

El derecho antiguo concede gran peso á esta opinión: «Si el guardián, dice Pothier, no satisface sus obligaciones, sino da á sus menores los alimentos ni la educación convenientes, puede ser perseguido judicialmente por el tutor, ó, á falta de éste, por los próximos parientes de los menores, para ser sentenciado á la obligación que le incumbe; si continuase faltando á lo que por el juez fuese ordenado, podría obligarse por el embargo de las rentas de menores, y aún, según las circunstancias, podría privársele de la guarda.» Hemos citado este pasaje para hacer patente qué miramientos se deben á la potestad paternal; pero los miramientos tienen un límite; cuando se ha violado un derecho y éste constituye una obligación afecta á una liberalidad, la medida extrema será la revocación de la liberalidad. Existe, sin embargo, una dificultad para la aplicación de los principios asentados por Pothier. Este admite que los próximos parientes promuevan; en nuestro derecho moderno es inadmisibile. Se necesita un interés nato y actual: el interés moral no da acción sino cuando la ley así lo expresa. No vemos sino á la madre que pueda promover. Y aun esto es dudoso.

Por lo demás, idéntica dificultad se ofrece en la opinión contraria. Admítase que el tribunal puede prescribir medidas para el cumplimiento de las cargas inherentes al usufructo legal. ¿Quién provocará estas medidas? Hay un vacío en el código. En el silencio de la ley, los tribunales admitirán, así lo creemos, á la madre á promover. Ella tiene también el deber de educar á sus hijos; si el padre no cumple este deber cuando á ello está estrictamente obligado como usufructuario, se puede oponerle seriamente el art. 372, «Curso analítico,» t. 2º, p. 205, núm. 152, *bis* 7º. Hay una sentencia de París en este sentido, de 4 de Febrero de 1832 (Dalloz, en la palabra «Potestad paternal,» núm. 159). En sentido contrario, Demolombe, t. 6º, p. 493, núm. 599. Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 3º, p. 686, nota 33.

qué da al padre solo el ejercicio de la autoridad paternal. ¿Puede decirse que se ejerza una autoridad cuando no se cumple con el deber esencial en el cual consiste aquella?

La jurisprudencia es, en general, contradictoria á la opinión que acamos de enseñar (1). Se funda en la ausencia de un texto que pronuncie la prescripción. Si se tratase de una disposición penal, se podría, en rigor, sostener que no hay ley que pronuncie esa pena, pero la prescripción es más bien la consecuencia de un principio de derecho civil, como creemos haberlo establecido. El adagio de que no hay pena sin ley penal, debe, pues, hacerse á un lado.

344 *bis*. Se pregunta si el usufructo legal puede revocarse por causa de mala conducta notoria. Los autores no examinan la cuestión sino respecto á la madre viuda. Puede también presentarse respecto al padre viudo, y hasta durante el periodo del matrimonio, y nosotros no vemos que en caso de inmoralidad pública, haya que establecerse una diferencia entre el hombre y la mujer. Si la cuestión que asentamos pudiera resolverse según los principios que rigen la patria potestad, sin vacilar podría resolverse en contra del usufructuario. Acabamos de decir que el padre que no cumple las cargas pecuniarias que la ley le impone, puedè ser privado del goce legal. Si el padre que no emplea las rentas de sus hijos para educarlos conforme á su fortuna, pierde el usufructo, el padre, mucho más culpable, que da á sus hijos el ejemplo de la inmoralidad, ¿conservará un goce que la ley le otorga como recompensa de los cuidados que él debe á su educación? Sin duda que este padre es mil veces más culpable. Pero por grave que sea su culpa, debe verse si la

1 Sentencia de Besançon de 1º de Agosto de 1844, [Dalloz, 1345, 2, 170. Las sentencias citadas en el *Repertorio* de Dalloz, en la palabra *potestad paternal*, núm. 157, y sentencia de Montpellier, de 25 de Agosto de 1864, Dalloz, 1865, 2, 251.

El tutor administra, es cierto, los bienes del menor, pero si entre esos bienes hay algunos que estén gravados con un derecho real, el tutor debe respetar este derecho, porque de él resulta que la propiedad del menor ya no es íntegra, sino que está desmembrada; y el tutor no puede administrar los bienes del menor sino en el estado en que se encuentran, es decir, tomando en cuenta ese desmembramiento y el derecho que resulta para terceros. Si se tratase de un usufructo ordinario, esto no daría ni sombra de duda. Y bien, ¿existe bajo este respecto una diferencia entre el usufructo ordinario y el legal? La corte de casación lo dice, pero en vano buscamos textos ó principios que establezcan esta diferencia (1).

