



28
81

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

El Abandono y la Exposición como causas de la Pérdida de la Patria Potestad

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

José Jacobo Cisneros Santos



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

EL ABANDONO Y LA EXPOSICION COMO CAUSAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO PRIMERO

Pag.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

I.- DERECHO ROMANO	1
II.- DERECHO ESPAÑOL	13
III.-DERECHO GERMANICO	16

CAPITULO SEGUNDO

PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO.

I.- LA PATRIA POTESTAD EN:

a) RUSIA	19
b) SUIZA Y ESPAÑA	19
c) FRANCIA	20
d) ITALIA	20
e) IBEROAMERICA	21
f) INGLATERRA	21
g) ESTADOS UNIDOS	22
h) OCCIDENTE	22
II.- CARACTERISTICAS DE LA PATRIA POTESTAD	23
III.-INTERVENCION DEL ESTADO EN LA PATRIA POTESTAD	30

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD Y SU PERDIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

I.- CODIGO CIVIL DE 1870	32
II.- CODIGO CIVIL DE 1884	32
III.-LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917	40
IV.- CODIGO CIVIL DE 1928	42

CAPITULO CUARTO

Pag.

ESTUDIO CONTRASTADO ENTRE ABANDONO Y EXPOSICION.

I.- EL ABANDONO 48

II.- LA EXPOSICION 50

CONCLUSIONES 58

BIBLIOGRAFIA 62

EL ABANDONO Y LA EXPOSICION, COMO CAUSAS DE LA PERDIDA DE LA PATRIA

POTESTAD.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

- I.- DERECHO ROMANO.
- II.- DERECHO ESPAÑOL.
- III.- DERECHO GERMANICO.

CAPITULO SEGUNDO.

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO

I.- LA PATRIA POTESTAD EN:

- a) RUSIA.
- b) SUIZA Y ESPAÑA.
- c) FRANCIA.
- d) ITALIA.
- e) IBEROAMERICA.
- f) INGLATERRA.
- g) ESTADOS UNIDOS.
- h) OCCIDENTE.

II.- CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD.

III.-INTERVENCION DEL ESTADO EN LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO TERCERO.

LA PATRIA POTESTAD Y SU PERDIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

- I.- CODIGO CIVIL DE 1870.
- II.- CODIGO CIVIL DE 1884.
- III.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917
- IV.- CODIGO CIVIL DE 1928.

CAPITULO CUARTO.

ESTUDIO CONTRASTADO ENTRE ABANDONO Y EXPOSICION.

I.- EL ABANDONO.

- 1.- Concepto de Abandono.
- 2.- Análisis.

II.- LA EXPOSICION.

- 1.- Concepto de Exposición.
- 2.- Análisis.

CONCLUSIONES.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

I.- DERECHO ROMANO (1):HISTORIA DE LA FAMILIA ROMANA:

"Familia es un grupo de personas unidas entre sí, pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás, para fines que trascienden del orden doméstico". (2). Tanto en su estructura, - como en su función misma, aunque disminuída y aumentada por la evolución histórica, la familia romana se nos revela como nacida para fines de orden y defensa social, o sea como un organismo político. Los miembros de la familia sujetos a la autoridad paterna, se llaman personas alieni juris (en potestad de otro); son los filii familias o liberi in potestate, por un lado, y los siervos por otro; pero solamente, los libres se consideran como miembros de la familia.

(1) Formación y desarrollo del Derecho Romano. Considerando el Derecho Privado de los Romanos desde la fundación de Roma hasta el reinado de Justiniano, se pueden distinguir cuatro períodos:

- 1o.- De la fundación de Roma (753 a. de C. a la Ley de las XII Tablas - 1 a 304 de Roma).
- 2o. De la Ley de las XII Tablas, al fin de la República (304 a -- 723 de Roma).
- 3o. Del advenimiento del Imperio, a la muerte de Alejandro Severo (723 a 988 de Roma, o 235 de la Era Cristiana).
- 4o. De la muerte de Alejandro Severo, a la muerte de Justiniano - 225 a 565 de la Era Cristiana). Eugene Petit. Tratado Elemental de Derecho Romano.- Edit. Nacional 1971. Pág. 27.

(2) Pietro Bonfante, Instituciones del Derecho Romano, Edit. Reus, Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid-España, 2a. Edición Pág. 143, 1959.

La calidad de paterfamilias se podía conseguir gracias a la emancipación y si quien la llevaba a cabo no podía tener descendientes, pasaba una cosa curiosa con las mujeres, pues al morir aquél o emanciparse ellas se convertían en sui iuris, con lo que no constituían familia, ni pertenecían a ninguna, ni tampoco eran sujeto ni objeto de Derecho Familiar.

La calidad de paterfamilias se pierde por las causas que producen una capitis deminutio. Como iremos notando, el paterfamilias tiene originalmente un poder muy amplio, llegando inclusive a desempeñar los siguientes cargos: sacerdote, juez, vendedor, prestamista, etc. Tenía entre otras, la facultad de "exponer o matar a los recién nacidos". Así, el antiguo Derecho Romano no ponía limitaciones al paterfamilias, lo que hubiera sido violatorio para la familia romana en su autonomía. Es importante hacer notar que las familias romanas se regían particularmente, es decir cada una por reglas preestablecidas para limitar a su jefe, las cuales establecían culpas y condenas (no es el Ius Civile, o sea el Derecho de las civitas), y no podía el paterfamilias dictar condena sin antes oír el consejo de parientes.

Las vetustas mores son aquellas normas que tienen carácter meramente religioso. De esta naturaleza es la Ley atribuida a Rómulo, que limitó el derecho de exposición, ordenando educar a todos los hijos.

Lo mismo puede decirse de otra ley que prohibía matar niños menores de tres años, salvo en caso de que tuviera el infante defectuosa una parte de su cuerpo, lo que deberían atestiguar cinco vecinos; esta prescripción procede de la Ley Regia, atribuida a Numa. No obstante la aplicación de normas preestablecidas para limitar al jefe de familia, se continuaban cometiendo abusos.

La República frenó los abusos de los paterfamilias mediante la acción de los censores, cuya autoridad era indeterminada y de índole moral. En la época Imperial Trajano impuso a un paterfamilias, la emancipación del hijo por haberlo maltratado.

Adriano condenó a la deportación a otro, "por haber matado en la cabeza a su hijo". (1). Sin embargo de todo lo mencionado anteriormente, la ley no fue observada y se siguieron aplicando hasta el advenimiento del Derecho Clásico, los principios vigentes desde los primeros tiempos.

