

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-

cer obligaciones y otorgar derechos, cuando se trata del estado de las personas, porque la ley es la que crea el estado, y en consecuencia, los derechos y las obligaciones que de él dimanar (1).

348. ¿Quién ejerce la autoridad paternal? Si el hijo natural no es reconocido más que por uno de los padres, no hay cuestión. Pero es muy controvertida cuando el hijo es reconocido por padre y madre. Según el texto y el espíritu de la ley, debe decidirse que la patria potestad corresponde con título igual al padre y á la madre. La disposición del art. 373, por cuyos términos el padre sólo ejerce esta potestad durante el matrimonio, no es aplicable á los naturales. En cuanto á la letra de la ley, la cosa es evidente, y el espíritu de la ley está de acuerdo con el texto. ¿Por qué razón el legislador da al padre el ejercicio exclusivo de la patria potestad? Porque él tiene la potestad marital, porque es el jefe de la familia. Ahora bien, en donde no hay matrimonio, no hay familia y no hay jefe. Así, pues, ¿con qué título se daría al padre la preferencia? El art. 383 viene en apoyo de nuestra opinión; da el mismo poder de corrección al padre que á la madre; ahora bien, el poder de corrección es el derecho más enérgico que pertenezca á los padres para el cumplimiento de su deber. El código, poniendo al padre y á la madre en la misma línea en cuanto al derecho inherente á la patria potestad como medio, decide por esto mismo que ellos están bajo el mismo pie de igualdad en cuanto al deber. Por otra parte, la naturaleza nos lo dice: la madre y el padre contraen la misma obligación respecto al hijo al que dan la vida. Ahora bien, la patria potestad es esencialmente un deber. Esto decide la cuestión.

1 Véase, sobre la diversidad de principios seguidos por los autores, á Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 84, nota 7, pfo. 571.

Se opone el art. 158, que, para el consentimiento al matrimonio del hijo natural, da voz preponderante al padre. La respuesta es fácil, y no parece perentoria; el consentimiento al matrimonio no es un atributo esencial de la patria potestad, ni siquiera de la paternidad, cuando se trata de un hijo natural, porque éste puede casarse con el consentimiento de un tutor *ad hoc*, cuando no tiene padre ni madre (art. 159). Luego la disposición del art. 158 no puede considerarse como la aplicación de un principio. Hay, en efecto, una gran diferencia entre el consentimiento al matrimonio y el ejercicio de la patria potestad. Consentir en el matrimonio es un hecho aislado, accidental, que sólo una vez se presenta. Cuando hay disenso entre dos personas llamadas á consentir, es urgente dar la preponderancia al dictamen de una de ellas. El legislador se ha pronunciado por el padre, sin razón de derecho ni de hecho, y puede decirse que con motivo de una vieja preocupación queda la preponderancia al hombre. La patria potestad, al contrario, se ejerce cuotidianamente; aquí los derechos de la madre natural son los mismos que los del padre, porque sus deberes son los mismos (1).

349. El principio abstracto que acabamos de establecer está lejos de ser suficiente. Hay que aplicarlo á la realidad de las cosas. De hecho, los padres naturales rara vez viven juntos. Todavía es más raro que los hijos habiten en la casa paterna; por lo común, la madre es la que los cuida, sostiene y educa. ¿A quién corresponde, en este estado de cosas, el ejercicio de la patria potestad? La dificultad, de que tanto se preocupa la teoría, raras veces se presentará en la vida real; el padre, desgraciadamente, no pide otra cosa mejor que declinar en la madre el deber que la naturaleza le impone. De todos modos, esta verdad que debe

1 Toullier, t. 2º, núm. 1076. Durantou, t. 3º, núm. 360. En sentido contrario, Zachariæ, edición de Aubry y Rau, t. 4º, p. 85, y nota 8.

preverse, el caso en que él quisiera concurrir al ejercicio de la autoridad paternal. Teniendo el padre y la madre un derecho y un deber igual, lo cierto es que la madre, aunque encargada ella sola del cuidado de los hijos, no tendrá el ejercicio exclusivo de una autoridad que pertenece al padre tanto como á ella. En derecho, puede decirse que la madre será la que tenga el ejercicio cotidiano de la patria potestad; pero el padre tendrá el derecho de intervenir para vigilar y dirigir, de común acuerdo con la madre. Citaremos, á título de analogía, lo que la ley decide en caso de divorcio. Los esposos divorciados tienen uno y otro la patria potestad; no es aplicable el art. 373 supuesto que está roto el matrimonio. Desde luego la ley dice á quién han de confiarse los hijos, en seguida agrega que sea quien fuere la persona á quien se confien, el *padre y la madre* conservarían respectivamente el derecho de vigilar el sostenimiento y educación de sus hijos (arts. 302 y 303). La analogía es grande entre esta posición y la de los padres naturales: no hay matrimonio, y padre y madre tienen un derecho igual y el mismo deber. La decisión debe también ser idéntica (1).

