 346, núm. 458. Esta es la opinión que siguen generalmente los autores modernos.

gado, hay que mantener la cláusula en todos los casos, sin entrar en el examen de las intenciones del que la ha escrito; si él usa de un derecho, nadie tiene que pedirle cuenta del uso que de ese derecho hizo. La corte de París falló que dicha cláusula no lastimaba los derechos esenciales de la potestad paternal (1).

Esta distinción entre los derechos esenciales y los no esenciales se funda en teoría; el legislador hubiera podido, y aun hubiera debido hacerlo; pero no habiéndola hecho ¿puede el juez distinguir ahí en donde la ley no distingue? Se declara válida la cláusula por interés del hijo; pero si éste se halla interesado en que un padre disipador no gestione sus bienes, ¿acaso no tiene mayor interés en que este padre sea privado del derecho de educación? Lógicamente habría que llegar hasta este punto, y ciertamente que si el legislador hiciese una ley nueva, debería, pues, ocuparse de la educación intelectual y moral del hijo mucho más que de la administración de su fortuna. ¿No prueba esto que toda esta materia pertenece al poder del legislador?

La corte de casación se pronunció en el mismo sentido, apoyándose, como Proudhon en el art. 387 (2). De antemano hemos contestado al argumento. Se podría admitirlo si no se tratase de un derecho, ó por mejor decir, de un deber que es de orden público. Además, si se supone que el testador, á la vez que abandona el goce al padre, confía la administración á un tercero ¿qué será lo que se decida? Ya no se podría, en esta hipótesis, invocar el art. 387. Desde luego esta disposición no puede legitimar la cláusula, considerada en sí misma.

La corte de Besançon se ha afiliado á esta jurisprudencia,

1 París, 5 de Diciembre de 1854 (Dalloz, 1855, 5, 103, núm. 6).

2 Sentencia de la corte de casación, de 26 de Mayo de 1856 (Dalloz, 1856, 1, 320).

cia, abandonando la doctrina que un principio había consagrado. Ella se funda, como la corte de París, en la naturaleza de los intereses que entran en juego. La administración de la persona del hijo, dice la corte, no puede ser objeto de ninguna disposición ni de ningún pacto de naturaleza que modifique ó restrinja su ejercicio. Otra cosa es de la administración de los bienes, que sólo concierne á los intereses pecuniarios (1). El legislador podría adoptar esta distinción, prescribiendo garantías diferentes para la persona y para los bienes del menor. Pero ciertamente que el legislador no asentaría como principio absoluto que los intereses pecuniarios jamás son de orden público. El código civil dice lo contrario; el art. 1388 no permite á los futuros esposos que deroguen los derechos que al marido pertenecen, como jefe, sobre los bienes; ellos no podrían estipular que la mujer tuviese la administración de la comunidad; tampoco podrían convenir que tercera persona administrase los bienes de los hijos. Habría, pues, que hacer distinciones. ¿No es esto una prueba de que el legislador solo es competente para normar esta materia? En resumen, los tribunales hacen lo que el legislador ha descuidado hacer.

§ II. DE LOS PODERES DEL PADRE ADMINISTRADOR.

Núm. 1.—¿Las leyes de la tutela rigen la administración legal?

301. «El padre, durante el matrimonio, es el administrador de los bienes personales de sus hijos menores» (artículo 389). Después de la disolución del matrimonio por

1 Besançon, 14 de Julio de 1864, Dalloz, 1864, 2, 165. Véase la nota en donde se encuentran citadas todas las sentencias y todos los autores que han tratado esta difícil cuestión.