El conjunto de poderes del paterfamilias llamábase, en general, "manus" (poder sobre las personas) en la edad antigua y, más tarde, en el uso corriente "potestates", término que designaba, igualmente, la autoridad de los Reyes y de los Magistrados, siendo así que el concepto de "manus" pasó de moda y sólo se utilizó para aludir al imperio sobre la esposa.

(1) Boufante Pietro, Instituciones del Derecho Romano.- Edit. Reus, - Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid-España 1959, -- Pág. 161.

En orden a las personas, se distinguieron cuatro poderes del paterfamilias:

1.- La potestad ejercida sobre las mujeres que formaban parte de la familia. Entraban dichas mujeres a la potestad del jefe, casándose con él o con un *filius familias* (*manus maritalis* o *potestas maritalis*).

2.- La potestad ejercida sobre los *filius familias* (*patria potestad*).

3.- La potestad ejercida sobre los esclavos (*potestas* o *dominicas potestas*, porque los esclavos son objeto de dominio).

4.- La potestad ejercida sobre los individuos (*filius familias*) vendidos al paterfamilias o cedidos para la expiación de un delito cometido por ellos (se acostumbró llamarla con la palabra *mancipium*, porque se unía a ella la propiedad, constituyéndose los *filius familias*, mediante la venta, en esclavos). Por lo tanto en el Derecho antejustiniano, la fórmula ordinaria y legal para abarcar a todas las personas sujetas al paterfamilias es personal (*in potestate manu mancipio*). (1)

(1) Los conceptos de *manus* y *mancipium*, son diferentes:

Manus: poder sobre las personas.
Mancipium: poder sobre las cosas.

Al lado de cada familia romana patricia, se agrupaba un cierto número de personas, de nombre clientes, que entraban bajo la protección del jefe de la familia, que era así su patrón (crea la clientela derechos y deberes). El patrón debe a su clientela socorro, tierra (para que viva de su producto), le asiste en las guerras, paga rescate en caso de cautiverio. Estos derechos y deberes eran recíprocos, y quien no los cumpliera era declarado gacer y podría ser muerto impunemente. A este grupo se le debe agregar el de los libertos y descendientes y, después, el de los extranjeros, por derecho de asilo y por las guerras.

En el Derecho Justiniano la manus y la mancipium han desaparecido, subsistiendo todavía la patria potestad y la potestad sobre los esclavos, porque la fórmula es reducida, simplemente, a "personae in potestate".

Nótase que ni pater familias, ni filius familias son términos de parentesco. Pater significa en esta fórmula, señor o soberano; era también el jefe antiguo de la gens: patres son los Senadores, acaso jefes de las gentes, mientras que un filius familias puede ser marido y padre. (1)

(1) Para indicar a los descendientes sometidos a la autoridad paterna, los romanos emplearon las expresiones filius familias o filias familias.

CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD, (1)

La potestad paternal pertenece al jefe de la familia sobre los descendientes que forman parte de la familia civil; ésta potestad confería al jefe originalmente derechos rigurosos, absolutos y análogos a los del amo sobre el esclavo. Se ejercía este poder sobre los hijos y sus bienes, pero se fue extinguiendo poco a poco la energía en el ejercicio de la patria potestad, de modo que si en los primeros siglos romanos se hizo del padre un verdadero magistrado doméstico (tenía el poder de vida y muerte sobre sus hijos, podía emanciparlos o venderlos e inclusive, -- llegar a abandonarlos), con el transcurso del tiempo y hacia fines del siglo II, la situación se modifica radicalmente y el pater se concreta a simples correcciones e incluso, se le sanciona enérgicamente si se excede, a tal grado que Constantino señala que "el padre que mate a su hijo, será castigado como parricida".

FUENTES DE LA POTESTAD PATERNAL .(2)

La fuente principal de la patria potestad es el "matrimonio o justae nuptie" (el matrimonio legítimo conforme a las reglas del Derecho Civil en Roma, cuyo fin principal es la procreación).

(1) (2) Petit Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Nacional. 1971, págs.22, 100 y 103.

NACIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD.-

La Ley confiere al marido la patria potestad sobre los hijos procreados dentro del matrimonio legítimo, ya que éste facilita la -- prueba de la filiación, con dos limitaciones:

1a. Sólo considerará procreado dentro del matrimonio, al -- hijo que nazca después de los 182 días contraído aquél y antes de los 300 de su disolución.

2a. Se trata de una simple presunción, cuyo objetivo tiende únicamente a facilitar la prueba y que por ello admite demostración con traria.(1)

Los hijos nacidos fuera del matrimonio, incluyendo los de la concubina, no entran en la patria potestad de su progenitor; jurídicamente, sólo se hayan unidos en parentesco a la madre, careciendo de -- padre. Sin embargo, pueden equipararse a los nacidos dentro del matrimonio mediante legitimación, sea por subsiguiente casamiento, sea por rescripto imperial, es decir, mediante declaración de legitimación hecha por el emperador. Así, la legitimación los sujeta a la patria potestad de su progenitor.

(1) Cabanellas Guillermo.-Diccionario de Derecho Usual.- Tomo I, 7a. Edición, Edit. Eliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1972, -- Pág. 412.

SUJECION A LA PATRIA POTESTAD.

La inducción del filius familias en una determinada familia romana o sea la constitución del vínculo familiar o de agnación, es establecido por la sujeción a la soberanía familiar del jefe de la casa - (mediante la patria potestad o la manus), y para ello se requería:

1a.- La procreación en nupcias legítimas (justae nuptiae) por un individuo varón de la familia, sea paterfamilias o filius familias.

2a.- Haber nacido de padre ciudadano, porque los descendientes por línea femenina no son miembros de la familia, ya que pertenecen a la de su respectivo padre.

3a.- Haber sido recibido en la familia por obra del paterfamilias. Algunos individuos eran recibidos en la familia por el paterfamilias, lo que podía ocurrir en virtud de la "adoptio" o bien de la "adrogatio". La primera era rara dentro del Derecho Romano y tenía por objeto la incorporación familiar de una persona joven, por ejemplo la adopción de un menor; en cambio, a través de la segunda forma se hacía introducir a la familia a un sui juris, con calidad de paterfamilias, de modo que al ser adrogado éste llevaba con él cuantos le eran dependientes (1). (Adrogatio y arrogación, significan lo mismo).

