

# EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS POTESTADES FAMILIARES

DR. FRANCISCO DE P. RESTREPO GUTIERREZ

El abuso se presenta en todos los derechos, por lo que la doctrina más bien debería denominarse abuso de los derechos. Para nuestro estudio, más que todo global de la teoría, bástenos con hacer algunas consideraciones en torno a los casos de abuso en referencia con algunas potestades familiares.

## LA PATRIA POTESTAD ENTRE LOS ROMANOS.

Empezaremos por el concepto que de patria potestad tuvieron los juristas romanos.

Los hijos de familia ocupaban la segunda clase entre los alieni juris; sobre ellos ejercía el paterfamilias la patria potestad. Nótese, sin embargo, que en este derecho no era paterfamilias el que tenía hijos bajo su dependencia, sino el ciudadano libre verdaderamente, es decir, que no dependía de la potestad de otro.

A los ciudadanos romanos se aplicaba en el antiguo derecho el jus Quiritii, por oposición al denominado jus Gentium que se aplicaba a los extranjeros, a los condenados a trabajo perpetuo y a los deportados a las islas.

La patria potestad fue creada, según los juristas romanos, por el fundador de Roma en las leyes Regiae, y sólo se ejercía sobre los hijos nacidos en justas nupcias.

La dependencia del hijo de familia en relación con el padre, era semejante a la del esclavo respecto del señor; era una verdadera propiedad del paterfamilias, el cual lo podía matar, azotar, emplearlo en cualquier trabajo y aún era permitido la exposición del recién nacido pero bajo determinadas reglas.

Sobre el hijo se podía ejercitar la acción reivindicatoria e inclusive, como la propiedad, era susceptible de posesión. El hijo, como dicen

los autores de derecho romano, era un instrumento de adquisición para el padre, carecía de personalidad propia, siendo el padre el que siempre figuraba.

La patria potestad reunía el máximo de poderes y se extendía por toda la vida del padre de acuerdo con la ley regia, dándose el caso de que los magistrados estaban muchas veces sometidos a ella. Muchos de ellos murieron a consecuencia de esta facultad omnimoda de los pater-familias. Esta potestad absoluta abarcaba no sólo al hijo sino a la mujer de éste y a su hijo, era pues demasiado amplia.

A pesar de todo esto, la patria potestad implicaba ciertos deberes como el de educar la prole viril y las mujeres primogénitas, y con el correr de los tiempos y la modificación de las costumbres las limitaciones fueron mucho mayores.

La patria potestad durante la época imperial fue menos draconiana, pues se llegó a castigar a los padres que hacían uso del *ius necandi* necisque. Adriano deportó a un padre que había dado muerte a su hijo. Asimismo los malos tratamientos a los hijos fueron suprimidos y castigados fuertemente. Ulpiano afirmaba que la patria potestad consistía no en la atrocidad sino en la piedad. La exposición de los hijos menores fue también suprimida, según afirma Gayo al manifestar que no sólo es homicida quien provoca un parto, sino también quien expone en lugar público a la misericordia ajena a un niño. Este principio fue acogido posteriormente por Justiniano.

En materia de bienes el derecho también se suavizó, ya que se otorgó al hijo el llamado *peculio profecticio*, integrado por bienes del padre pero administrados por el hijo. Se le otorgó además el denominado *peculio castrense*, integrado por bienes de los cuales podría disponer el hijo, y en relación con los que adquiría cierta personalidad. También se le dio al hijo relativa libertad sobre el llamado *peculio cuasi-castrense* que era el adquirido por él en ejercicio de una profesión liberal.

Hecho este bosquejo histórico podemos concluir diciendo que en el derecho Romano el concepto de la patria potestad fue absoluto, si bien hubo limitaciones, pocas en un principio y abundantes en un período más avanzado de la civilización.

## LA PATRIA POTESTAD EN OTROS PUEBLOS

El *Mundium* o patria potestad entre los Germanos es también un derecho absoluto. El padre tiene facultades aún para matar a sus hijos.