No hay más que un solo caso en el cual el usufructo puede estar privado del goce, y es el caso de abuso, previsto por el art. 618. La ley da entonces al juez un poder discrecional: puede dictar las medidas que juzgue convenientes para conciliar los derechos del usufructuario y los del propietario. Pero la mala conducta, los desórdenes del usufructuario no justificarán la intervención del tribunal. La misma insolvencia no sería un motivo legal, la ley ha provisto al rigor, respecto al usufructo ordinario, obligando al usufructuario á que dé caución; estando dispensado el usufructuario legal de dar caución, el menor queda sin garantía legal, en caso de insolvencia, y no vemos con qué derecho el juez habría de establecer garantías que el legislador no ha querido prescribir (2).

346. Cuando el usufructo legal cesa, el goce se reúne á la nuda propiedad. ¿Este principio no recibe excepción cuando la madre vive en el momento en que el usufructo del padre se extingue? Se pronuncia el divorcio contra el

1 Sentencia de la corte de casación, de 9 de Abril de 1853 (Dalloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 159).

2 Compárese Demolombe, t. 6º, p. 488, núms. 601, 602.

padre y queda despojado de la potestad paternal y excluido de ella por indigno; en estos diversos casos ¿no puede decirse que el usufructo pasará á la madre? En principio, el usufructo legal debe pertenecer al que ejerce la patria potestad. De aquí se sigue que si la madre la ejerce, por la misma causa que ha hecho cesar el usufructo del padre, ella debe tener también el goce que la ley concede como una recompensa del deber de educación.

Cuando el padre se ve despojado de su autoridad á causa de una condena penal, la madre es quien ejerce la potestad paternal, luego ella tendrá el usufructo legal. Hay, sin embargo, un motivo para dudar. El art. 384 dice que el padre durante el matrimonio y después de su disolución, el superviviente de los padres tendrá el goce de los bienes de sus hijos. Proudhon, ateniéndose á la letra de la ley, concluye que la madre no puede tener el goce legal durante el matrimonio. A esto Marcadé contesta, y la respuesta es perentoria, que el art. 373 dice también que el padre *sólo* ejerce la autoridad paternal durante el matrimonio, lo que no impide que en caso de caducidad del padre, esta autoridad pase á la madre. Ahora bien, si á pesar de la redacción muy restrictiva del art. 373, la madre ejerce durante el matrimonio la patria potestad, la redacción menos restrictiva del art. 384 no puede ser un obstáculo á que ella tenga el goce inherente á la autoridad que le corresponde. ¿Por qué ella había de tener la obligación sin la recompensa? Si no se quiere darle la recompensa, á causa del texto del art. 384, entonces no hay que darle la recompensa, á causa del texto del art. 373, lo que conduciría al absurdo de que nadie tendría la potestad paternal.

En caso de divorcio, la cuestión debe, á lo que nos parece, resolverse por los mismos principios. Los hijos serán

regularmente confiados á la madre que ha obtenido el divorcio; luego ella es la que ejerce la patria potestad y ella debe tener el goce legal. Aun cuando los hijos se confien á tercera persona, la madre conserva el derecho de vigilar su educación, dice el art. 303; luego también la patria potestad, y como consecuencia el usufructo (1).

No sucede lo mismo cuando el padre queda excluido de una sucesión como indigno, él conserva la patria potestad. Ahora bien, si la madre no la ejerce, ningún título tiene para reclamar el usufructo legal. Luego se extinguirá, salvo el que la madre lo ejerza por predecesión del padre.

1 Marcadé t. 2º, p. 159, art. 384, núm. 11. En sentido contrario, Proudhon, *Del usufructo*, t. 1º, p. 178, núm 141. Demolombe, t. 6º, página 264, núms. 482-484.

## CAPITULO II.

### *De la patria potestad sobre los hijos naturales.*

#### § I.—¿A QUIEN CORRESPONDE?

347. El código Napoleón concede la patria potestad á los padres de los hijos naturales legalmente reconocidos; pero no dice quién la ejerza, ni si el que la ejerce tiene los mismos derechos que los padres legítimos; no se explica sino respecto al poder de corrección, declarando aplicables á los padres naturales los arts. 376, 377, 378 y 379. Hay vacíos incontestables. ¿Cómo llenarlos? ¿Existe un principio que pueda guiar al intérprete? En teoría es fácil contestar: el interés del hijo. ¿Pero á quién corresponde amparar este interés? ¿y cuáles son los derechos del que tiene el deber de educación? Los autores no se ponen de acuerdo ni en el principio ni en las cuestiones de aplicación. Lo más á menudo vienen á parar en reconocer á los tribunales un poder discrecional, lo que equivale á darles el poder de hacer la ley, cosa que es inadmisibile. Nosotros creemos que hay que ajustarse al texto del código. Se trata de una materia de orden público; el legislador sólo puede estable-