La adopción propia exige en el Derecho antejustiniano una forma harto complicada, ya que debía preceder la renuncia del antiguo paterfamilias a su potestad, con todas las solemnidades debidas, para que otro se hiciera titular de esa patria potestad. El procedimiento consistía en las tres ventas (emancipaciones) y una vez ejecutadas éstas,

(1) Petit Eugène, Tratado Elemental de Derecho Romano, Edit. Nacional 1971, Págs.18 y 113.
G. Cabanellas Diccionario de Derecho Usual.- Tomo I, 7a. Edición - Edit. Eliasta, S.R.L. Buenos Aires, Argentina 1972, Pág. 412.

la patria potestad se transmitía al nuevo paterfamilias mediante la - - "in iure cessio"; mediaba un proceso fingido, en el cual el nuevo paterfamilias se presentaba al Magistrado y simulaba reivindicar el antiguo derecho de la patria potestad y que había sido renunciado por el anterior paterfamilias.

En el Derecho Justiniano, el sistema es más sencillo para la adopción. Se presentaba al adoptante con el antiguo paterfamilias y el filius familias con testigos, ante el Magistrado de su domicilio, este último tomaba nota de las declaraciones correspondientes que se hicieran, pudiendo el adoptado en esa forma quedar como hijo, sobrino o nieto, según sea, ya que éste es factor importante para su sucesión (va que el hijo sea legítimo o reconocido natural, tiene más derecho para reclamar herencia, que el sobrino o nieto).

En cuanto a la adrogación en la antigua Roma, era un acto una vez que "hacia pasar a un ciudadano sui juris acaso jefe de familia, bajo la autoridad de otro jefe, resultando en esa forma la desaparición de una familia y la extinción de un culto privado", se establecía que debía hacerse ante los comicios curiados precedidos por el Pontífice, quien una vez conocida la pretensión interrogaba acerca de su consentimiento al adoptante, al adoptado y por último al pueblo, representado por los curias, que en la edad republicana se integraba por treinta - - lictores. (1)

Así el uso y la jurisprudencia hacen que se vaya haciendo independiente la adopción y que no se observen reglas; como ejemplo tenemos a Dioclesiano, que permitió la adopción a mujeres y niños, siempre y cuando sus titulares faltaren.

(1) Arrogación.- En Roma, se denominaba así la adopción de persona Sui juris.- Diccionario de Derecho Usual.- G. Cabanellas.- Tomo I, -- Pág. 222, Edit. Eliasta, S. de R.L. - Buenos Aires, Argentina.

La adrogación ha conservado el efecto antiguo en el Derecho Justiniano, con la diferencia de que el adrogante no sucede en el patrimonio al adrogado; adquiere sólo el usufructo y administración, lo que no es ilógico en el nuevo Derecho, ya que el patrimonio del adrogado viene a constituir un peculio adventicio (lucros ocasionales y provisionales, reservando siempre el usufructo legal para el paterfamilias; al inicio de la Edad Media, Justiniano le llamó: peculio adventicio.)

SUPEDITACION A LA MANUS.-

En el antiguo Derecho Romano, las mujeres solían formar parte de la familia del marido, supeditándose a la misma potestad y rompiendo todo vínculo con la familia de que procedían, al igual como -- sucedía con aquellas personas extranjeras que se casaban y que adquirirían de ordinario la ciudadanía romana (conventium in manum).

La conventium in manum se cumplía en formas solemnes que -- acompañaban al matrimonio, o sea la conferratio y la coemptio y a falta de éstas, el usus. La conferratio era una ceremonia religiosa de una solemnidad única: el novio y la novia se hacían mutuamente solemnes interrogatorios y declaraciones ante diez testigos, ante el Sumo Sacerdote de Júpiter o Pontífice Máximo, que los unía. La coemptio, -- era una compra fingida de la mujer en la forma de mancipación; en -- caso de que la mujer no hubiera empleado cualquiera de estas dos formas (la anterior y ésta), no entraba en la familia del marido y -- permanecía en la propia.

El poder paterno acababa ipso jure en el Derecho Antiguo, - cuando el hijo o la hija adquirían la dignidad sacerdotal de flamen - dialis o virgo vestales. (1)

El mancipium, es una autoridad de Derecho Civil que puede - tener un hombre libre sobre una persona libre y que depende a la vez de la autoridad paterna y de la del señor. Sólo pueden darse in -- mancipium los hijos bajo potestad paterna y las mujeres in manu (Ejem: el padre vendió a su hijo pobre). También se le consideró el dominio o modo solemne de traspasarlo, que más tarde se llamó mancipatio doli y los esclavos podían ser entregados por el centurión, aunque la eman - cipación hubiese tenido efectos "ex-novali-causa". La emancipación determina para el hijo, una capitis deminutio mínima, toda vez que le separa de su familia agnaticia anterior; así, el emancipado se convien - te en "homo sui iuris" y cabeza de una nueva familia.

LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS ESCLAVOS.-

El esclavo era un objeto de Derecho, en un doble aspecto; - como hombre (persona) o como cosa; es decir, constituía un patrimonio y en caso de que el esclavo cometiera delitos era entregado o castiga - go de acuerdo al delito cometido.

(1) Para las mujeres la condición jurídica de vestales era la más - privilegiada de la antigua Roma, pues eran las únicas con capaci - dad jurídica plena; podían testar antes de la edad permitida para ello, no estaban sujetas a la tutela ni curatela; habían - de ser vírgenes de lo contrario les acarreaba la pena capital. Su deber supremo era la custodia del fuego sagrado. La elección de las vestales se hacía entre las niñas de seis a diez años de edad. Los emperadores de aquella época consideraban que no era delito tener trato carnal con las vestales, por que ellos según decían se equiparaban a dioses, y además lo decían los paganos.

No obstante lo anterior, hay que hacer notar que en la época antigua se consideraba igual al esclavo y al filius familias; ello -- ocurría por lo compacto de la unidad familiar frente al Estado. Dentro de la familia era distinto, ya que los libres tenían en las mores y en el tribunal doméstico, una sólida garantía contra el ejercicio abusivo de la jurisdicción familiar, que no socorría a los esclavos, aunque -- posteriormente con fines políticos más que humanos, se ayudó al esclavo para que no fuera castigado tan severamente como venía sucediendo; así se prohibió asesinarlo, abandonarlo y venderlo, bajo Augusto y -- Antonino Pío. El "peculio servil" era del patrón y en un principio, -- no importaba que se le formase a base de dádivas y donativos de terceras personas, esto es, ahorros acumulados por el esclavo; tan injusta situación cambió en la Edad Media y pasó el citado peculio a mans del esclavo, e inclusive, el esclavo llegó a demandar al patrón, reclamándole los abusos cometidos en su contra.

II.- DERECHO ESPAÑOL.