En el derecho Indú las potestades del padre sobre los hijos son también absolutas, aunque en un grado menor que en el antiguo derecho

romano. El hijo también es en este derecho un instrumento de adquisición para el padre. El primero no tiene nada, el segundo lo posee todo. Por eso dice el código de Manú, la segunda fuente del derecho indú, ya que la primera es la tradición: Está declarado que una esposa, un hijo y un esclavo no poseen nada para sí mismos; todo lo que pueden adquirir es propiedad de la persona de quien dependen".

En el derecho chino los padres tienen poderes omnímodos sobre los descendientes, pudiendo llegar hasta venderlos, azotarlos y matarlos, sin que legalmente pueda exigírseles el motivo. El matrimonio es algo esencial en la vida del hombre. Confucio dice: que "el matrimonio es el verdadero estado del hombre, porque por él cumple su destino en la tierra. Nada hay más respetable que la familia; nada que deba preocupar más seriamente".

En el antiguo derecho francés la patria potestad no fue tan ilimitada como en el derecho romano; fue un poder tan débil que algunos autores llegan hasta negarlo. En este sentido son más absolutos los términos del Código Civil francés, pero la Jurisprudencia ha creado una especie de derecho de supervisión sobre la patria potestad. El mismo legislador francés ha reglamentado bastante la patria potestad, imponiendo continuas limitaciones al ejercicio tiránico de este derecho; así lo confirman la ley de siete de diciembre de 1874, la del 19 de abril de 1938, y otras disposiciones legislativas.

### LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACION COLOMBIANA.

La patria potestad en los códigos actuales tiene un contenido menos absoluto que en el antiguo derecho. Hablando particularmente de nuestra legislación colombiana, la ley 45 de 1936 en su artículo 13 nos dice: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley reconoce a los padres sobre sus hijos no emancipados, para facilitar a aquéllos el cumplimiento de los deberes que su calidad les impone. Ejerce estos derechos respecto de hijos legítimos, el padre y a falta de éste, por cualquiera causa legal, la madre, mientras guarde buenas costumbres y no pase a otras nupcias". El artículo 14 de la misma ley reza: "Por regla general corresponde a la madre la patria potestad sobre el hijo natural. Pero el Juez puede, con conocimiento de causa y a petición de parte, si lo considera más conveniente a los intereses del hijo, conferirla al padre, siempre que no esté casado, o poner bajo guarda al hijo". Antiguamente en la legislación nacional la patria potestad era patrimonio exclusivo de los padres sobre sus hijos legítimos, hoy se ejerce aún sobre los hijos natu-

rales. El Art. 15 de la referida ley dice: "Al ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales, se aplican las reglas del Título XII, Libro I del Código Civil, a excepción de las contenidas en los artículos 252 y 260, y en cuanto las demás no pugnen con las disposiciones de la presente ley".

La patria potestad da tres derechos al titular: La representación del hijo, el derecho de administración sobre ciertos bienes y el usufructo legal. El contenido de la patria potestad sobre los hijos naturales, en relación con los bienes, los derechos y deberes de quien ejerce la referida facultad, es semejante a las facultades de los guardadores sobre sus pupilos, salvo la obligación de dar caución. De los artículos antes citados, se deduce claramente la prioridad del padre sobre la madre en relación con la patria potestad del hijo legítimo, y la prevalencia de la madre sobre el padre en relación con los hijos naturales. El legislador basado en la realidad misma de los hechos quiso establecer esta diferencia por demás justificada.

### EL ABUSO DEL DERECHO EN LAS POTESTADES FAMILIARES.

Podrá presentarse el abuso del derecho en relación con las potestades familiares?. Indudablemente que sí. Según nuestro Código Civil la emancipación pone fin a la patria potestad, y puede ser voluntaria, legal o judicial. La emancipación voluntaria la define el artículo 313 de dicho Código como "La que se efectúa por instrumento público, en que el padre declara emancipar al hijo adulto, y el hijo consiente en ello. Concretémosnos por el momento en la consideración de la referida emancipación.