350. Si hay conflicto entre el padre y la madre ¿quién lo evacuará? Naturalmente los tribunales. Los autores están de acuerdo para decir que los jueces tienen, en esta materia, un poder discrecional (2). Esto nos parece demasiado absoluto. No debe olvidarse que la patria potestad es de orden público, y que no cese de tener tal carácter cuando los hijos son naturales. Por lo tanto, deben aplicarse los principios generales que rigen las materias de orden público. La patria potestad no puede ser objeto de convencio-

1 Demante, "Curso analítico," t. 2º, p. 189, núm. 128, *bis* 2º. Cód<sup>o</sup> autor tiene, por decirlo así, su sistema. Véanse los testimonios en Dalloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 190.

2 Demolombe, t. 4º, p. 503, núm. 621.

nes, no puede ser deroga la por donaciones ó testamentos, y el juez tampoco puede derogarla. Así, pues, no admitimos nosotros que el donador ó el testador puede agregar esta coddición á su liberalidad, que se confie el hijo á una persona designada, que no sea el padre ó la madre; y tampoco admitido que los tribunales tengan ese poder en ausencia de toda convención. En vano se invocarían las disposiciones sobre el divorcio que acabamos de citar, porque son especiales y excepcionales. La derogación que el código impone, en caso de divorcio, á la patria potestad, se explica por los yerros de los esposos y por el interés de los hijos. Pero precisamente porque es una derogación, no se puede extenderla al padre y madre naturales. Sin duda que el legislador habría podido, por interés de los hijos naturales, dar al juez un poder discrecional, pero no lo ha hecho. En el silencio de la ley, hay que mantener el principio de que la autoridad paternal pertenece á los padres; la única misión de los tribunales será resolver las disputas que pudieran surgir entre los que ejercen esa autoridad.

Hasta aquí hemos supuesto que los padres vivían separadamente. Los principios siguen siendo los mismos, en caso de vida común. Esto es una comunidad de hecho, que ningún derecho da al padre, ninguna preponderancia. Luego la autoridad paternal debería ejercerse de común acuerdo; en caso de disentiimiento, el juez decidirá la contienda, según lo acabamos de expresar.

351. La jurisprudencia, en el silencio de la ley, tiende naturalmente á conceder al juez un gran poder. Hay sentencias que están conformes con la opinión que acabamos de enunciar. La corte de París falló que los padres naturales podían asimilarse con los esposos divorciados. El caso al debate era que el padre reclamaba la guarda del hijo; la corte se pronunció en favor de la madre, por motivos pe-

rentorios. La madre no había cesado de prodigar á su hijo los más afectuosos cuidados, mientras que el padre jamás se había ocupado de su hija; nada había aprontado para su mantenimiento, y nunca le había dado una prueba de afecto. El se había olvidado que tenía una hija cuando ésta había adquirido alguna fortuna por la liberalidad de un bienhechor, y no invocaba los derechos de la potestad paternal sino para obtener la administración y el goce de los bienes. La corte, á la vez que confió la hija á su madre, reservó al padre el derecho de vigilancia en la educación de su hija (1).

Hay sentencias que van más lejos. Se ha fallado que el padre y la madre naturales no tenían la patria potestad, tal como el código la concede á los padres legítimos, y se ha inferido que las convenciones que normaban el ejercicio de esta autoridad debían recibir su ejecución, aun cuando restringiesen los derechos del padre. Esto nos parece inadmisibile.

La corte de Caen invoca el art. 383, que declara aplicables á los padres naturales ciertos artículos concernientes al poder de corrección; ella dice que tales restricciones manifiestan que la intervención del legislador ha sido no conferirles una autoridad tan extensa como la que gozan los padres legítimos: lo que se comprende, agrega la sentencia, porque al menos están convencidos de ligereza, y lo más á menudo el desorden de sus costumbres los hace poco dignos de dirigir la educación de sus hijos. Más adelante diremos cuál es el sentido del art. 383; lejos de restringir la autoridad de los padres naturales, la extiende. Sin duda

1 Pau, 13 de Febrero de 1822, Dalloz, en la palabra *potestad paternal*, núm. 186. En el mismo sentido, Agen, 16 frimario, año XIV; Bruselas, 23 de Diciembre de 1830, Dalloz, *ibid.*, núm. 186, 1º, y dos sentencias de Bruselas que confían la educación del hijo al padre, convocando los derechos de la madre, sentencia de 8 de Agosto de 1864, *Pasicrisia*, 1864, 2, 32, y de 3 de Abril de 1867, *Pasicrisia*, 1867, 2, 270.

que las consideraciones morales que la corte de Caen supone al legislador habrían debido determinarle á limitar los derechos de los padres naturales, dando á los tribunales una especie de censura; pero basta leer el título de la *Potestad paternal* para ver que no lo hizo, y ciertamente que no corresponde al intérprete corregir la ley (1).