LA PATRIA POTESTAD - CONCEPTO Y FUNDAMENTO.-

La relación paterno-filial, caracterizada fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con -- los hijos, necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad en los padres, que recibe tradicionalmente el nombre de patria potestad -- (que significa poder paterno) (1). Notamos que esta concepción de Castán Tobeñas es ya caduca, porque actualmente el deber es de ambos padres y -- no sólo del padre, como se acostumbraba en el antigua Roma.

La patria potestad es un deber y derecho sacratísimo, función-derivada de la naturaleza, que la Ley ha puesto en manos de los padres, -- para atender las múltiples necesidades de los hijos en las primeras edades. Antes, el Derecho Romano miraba a la patria potestad como un derecho de autoridad ilimitada, absoluta y absorbente; actualmente se le mira -- como un deber y aunque también como un derecho, este no es tan absorvente que absorva la personalidad de los hijos; así la patria potestad ha -- dejado de ser adquisitiva para convertirse en tuitiva y de protección (2)

Se dice que ese deber corresponde sólo a los padres y no a -- cualquier otra persona, ni siquiera al poder social, porque dichos deberes y derechos emanan de una relación paterno-filial, en la que únicamente son elementos padres e hijos (cuando el hijo llega a ser adulto tiene una filial potestad sobre los padres). Antiguamente se consideraba en -- Francia que aunque muriera uno de los padres, ello no era suficiente -- para disolver el poder paterno; tenían que morir ambos padres para que -- tuviera efecto la terminación de la patria potestad. La idea de bienes --

(1) Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral, 8a. Edic. Vol. II, Tomo 5o. Edit. Madrid, Págs.131 a 203.

(2) Clemente de Diego, Derecho Civil Español, Tomo II, Págs. 536 a 579.

y derechos recíprocos, consiste en que los padres eduquen a los hijos y los hijos correspondan a ello, mientras lleguen a ser mayores de edad, cesando en esa forma el ejercicio de la patria potestad.

El fundamento de la patria potestad es de Derecho y radica en el poder paterno, indicando el maestro Serrano que la patria potestad es una "institución natural que no necesita del Derecho Positivo - para actuarse, aunque no hubiera Estado, habría patria potestad". (1)

EVOLUCION HISTORICA Y ACTUAL DE LA PATRIA POTESTAD.- (2)

La historia nos muestra un proceso de debilitación en éste tipo de instituciones; como hemos visto ya, el padre va perdiendo poder poco a poco; ésto se explica por la evolución política de los pueblos. En los grupos primitivos la autoridad del padre era única, porque la familia era la célula social autónoma e impenetrable; esta situación sufre un cambio radical y actualmente el Estado existe frente al padre y familia y consecuentemente la mujer va adquiriendo poder de esta última.

El Derecho Romano solamente se limitó a introducir restricciones a la patria potestad, pero no llegó a su caracterización de deber derecho, como la entienden las concepciones actuales.

En la Ley del Matrimonio Civil de 1870 en España, se otorgó en defecto del padre a la madre la patria potestad, sometiéndose a la inspección ocular dicho ejercicio (esta representación se logra también en los Códigos Civiles de Alemania y Suiza y en la legislación hispana con las Leyes de Represión y Mendicidad de Tribunales para Niños).

(1) Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral, 8a. -- Edic. Vol. II, Tomo 5o. Edit. Madrid, Págs. 131 a 203.

(2) Idem.

CONTENIDO DE LA PATRIA POTESTAD.-

Los efectos de ésta con relación a los hijos, se traducen en derechos personales y patrimoniales a favor de los padres, pero también en obligaciones bien definidas. Los hijos, a su vez, tienen obligaciones frente a sus padres: hay pues una reciprocidad que conjuga facultades y deberes entre padres e hijos.

III.- DERECHO GERMANICO:

ANTECEDENTES HISTORICOS.- (1)

Continuaremos este estudio con el Derecho Germánico y para tal efecto estudiaremos las diversas etapas por las que evolucionó el mismo:

EPOCA ANTIGUA: En el Derecho de Familia se consagraba la tutela colectiva de la Sippe (ésta comprendía a todos los hombres y mujeres engendrados por un padre troncal común, según el principio de agnación), lo que nos indica la absoluta potestad del padre sobre los hijos.

Todos los hijos nacían de una mujer sometida al munt (potestad) y quedaban bajo la potestad paterna del marido de su madre. Es de advertir, sin embargo, que el marido tenía la facultad de exponer al hijo inmediatamente después del nacimiento; por lo tanto, desde un punto de vista formal, la potestad derivada del munt no empezaba hasta que tenía lugar el acto de acogimiento del niño, lo que ponía fin al derecho de exposición del menor.

Se permitió la exposición de niños, y era necesario para la -- adquisición de su capacidad jurídica, el acogimiento en la familia. El -- "infans in utero matris" carecía de capacidad jurídica, aunque los derechos populares otorgaron una protección de carácter penal. Un niño sólo podía ser acogido en la familia si había nacido vivo y viable, es decir, si había respirado y abierto los ojos. Se consideraba nacido al niño si habría los ojos o si gritaba a las cuatro paredes. El niño era admitido en la Sippe dentro de las noches siguientes al nacimiento, mediante imposición de nombre y aspersion de agua; con ésto obtenía el derecho de que se pagase por él el Wergeld del hombre libre y se hacía capaz de heredar.

(1) Hans Planitz, Derecho Germánico, Págs. 3 a 9.

En él tomaba cuerpo de nuevo el miembro de la Sippe que había muerto y le había dado el nombre.

Los hijos legítimos y los a ellos equivarados estaban bajo el munt de su padre; eran acogidos y sometidos a la comunidad doméstica del padre y por ello, quedaban bajo la potestad señorial doméstica de su abuelo. El padre tenía sobre el hijo poder paterno amplio, a -- tal grado, que lo podía vender, etc.

La potestad del padre terminaba siempre al separarse el hijo de la comunidad doméstica paterna. También con los hijos terminaba la patria potestad, mediante el matrimonio.

EDAD MEDIA (1): Con la cristianización de las estirpes germánicas se suprimió el derecho de exposición; por ello dejó de ser necesario el acogimiento por el padre, para que se originase el parentesco con el hijo:

La Iglesia condenaba el concubinado. Como consecuencia, a los hijos de éste se les consideraba como ilegítimos; ello, a pesar de considerarse una desventaja, contenía ventajas para la madre que engran decía su poder, al igual que en caso de muerte del padre, pues a la -- madre viuda le correspondía la potestad sobre los hijos.