El derecho de emancipar al hijo, concedido a los padres, bien puede conducir, aunque sea necesario el consentimiento del menor, a actos abusivos. Esta facultad es concedida al padre en interés del hijo y de la sociedad, porque lógicamente a ésta también le interesa que no se abuse de la prementada facultad. En todo caso no se otorga en beneficio exclusivo del padre o de la madre: es un derecho de los llamados de espíritu altruista y por lo tanto ha de usarse de él en armonía con su espíritu.

El padre o la madre que para emancipar al hijo tengan presente un interés personal están actuando un derecho en desarmonía con su finalidad; y aunque se reúnan las formalidades legales para que la emancipación voluntaria se cumpla, está abusando de un derecho. Esto es, las facultades familiares sólo pueden ser actuadas de acuerdo con su espíritu altruista, de lo contrario se viola su finalidad.

La Jurisprudencia Francesa ha hecho numerosas aplicaciones en este sentido.

Los atributos de la patria potestad relativos a la persona misma del hijo, como el derecho de corrección también son susceptibles de abuso desde el momento mismo en que el padre actúe por antipatía, por envidia o por venganza, porque en este caso la facultad se está desviando de su propia finalidad. Josserand narra un caso en el cual el padre actuaba su derecho con desviación, y sobre el cual la corte de París se pronunció afirmativamente, sosteniendo que el padre al comportarse así, hacía de su autoridad un uso inadmisibles, contrario al espíritu de la institución. El caso en palabras de Josserand es el siguiente: "Ciertos padres vivían separados, no judicialmente, sino de hecho; el padre, indiscutible titular de la patria potestad, estaba investido, por lo mismo, del derecho de guarda sobre la persona del hijo común. Pero pretendía ejercitar este derecho, en vista de un fin singular y con la mira de obligar a su mujer a demandar el divorcio. Para conseguirlo, tenía al hijo lejos, en el extranjero, cambiando frecuentemente de domicilio, lo que hacía que para la madre fuera imposible ver a su hijo; esperaba así ejercer una presión sobre ésta e incitarla a demandar un divorcio, cuyo resultado hubiera sido que se confiriera a ella el cuidado de su hijo, ya que el culpable del divorcio era el marido a quien esta circunstancia impedía iniciara el divorcio, que sin embargo, deseaba se promoviera, pues esperaba recuperar su libertad". La corte de París sostuvo que éste padre actuaba su derecho de una manera contraria a su espíritu y exclusivamente para realizar sus proyectos de intimidación.

Veamos algo sobre el derecho de los padres y otras personas para dar su consentimiento al matrimonio del hijo menor. Esta facultad se ha considerado por autores y legisladores como ilimitada, hasta el punto de haberse clasificado como un derecho absoluto, susceptible de poder ser ejercitado aún con un fin egoísta o con la presencia de una intención dañina.

En casi todas las legislaciones se concede a los padres y otras personas el derecho a que nos referimos; más en casos de una negativa injustificada del padre al matrimonio del menor, no se consagra remedio alguno contra semejante actitud, infundada en grado sumo. Sin embargo, algunas legislaciones modernas han puesto ya límites a tales actuaciones por medio de recursos ante la autoridad judicial. En el código Civil Alemán y en el Italiano, la negativa arbitraria de un ascendiente al matrimonio del menor puede ser revocada por la autoridad judicial. En Francia, Pothier afirma la existencia de un recurso semejante, Josserand por su parte lo niega, aunque sí admite la posibilidad de un abuso del derecho en tales casos.