Se ha fallado, además, que un testador podrá poner como condición á su legado que la madre maternal debía atenerse enteramente, para la educación de su hijo, el administrador nombrado para manejar los bienes legados (2). Ciertamente que se trataba de un hijo legítimo; semejante condición se tendría por no escrita, contraria á una ley de orden público. ¿Luego había dos potestades paternales esencialmente diferentes, una de orden público, y la otra que en cierto modo estaría en el comercio, en el sentido de que se permitía denegarla? ¿qué digo, abolida? En efecto, ¿qué otra cosa es la patria potestad, si nó el deber de educación? ¿Puede un testador prohibir á la madre que cumpla sus deberes de tal? A todas estas preguntas contestamos, que nó, sin vacilar. El legislador sólo habría podido modificar la patria potestad, y no lo ha hecho. Lo lamentamos y comprendemos que los tribunales hayan hecho lo que el legislador sólo habría podido modificar la patria potestad, y no lo ha hecho. Lo lamentamos y comprendemos que los tribunales hayan hecho lo que el legislador habría debido hacer. Pero el intérprete tiene como misión exponer los principios, salvo el señalar los vacíos cuando los encuentre. Hé aquí un caso que se ha presentado ante la corte de Lyon.

La madre de un hijo natural lo hace inscribir con falsos

1 Caen, 27 de Agosto de 1828 (Dalloz, en la palabra *potestad paternal*, núm. 186 2º).

2 Amiens, 12 de Agosto de 1837 (Dalloz, en la palabra "potestad paternal," núm. 189).

nombres, lo abandona á la misericordia y á la caridad de los extraños que los han recogido, ella no cumple ningún deber de la maternidad, y continúa viviendo en pleno desorden. Luego cuando su hijo se hace rico por la institución testamentaria de su bienhechor, ella reclama la guarda y la educación del hijo que ella había desampararlo. La corte rechazó su demanda, fundándose en el poder que el artículo 302 da al juez cuando los esposos están divorciados (1). Nosotros hemos contestado anticipadamente al argumento jurídico. En cuanto á los motivos morales, los recomendamos al legislador.

§ II.—DERECHOS DE LOS PADRES NATURALES SOBRE LA PERSONA DEL HIJO.

352. Estos derechos son en general los mismos que los de los padres legítimos. En el sistema del código ninguna razón hay para establecer una diferencia entre los hijos legítimos y los naturales, en lo que concierne á la patria potestad. Si se tratase de un poder establecido en provecho de los padres, se concibe que el legislador no hubiese podido concederlo sino con restricciones al padre y á la madre naturales, para no estimular al concubinato poniéndolo en la misma línea que al matrimonio. Para la patria potestad no es ya una potestad, sino un deber, este deber dimana del hecho de la paternidad, que sea ó nó legítima. Si hubiese alguna diferencia que establecer, habría que hacerla en favor de los hijos naturales, desventurados por nacimiento, supuesto que está manchado de ilegitimidad, teniendo menos derecho que ejercitar supuesto que no tienen familia ¿no es un deber más estricto para los padres velar por su educación con particular solicitud? Además del amor que sus hijos deben, tienen que lavar una culpa.

1 Lyen, 8 de Marzo de 1859 (Daloz, 1859, 2, 141).

¿Sigue el código este principio? Podría creerse á primera vista, que el art. 383 establece un principio contrario, creando una potestad especial para los padres naturales; el artículo dice: «Los arts. 376, 377, 378 y 379, serán comunes á los padres de los hijos naturales legalmente reconocidos.» ¿Quiéere esto decir que estas disposiciones sean las únicas que deban aplicarse á los padres naturales? No puede ser éste el sentido de la ley. En efecto, de aquí resultaría que los padres no tendrán la potestad sobre los hijos legítimos; porque el art. 383 no remite al 372, por cuyos términos el hijo queda bajo la autoridad de sus padres hasta la mayor edad ó hasta la emancipación. Esto es absurdo. La ley da á los padres naturales el derecho de concepción, lo que implica el derecho ó el deber de educación; ahora bien, la potestad paternal no puede ser más que esto. Luego el artículo 383 concede implícitamente á los padres naturales la autoridad que da á los legítimos. No hay diferencia sino para el poder de concepción, y por esto es que la ley habla de él especialmente.

353. El hijo natural debe, en toda edad, honra y respecto á sus padres, tanto como el hijo legítimo. Hemos dicho que el art. 371 que prescribe este deber es una máxima moral más bien que un principio jurídico. ¿Debe inferirse que las disposiciones consideradas por la doctrina como consecuencia de este artículo no deban aplicarse al hijo natural? El código mismo declara que el hijo natural, lo mismo que el legítimo, debe solicitar el consentimiento de sus padres para casarse (art. 158). Síguese de aquí, que se deben también aplicar al hijo natural las disposiciones que de esta obligación dimanan. Tal es el art. 283, que exige el consentimiento de los padres para el divorcio por mutuo consentimiento. Tales son los arts. 346 y 361, que exigen el consentimiento de los padres para la adopción y la tute-