Otra finalidad para dar por terminada la patria potestad, -- era liquidar al hijo su patrimonio (la emancipación).

(1) Hans Planitz, Derecho Germánico, Págs. 47 a 57 y 321 a 333.

EPOCA MODERNA: Cambia y evoluciona el Derecho en relación al menor, ya que se suaviza el poder paterno; la madre adquiere más derechos con un mejor criterio, por ejemplo, se atribuye a ámbos padres el ejercicio de la patria potestad (la Sippe queda atrás, para convertirse tan sólo en un vínculo que une a un cónyuge con los parientes del otro; como consecuencia el ejercicio de la patria potestad, corresponden de tanto al padre como a la madre).

La terminación de la potestad del padre, en la Epoca Moderna, sobre el hijo menor de edad, se produce al casarse éste; sin embargo, también se produce con la mayoría de edad del hijo.

CAPITULO SEGUNDO.

LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO.I.- CONCEPCION MODERNA DE LA AUTORIDAD PATERNA:

La expresión patria potestad, no corresponde al contenido que tradicionalmente se atribuye a esta institución. No debe concebirse -- como una patria potestad, es decir como un poder, porque como ya advertimos, tiene más de obligación que de facultad. Tampoco es patria, porque en el estado actual del Derecho no solo el padre, sino también la madre (y en su caso la abuela), poseen las atribuciones que esta figura jurídica otorga a quienes son titulares de ella.

a) RUSIA.

Por lo anterior no han faltado autores que intenten suprimir el concepto de patria potestad, para sustituirlo por otro. Así tenemos que en Rusia se suprime la denominación de Patria Potestad y el Código Civil Ruso de 1918 habla de: "derechos y deberes de los hijos y de los padres".

b) SUIZA Y ESPAÑA.

En algunos países como Suiza y España, se planteó la posibilidad de suplir el término patria potestad, por el de "poder parental", - lo cual fue rechazado por que implicaría el poder de los parientes sobre los menores y no sólo el de los padres. Por este motivo se optó - por seguir conservando el concepto de patria potestad que, en opinión - de Manresa, es "harto difícil de sustituir". La doctrina Española conserva esta expresión tradicional.

c) FRANCIA.

La doctrina Francesa del siglo pasado veía en la patria potestad un poder paterno o sea un conjunto de derechos; sin embargo, - la doctrina posterior concibe a la patria potestad como función, destacando en sus definiciones el aspecto de deber. Dentro de esta - -- corriente Colín y Capitant definen a la patria potestad como "el conjunto de derechos que la Ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, en tanto que son menores no emancipados, para -- facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos" (1). Esta concepción de la patria potestad es la misma que sostiene Josserand.

d) ITALIA.

La doctrina Italiana moderna define también a la patria potestad en sentido de función. "La Patria Potestad es un conjunto de - poderes en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los - progenitores, de proteger, educar e instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar". (2), dice Messineo.

(1) Castán Vázquez, José María.- La Patria Potestad, Editorial Madrid, Vol. XXXIII, Págs. 8 y 9.

(2) Idem. y pág. 10.

e) IBEROAMERICA.

Los países iberoamericanos admiten, en general, una considerable intervención judicial en la protección del menor, lo que resulta grvemente dañino para la familia; nosotros estamos de acuerdo con el criterio sustentado por Héctor Solís (1), quien afirma: "hay que hacer hasta lo imposible para que un menor no sea separado de su familia por pobre - que ésta sea".

Chile se proclama en beneficio del ejercicio de la patria potestad, por el padre, con exclusión de la madre. Originalmente el criterio de Uruguay es idéntico al de Chile, aunque posteriormente concede el ejercicio de la patria potestad a ámbos padres.

Cuba conceptuaba a la titularidad de patria potestad como subsidiaria para la madre, pero el Código Civil de 1950, en el artículo 154 modifica tal criterio, dando el ejercicio a ámbos padres.

Los Códigos Civiles de El Salvador, Haití y República Dominicana adoptaron el criterio de que la patria potestad se le confiera al padre en exclusiva.

f) PAISES DE COMMON LAW.-

Las leyes de la tutela de los menores, expone Jerks (2), han sufrido en Inglaterra grandes cambios. Originalmente se basan en el patriarcado, pero a través del tiempo ha cambiado tal criterio y en el año de 1886 y, posteriormente en 1925 se optó en el sentido de que tanto el padre como la madre ejercieran la patria potestad sobre los hijos.

(1) Castán Vázquez, José Ma. Edit. Madrid, Vol. XXXIII, Págs. 53 a 56.

(2) IDEM. Págs. 97 a 104.

g) Los Estados Unidos, anotan Vernier, Arminjon, Molde y - - Wolf (1), seguían las mismas tendencias de Inglaterra; más sin embargo en Georgia, Texas y Lousiana los derechos del padre sobre los hijos -- son más extensos que los de la madre.

h) PAISES DE OCCIDENTE EN GENERAL.

Actualmente en occidente el estado intensifica su intervención en la familia, aunque se mantiene la vigencia de la patria potestad, a la que se procura considerar más como obligación que como facultad.

(1) José María Castán Vázquez, Edito. Madrid, Vol. XXXIII, Págs. 97 a 104.

II.- CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD.

Se mencionan como más descollantes las siguientes:

- 1.- IRRENUNCIABILIDAD.
- 2.- INTRASMISIBILIDAD.
- 3.- IMPRESCRIPTIBILIDAD.

Se suelen señalar algunos otros caracteres, pero los que en doctrina prevalecen, son éstos:

1.- IRRENUNCIABILIDAD.- Si el poder paterno entraña una función como hemos visto y supone al propio tiempo más que es un derecho, un deber, es natural que ofrezca esta nota de irrenunciabilidad. La renuncia del padre supondría el incumplimiento del deber de protección -- del hijo.

Es de explorado Derecho que sólo los derechos son renunciab- - les y que las obligaciones no pueden serlo nunca.

Josserand señala que la patria potestad "es una Institución - de orden público", ya que la misma no puede ni ser ampliada ni reducida por persona alguna y menos aún de abdicada, ya que la patria potestad - es parte integrante del estado de las personas. Manresa señala que -- están estrechamente conexos, la patria potestad y el interés del Estado,

de lo que se desprende que aquella es de orden público; por lo mismo no puede ser objeto de pactos privados renunciables.

El Código Civil para el Distrito Federal, aún declarando irrenunciable la patria potestad, señala algunas causas de excusa:

"ARTICULO 448.- La patria potestad no es renunciable; pero - aquellos a quienes corresponda ejercerla pueden excusarse:

- I. Cuando tengan 60 años cumplidos;
- II. Cuando por su mal estado habitual de salud no puedan atender debidamente a su desempeño."