En relación con el tema nuestra legislación no consagra recurso alguno, desvirtuando así el verdadero espíritu de este derecho. En el proyecto sobre matrimonio de la antigua comisión de reforma del Código Civil, se exige que todas las personas que deban autorizar el matrimonio del menor adulto están obligadas a expresar la causa de su negativa. Genial es el criterio que orienta la referida disposición; así se evitaría que un padre no dé su consentimiento al matrimonio del hijo por mero espíritu egoísta, por odio o sin fundamento alguno. El Art. 21 del citado proyecto establece que: "Contra el disenso de los padres o ascendientes o de curador, el menor podrá recurrir al juez a fin de que, apreciando los motivos le conceda licencia para contraer matrimonio". Consagra esta sabia disposición un recurso similar al establecido por el código alemán.

El Art. 116 del Código Civil dice: "El varón mayor de veintiún años y la mujer mayor de diez y ocho pueden contraer matrimonio libremente". La diferencia de edad establecida por el artículo para contraer matrimonio válidamente la han justificado los autores colombianos afirmando que es el marido quien tiene las cargas del matrimonio, y sólo él debe darse cuenta exacta del acto que celebra, y porque, además, siendo integral su voluntad, suple las deficiencias que puedan existir en la voluntad de su mujer comprendida entre los diez y ocho y veintiún años. Este argumento justificativo del referido artículo no nos convence; afirmar que solo el marido debe darse cuenta del acto es no decir nada. La voluntad es también requisito indispensable en relación con la mujer. Por otra parte, las cargas económicas del matrimonio en este mundo del siglo XX, corren muchas veces a cargo de la mujer.

El Artículo 117 del Código Civil expresa: "Los menores de la edad expresada no pueden contraer matrimonio sin el permiso expreso, por escrito, de sus padres legítimos o naturales. Si alguno de ellos hubiere muerto, o se hallare impedido para conceder este permiso, bastará el consentimiento del otro; y estando discordes prevalecerá en todo caso la voluntad del padre". El Artículo 118 dice: "Se entenderá faltar el padre o la madre u otro ascendiente, no sólo por haber fallecido, sino por estar demente o fatuo; o por hallarse ausente del territorio nacional y no esperarse su pronto regreso; o por ignorarse el lugar de su residencia". El Art. 121 reza: "De las personas a quienes según este código debe pedirse permiso para contraer matrimonio, sólo el curador que niega su consentimiento está obligado a expresar la causa". Consagra el artículo un derecho relativo del curador, mas da a entender que la facultad de los padres y demás personas para acceder o no al matrimonio del menor es absoluta por cuanto puede ser actuada, y así lo autoriza el Código, de la

manera más ilimitada y aberrante. Puede en este caso no accederse al matrimonio del hijo menor por capricho, por venganza, por intención maligna y aún en perjuicio del hijo. Para el código esta prerrogativa tiene un fundamento egoísta, reposa en el solo capricho del padre quien puede desatender el interés del hijo, única justificación de este derecho. Afortunadamente tales casos no escapan al derecho, la teoría del abuso los recoge y sanciona suavizando así la rigidez del texto legal.

En cuanto al derecho del curador para dar o no su consentimiento al matrimonio del menor sí es una facultad relativa. El Artículo 122 del Código Civil dice que: "las razones que justifican el disenso del curador no podrán ser otras que éstas: 1a. La existencia de cualquier impedimento legal. 2a. El no haberse practicado alguna de las diligencias prescritas en el título VIII de las segundas nupcias, en su caso. 3a. Grave peligro para la salud del menor a quien se niega la licencia o de la prole. 4a. Vida licenciosa, pasión inmoderada al juego, embriaguez habitual de la persona con quien el menor desea casarse. 5a. Estar sufriendo esa persona la pena de reclusión. 6a. No tener ninguno de los esposos medios actuales para el competente desempeño de las obligaciones del matrimonio". La limitación impuesta por el artículo no es muy científica, debería mas bien decirse, que el disenso del curador se justifica siempre que se actúe en defensa de los intereses del menor.

La falta de autorización no invalida el matrimonio, es un impedimento simplemente impediante.