No dice el Código que deberá hacerse en ambos casos, pero es obvio que a falta de otro ascendiente, en quien debe recaer se abrirá la tutela.

En el Derecho Español la doctrina sostiene la irrenunciabilidad de la patria potestad; al respecto Macius Scaevola afirma "que no puede haber cuestión, porque la patria potestad es de interés social, no puede renunciarse". El ejercicio de la patria potestad se encuentra estrechamente vigilado por el Estado, en beneficio del menor.

Puig Peña señala que la patria potestad "constituye ante todo un deber y obligación que no puede ser objeto de excusa, pues está asignada a los hijos, en virtud de la razón moral y social del Estado".

Respecto a la doctrina dentro del Derecho Alemán, Kipp y Wolff, sostienen que "el cuidado de la persona del hijo no es sólo un derecho, - sino también un deber de los padres, al que no cabe renunciar".

Volviendo a México, la abdicación de los derechos y deberes - de la patria potestad pueden integrar el delito de abandono de familia, - tipificado en el Código Penal del Distrito Federal. Hay que reputar - - nula por ilicitud cualquier renuncia a la patria potestad contenida en - convenios hechos por los ascendientes, ya sea entre sí o con terceros.

2.- INTRANSMISIBILIDAD.- Igualmente como la irrenunciabilidad, se dá porque el poder paterno es intransmisible; la doctrina señala que la patria potestad está fuera del comercio y, por lo tanto, no puede - - cederse ni toda, ni en parte; lo que si puede ser es que el padre dele-- gue en un tercero derechos concretos derivados de la patria potestad y, como ejemplo, tenemos lo concerniente a la educación de un menor, en el caso de un colegio de internos, para efectos de disciplina y estudio.

Autores como Puig Peña, Pérez González y Castán Tobeñas, señalan la intransmisibilidad de la patria potestad. (1)

3.- IMPRESCRIPTIBILIDAD.- En la misma forma que los caracteres anteriores, también se da la de que el derecho al ejercicio de la patria potestad no admite prescripción Messineo afirma "que algunos derechos -- familiares están sujetos a decadencia, pero que ninguno es prescripti-- ble".

(1) Castán Vázquez, José Ma.- La Patria Postes, Edit. Madrid, Vol. - - XXXIII, Págs. 42 y 43.

Adicionalmente cabe recalcar que se concibe a la patria potestad como una institución natural, ya que entraña facultades y obligaciones de educar y proteger. Y, en cuanto a su naturaleza jurídica, dos -- son los aspectos jurídicos que se notan en la patria potestad:

1.- Cuando se contempla a ésta en las relaciones internas de sus sujetos (padres e hijos); parece ser que se atribuye a los padres -- como su deber.

2.- Cuando, por otro lado, se considera en las relaciones externas a los mismos sujetos, la patria potestad resulta ser fundamentalmente un derecho subjetivo de los padres.

Genéricamente cabe afirmar, que en los países de cultura - -- occidental se considera la patria potestad como "una función atribuida al padre para la protección de los hijos." Esta concepción es resultado de larga evolución.

Con la Revolución Francesa decayó la antigua concepción de la patria potestad y se dijo "que solamente sería una protección para los -- menores y que cesaría a la mayoría de edad del hijo." Así tenemos que el Código Napoleónico proclamó la patria potestad, suprimió los Tribunales de Familia y rehusó admitir el control judicial y la decadencia posible de la patria potestad del padre sobre sus hijos.

El Código Civil Francés, en su redacción modificada por la Ley del 22 de septiembre de 1942, consagra la evolución de la patria potestad, como "en interés común del matrimonio y de los hijos". -- Este es el principio de la patria potestad del sistema de legislación de occidente. Así notamos también, que el cristianismo tuvo mucho que ver con el cambio habido en occidente, acerca de la concepción de la patria potestad; esa evolución transformó el antiguo "poder" en un "deber" y las antiguas facultades perpétuas e inhumanas, en las actuales funciones, limitadas y temporales. Por ello -- León XII (1) ha afirmado, que en la sociedad cristiana "la patria potestad se ajusta, convenientemente moderada, a la dignidad de la esposa y a la de los hijos", y Pío XI ha exhortado a "los padres a usar rectamente y no para su propio provecho, la autoridad que han recibido de Dios". Julliot de Moranplere advierte que "se ha acentuado la intervención judicial en la patria potestad". El Estado -- tiende a intervenir en el funcionamiento de la familia.

Las leyes francesas de 15 de Noviembre de 1921 y 11 de -- Agosto de 1936, aumentaron las facultades de los tribunales, al permitir privar de la patria potestad a los padres que comprometiesen -- la salud, seguridad o moralidad de sus hijos o que incumplan con sus deberes relativos a la instrucción obligatoria. (2).

(1) Castán Vázquez, José Ma.- La Patria Potestad, Editorial Madrid Vol. XXXIII, Pág. 57.

(2) IDEM, Págs. 35, 37 y 57.

Igualmente, el Estado Francés tiene una institución para la protección de los menores carentes de padres. Para la asistencia a la infancia, toma sobre sus pupilos lo que se llama tutela, equivalente a una patria potestad completa, que sustituye a la de los padres, por lo que Savatier, en una de sus célebres frases, señala que el Derecho Civil está sufriendo un asalto del Derecho Público.

Puig Peña (1), señala como carácter básico de la patria potestad, "El de ser una obligación positiva, de trato continuado, que exige y requiere el despliegue eficaz y constante de una conducta de cumplimiento suficiente, para llenar el cometido propio de la función".

Josserand y Borda (2), señalan otro carácter de la patria potestad, "la de que no es intangible, en cuanto el Estado interviene para controlar el ejercicio prudente de la autoridad paterna; (el Padre) puede ser privado de la patria potestad o de su ejercicio, interviniendo el mismo Estado, mediante sus tribunales".

Algunos autores, como De Buen y Castán Tobeñas (3), aceptan la definición de Colín y Capitant antes citada.

Puig Peña (4) ha optado por calificar la patria potestad como una "institución jurídico paternal de asistencia y protección", y la define diciendo que es "aquella institución jurídica, por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores, en la medida y asistencia reclamada por las necesidades de éstos".

(1) Castán Vázquez, José Ma. La Patria Potestad, Edit. Madrid, Vol. - XXXIII, Págs. 45 y 46.

(2) Idem.

(3) Idem. Págs. 8, 9 y 10.

(4) Idem.

José María Castán Vázquez (1), caracteriza la patria potesta, después de haber analizado los conceptos anteriores, de la siguiente -- manera: "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipa-- dos, como medio de realizar la función natural que les incumbe de prote-- ger y educar a la prole". Notamos que la patria potestad, en efecto, es el conjunto de derechos y deberes atribuidos a los primeros, para el -- cumplimiento de los deberes que tienen para con los segundos. Corres-- ponde a los ascendientes (ya sea el padre o el abuelo solo, o la madre, según países), nunca a terceras personas. Se ejerce sobre la persona - y el patrimonio del sujeto a ella (doble contenido personal y patrimo-- nial). Se atribuye como medio de realizar la función natural que incum-- be a los ascendientes o sea la de proteger y educar a la prole.

(1) Castán Vázquez, José Ma.- La Patria Potestad, Editorial Madrid, - - Vol. XXXIII, Págs. 8, 9 y 10.

III.- LA INTERVENCION DEL ESTADO EN LA PATRIA POTESTAD.

El Estado es respetuoso de la familia. Ha establecido los tribunales para que las controversias legales en general, incluidas las familiares, sean ventiladas en los mismos y se aplique debidamente la justicia. Interviene de esta forma en la vigilancia de la buena marcha familiar.

Esta intervención del Estado ha llevado en ocasiones a la supresión de la patria potestad como institución y la anulación de los derechos de los padres en aras de los intereses del Estado, de lo que han surgido diversas doctrinas que son:

SOCIALISTAS.- En estos regimenes los derechos recíprocos de padres e hijos tienen su base en la consanguinidad, es decir independientemente de que esos últimos hayan sido o no procreados dentro del matrimonio. Los derechos paternos deben ejercerse en interés de los hijos y de no ser así, el tribunal puede privar a los progenitores de tales derechos. Se dispone también que los padres cuiden de sus hijos menores de edad y en particular de su educación y preparación para actividades socialmente útiles. La defensa de los intereses personales y patrimoniales de los hijos menores de edad incumbe a los padres quienes tienen la facultad de representarlos ante los tribunales y demás instituciones e igualmente de atender a su manutención en la medida de sus capacidades económicas y si faltan a este deber, el cumplimiento del mismo puede ser reclamada en la vía judicial. (1)

(1) Artículos 25, 33, 41 y 48 del Código de Matrimonio, La Familia y la Tutela de la R.S.F.S.R. (República Socialista Federada Soviética Rusa).- Tomado de Legislación Soviética Moderna.- Unión Tipográfica, Edit. Hispano-Americana.- México. Págs. 34, 35 y 36.

PONTIFICIA.- El cristianismo defiende los derechos paternos, condena los abusos del Estado y proclama el deber de respetar a la autoridad paterna (León XIII y Pío XII). La patria potestad no puede ser extinguida, ni absorbida por el Estado (Pío XII). Los hijos son como algo del padre, una extensión del mismo y forman parte de la sociedad civil, - por haber nacido dentro de la familia (León XIII).

Dentro de esta corriente, no han faltado voces autorizadas - - para rechazar la intervención del Estado y como base principal para defender éste criterio se apoyan en Barassi (1), quien señala que la familia - es anterior al Estado, por lo que existe la patria potestad antes que el Estado. Siendo así, la potestad constituye una función natural anterior, que el Estado, por lo mismo, no puede abolir. El Estado puede cumplir -- con sus funciones de protección y dirección y puede suplir la ausencia - de los padres cuando los niños sean expuestos ó abandonados; en estos casos el Estado debe de intervenir en forma justa para que se le prive al - padre de la patria potestad, siempre y cuando exista causa justificada, - debidamente sancionada por la Ley.

(1) José María Castán Vázquez, Edit. Madrid, Vol. XXXIII, págs. 50 a - 56.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD Y SU PERDIDA EN EL DERECHO MEXICANO.

I.- CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884.

Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 guardan una gran similitud. El Código Civil de 1870, que fue el primero que estuvo vigente en el Distrito Federal, prevaleció por 14 años hasta 1884 en que entró en vigor el nuevo Código. Este Código estuvo vigente sobre la materia hasta el año de 1917 en que fue promulgada la Ley sobre Relaciones Familiares.

Los dos Códigos a que se hace mención se caracterizan por dar una gran preeminencia al marido en la relación matrimonial; de ahí, que el ejercicio de la patria potestad sobre la prole esté a cargo de los ascendientes por la línea paterna.

El Código de 1884, que es al que nos referiremos más ampliamente, establece la preeminencia masculina. De acuerdo con los artículos 191, 192, 195, 197 y 198, corresponde al marido la autoridad en el hogar incluso la esposa le debe obediencia y él es quien se encarga de la administración de los bienes comunes, y así mismo a cargo de quien está el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos que han sido procreados.

El mismo ordenamiento legal establece en el artículo 363, que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben respeto y honra a sus padres y a sus demás ascendientes; agregando el artículo 364 que a los hijos menores de edad están bajo la patria potestad de los ascendientes a que corresponda la misma, conforme al orden prelativo establecido en la Ley.

Los artículos 365 y 366 hacen referencia a las personas a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad; el orden es el siguiente:

"ARTICULO 366.- La Patria Potestad se ejerce:

- I. Por el Padre.
- II. Por la Madre.
- III. Por el abuelo paterno.
- IV. Por la abuela paterna.
- V. Por el abuelo materno.
- VI. Por la abuela materna."

El orden anteriormente establecido tiene carácter subsidiario, de modo que solamente entran al ejercicio de la patria potestad los posteriormente autorizados, cuando los que tengan ese derecho en primer lugar, no puedan ejercerlo ya sea por muerte, interdicción o ausencia.

Como puede apreciarse, el ejercicio de la patria potestad no corresponde por parejas, como sucede dentro de nuestro actual Código Civil, sino que es llamado preferentemente el padre y sólo en su ausencia corresponde a la madre dicho ejercicio; después de los padres, el derecho reposa en el abuelo paterno, a falta de éste la abuela materna entra en el ejercicio de la patria potestad, y lo mismo ocurre tratándose de abuelos maternos.

Además, como es fácil advertir, para el ejercicio de la patria potestad se prefiere a los abuelos paternos respecto de los maternos, lo cual significa una nueva preferencia en favor de la línea paterna.

EFFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD.-

Por lo que se refiere a los efectos de la patria potestad, -- éstos se proyectan en los dos sentidos tradicionales; es decir, con relación a la persona de los sujetos a ella y con relación a los bienes que pertenecen a los mismos.