Es tan drástico nuestro Código y desecha en grado tal el espíritu altruísta del derecho que venimos analizando que llega en su artículo 124 a manifestar que: "El que no habiendo cumplido la edad, se casare sin el consentimiento de un ascendiente, estando obligado a obtenerlo, podrá ser desheredado no sólo por aquél o aquéllos cuyo consentimiento le fue necesario, sino por todos los otros ascendientes. Si alguno de éstos muriere sin hacer testamento, no tendrá el descendiente más que la mitad de la porción de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión de bienes que le hubiera correspondido en la sucesión del difunto". Este artículo es consecuencia de una patria potestad exagerada. La ley sanciona la omisión del consentimiento del ascendiente aún en la sucesión intestada a pesar de que el ascendiente, como siempre pasa, olvida y perdona lo ocurrido. Los anteriores artículos son fundamento para sostener, que si bien los derechos del padre sobre el hijo no llegan hasta la facultad de disponer de su vida como sucedía en el derecho antiguo, sí tienen un fundamento egoísta o caprichoso contrario al espíritu altruísta que les debe inspirar. Tal es el criterio de nuestra legislación.

Pero el hijo perjudicado por una negativa injustificada de sus padres o ascendientes, negativa que se ha traducido en un perjuicio material o moral, que ha repercutido en su propia felicidad, tendrá acción para que la justicia revoque la negativa?. Indudablemente que en estos casos se presenta un abuso del derecho y por ende el acto abusivo debe desaparecer. El padre puede oponerse al matrimonio del hijo siempre que tal acto perjudique los intereses propios del menor; en uso de esta facultad no podrá el padre mirar otro beneficio que el de su hijo: la presencia de un interés personal haría que el derecho actuado se desviara de su fin apareciendo lógicamente un abuso del derecho. Al menos teóricamente la cuestión es así puesto que se han reunido los elementos integrantes de la teoría del abuso.

En verdad, se ha ejercitado un derecho dentro de la órbita objetiva (analizamos este caso desde el punto de vista de nuestro derecho positivo); el padre (hablamos del padre y de las demás personas a quienes el menor está obligado a pedirles el consentimiento) que se ha negado a dar su consentimiento al matrimonio del menor, no ha violado la letra misma de la ley: ella misma lo autoriza para obrar en cualquier dirección o finalidad, así sea perversa. Bien puede ser que el padre haya obrado por capricho, venganza o vanidad.

Se ha causado un daño moral o material, en todo caso el perjuicio ha existido. Hoy no se discute el hecho mismo de que los daños morales dejen ser reparados.

Se ha lesionado un interés, el interés del hijo que se ha sacrificado por mero capricho de su padre.

El derecho se ha ejercitado en desacuerdo con su espíritu. Evidentemente el padre no ha actuado este derecho en armonía con su espíritu altruista, en favor de los intereses del hijo, sino que ha tenido presente un móvil egoísta, ajeno al fin del mismo derecho. Se han reunido entonces todos los elementos que integran la teoría, luego hay en este caso un abuso del derecho.

Cuál ha de ser la sanción en casos como éste? Creemos que el acto mismo de la negativa al matrimonio debe desaparecer y que el hijo pueda entonces obtener una autorización judicial para contraerlo, además de la sanción pecuniaria a que hubiere lugar. No hay razón para sostener que el solo capricho del padre haya de ser el único fundamento en la elección de la vida matrimonial del menor. Claro que la cuestión es muy delicada, en cada caso habrá de tener el juez la mayor prudencia para no ir a cometer una injusticia.

Habíamos visto cómo algunos códigos consagran recursos para obtener la revocatoria de la negativa de los padres y demás personas cuyo

consentimiento es indispensable para el matrimonio de los hijos menores. Claro que en estas legislaciones, por estar consagrada la revocatoria la cuestión no ofrece dificultad alguna. El problema se presentaría en legislaciones que, como la nuestra, otorgan una facultad absoluta a los padres en relación con el derecho que estamos comentando.

Demolombe sostiene que la decisión del ascendiente no es un juicio que deba ser motivado sino un acto de autoridad doméstica y de patria potestad. Ve en este derecho una prerrogativa absoluta.

La Jurisprudencia Francesa ha catalogado como actos abusivos los casos en que el padre, después de consentir en el noviazgo, se retracta posteriormente del consentimiento dado con anterioridad; mas no cuando hay una negativa inicial y definitiva; es decir, se ha dicho que el derecho a mudar de opinión, de revocar un consentimiento dado al noviazgo, no es un derecho absoluto. Por eso se ha expresado que la retractación al consentimiento inicial no puede llevarse a cabo sin razón plausible, por mero capricho; solo un hecho grave e imprevisto podría justificar una actitud semejante. La negativa inicial y firme es un derecho absoluto, el derecho a cambiar o sustituir un asentimiento favorable al matrimonio es relativo.

No vemos la razón por la cual sólo se considere como limitado el simple cambio de opinión y nó la negativa inicial, pues tan susceptible es de actuarse con desvío una u otra prerrogativa. Es igualmente responsable el padre que por capricho no conviene en el matrimonio de su hijo, como el que revoca sin motivo una decisión inicial favorable. Ambos derechos deben ser actuados para proteger los intereses del hijo y por lo tanto cualquier desviación en su ejercicio es abusiva.

La sanción que se ha dado en Francia por la Jurisprudencia en los casos por ella admitidos no es una autorización de matrimonio otorgada por el Juez a los novios, sino una condena al pago de los daños y perjuicios causados; es una sanción pecuniaria y nó en especie. Habíamos afirmado que para nosotros la sanción debería ser en especie y en dinero; así sería más equitativa la reparación. La sola sanción pecuniaria es insuficiente si tenemos en cuenta que ha existido otro daño más grave quizás, lo que representa moral y subjetivamente la negativa al matrimonio, independientemente de los gastos hechos por los novios para su futura vida matrimonial.

Si la negativa es injustificada debe suplirse por una autorización judicial, y además, existir una reparación pecuniaria.

De nada serviría a un novio una reparación pecuniaria ante la imposibilidad de unirse en matrimonio con el ser querido. Quizás para em-

barcarse en una vida agitada, y muchas veces conducirlo a su propia destrucción moral y física.

### DERECHO DE ADMINISTRACION.

En la administración legal de los padres también puede presentarse el abuso del derecho. Las facultades del padre en relación con los bienes del hijo son más amplias que las de los guardadores. Por eso dice el Artículo 297: "El padre de familia que, como tal, administra bienes del hijo, no es obligado a hacer inventario solemne de ellos, mientras no pasare a otras nupcias; pero si no hace inventario solemne deberá llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empiece a administrarlos". El padre natural si está obligado a hacer inventario, pero no tiene que dar fianza como los guardadores.

La administración legal es un derecho concedido en interés del hijo, en su exclusivo beneficio, por eso la actuación de este derecho ha de ser acorde con su espíritu.

El padre que, por ejemplo, venda un bien del hijo persiguiendo un fin egoísta comete un abuso del derecho. La corte de Lyon dice al respecto: "el padre que usa mal de su derecho, en su interés personal y con detrimento del menor, es responsable de este abuso frente al menor". En los casos de venta efectuados por el padre cometiendo un abuso del derecho la jurisprudencia francesa ha dicho que el contrato es válido, no pudiéndose pedir la nulidad que vendría a afectar a terceros contratantes aún de buena fé. La sanción establecida para tales casos consiste en la obligación impuesta al administrador que ha cometido la falta, de reemplazar los títulos abusivamente enajenados por otros títulos de la misma naturaleza y cuantía. Parece que en tales supuestos, sea ésta la sanción más justa, ya que de aniquilarse el contrato se afectaría a terceros, inclusive contratantes a quienes la ley ha de favorecer o amparar.