Podemos percatarnos de que en lo que concierne a la persona -- de los sujetos a la patria potestad, el ejercicio se manifiesta en lo -- que se refiere a la representación legal de los menores, y así mismo en lo referente a la obligación a cargo de los titulares del derecho mencionado, de educar a los sujetos a ella, para lo cual se les faculta también para corregir a dichos menores, con la advertencia de que deben hacerlo en forma templada y mesurada (artículos 369 y 374). Por otro lado, en -- lo que se refiere a los efectos que la patria potestad produce respecto de los bienes de los sujetos a ella, de acuerdo con el ordenamiento que venimos examinando, los bienes del hijo, mientras se está sujeto a la -- patria potestad, se dividen en seis clases diferentes:

"ARTICULO 375.- Los bienes del hijo, mientras está bajo la -- patria potestad se dividen en seis clases:

- I. Bienes que proceden de donación del padre.
- II. Bienes que proceden de la herencia o legado del padre.
- III. Bienes que proceden de la donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o algunos de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

- IV. Bienes que proceden de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de -- personas extrañas aunque éstos y los de la tercera clase se hayan dado donado en consideración al padre.
- V. Bienes debidos a don de la fortuna.
- VI. Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto, sea cual fuere".

El régimen jurídico al que se sujeta a cada una de las categorías de bienes a que venimos haciendo referencia, está especificada claramente - dentro del Código:

"ARTICULO 376.- En la primera clase la propiedad pertenece al - hijo y la administración al padre. Este podrá conceder aquel la administración y señalarle en los frutos la porción que estime - conveniente. Si el padre no hace esta designación tendrá el hijo la mitad de los frutos".

"ARTICULO 377.- En la segunda, tercera, cuarta y quinta clase,- la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo del que --- ejerce la patria potestad. Este podrá sin embargo ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde o una y otra".

"ARTICULO 378.- Los bienes de la sexta clase pertenecen en propiedad, administración y en usufructo al hijo".

Hemos dicho que la persona que ejerce la patria potestad es el representante legítimo del que se encuentra sujeto a ella y, además, el administrador legal de los bienes que le pertenecen, en los términos -- prescritos por el Código: Pero el artículo 380 dispone que cuando el hijo tenga la administración de los bienes por la ley o por voluntad del -- padre, debe considerársele respecto de la administración de dichos bie-- nes, como emancipado.

Algunas otras importantes disposiciones contenidas en el articulado del Código, completan el régimen legal de los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, como es la cuestión relativa a que la concesión del usufructo al ascendiente le impone las obligaciones que -- establece el capítulo relativo del Código, pero además las generales que son a cargo de todos los usufructuarios. El mismo Código establece la -- manera como se extingue el usufructo concedido al padre y la obligación que este tiene de rendir cuentas de su gerencia al hijo, cuando éste -- haya alcanzado la mayoría de edad.

EXTINCIÓN, SUSPENSIÓN, MODO DE ACABARSE Y PERDIDA DE LA PATRIA

POTESTAD.-

La patria potestad esta sujeta a extinción y a suspensión, -- detallando el Código los casos en que se dan una y otra hipótesis.

COMO SE ACABA LA PATRIA POTESTAD.-

Por lo que se refiere a los modos de como acaba la patria potestad, el artículo 388 dispone:

"ARTICULO 388.- La Patria Potestad se acaba:

- I. Por la muerte del que la ejerce, si no -- hay otra persona en quien recaiga.
- II. Por la emancipación.
- III. Por la mayor edad del hijo".

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.-

En cuanto a la pérdida de la patria potestad tiene lugar en los casos que menciona el artículo 389:

"ARTICULO 389.- La Patria Potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerce es condenado a -- alguna pena que importe pérdida de este -- derecho.
- II. En los casos señalados por los artículos 245 y 248".

"ARTICULO 245.- Ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos -- bajo la patria potestad del cónyuge no culpable, pero si ambos lo fuesen y no hubiera otro ascendiente en el que recaiga la -- patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor conforme a -- los artículos 446, 447 y 458."

Sin embargo de lo dispuesto en los artículos anteriores, antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de -- los hijos, podrán acordar los tribunales a pedimento de los abuelos o -- hermanos mayores, cualesquiera providencia que se considere benéfica -- para los hijos menores.

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.-

Por lo que se refiere a la suspensión de la patria potestad, - el artículo 391 expresa:

"ARTICULO 391.- La Patria Potestad se suspende:

- I. Por la incapacidad declarada judicialmente y en los casos segundo y tercero del artículo 404.
- II. Por la ausencia declarada en forma.
- III. Por la sentencia condenatoria que imponga como pena ésta suspensión".

"ARTICULO 404.- Tienen incapacidad natural y legal:

- I. Los menores de edad no emancipados.
- II. Los mayores de edad privados de intelligencia por locura, idiotismo e imbecibilidad, como aún cuando tengan interválos -- lúcidos.
- III. Los sordomudos que no saben ni leer, ni escribir."

Aunque éstos artículos hablan de divorcio, hay que recordar que dentro del Código Civil de 1884. no existía el divorcio vincular, que es el que actualmente consagra nuestro Código Civil vigente, - - sino solamente la separación de cuerpos.

III.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.-

Continuamos con el estudio del abandono y de la exposición como causas de la pérdida de la patria potestad, por lo que nos abocamos al -- estudio de la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Esta Ley fue expedida el 9 de abril de 1917 y prolongó su vigencia hasta ser derogada por el artículo 9o. transitorio del Código Civil del 30 de agosto de 1928, -- que entró en vigor el 1o. de octubre de 1932. (1).

A continuación transcribiremos artículos que consideramos importantes y relacionados con el citado tema:

"ARTICULO 238.- Los hijos, cualesquiera que sea su estado, -- edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

"ARTICULO 239.- Los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde, según la Ley."

MODOS DE ACABARSE, PERDERSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.-

LA PATRIA POTESTAD SE ACABA:

"ARTICULO 259.- La Patria Potestad se acaba:

- I.- Por la muerte del que la ejerce, sino -- hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Por la mayoría de edad del hijo;

(1) Ley sobre Relaciones Familiares, de 1917. Edit. Andrade, S.A., 2a. - Edición 1964, Págs. 1, 51 a 54, 63 a 80.

III. Por la emancipación en los términos del artículo 475 (el matrimonio del menor produce la emancipación, aunque se divorcie)."

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.-

"ARTICULO 260.- La Patria Potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho, y en los casos señalados por los artículos 94 y 99 (Artículo 94: ejecutoriado el divorcio quedarán los hijos con el padre no culpable, si ambos fueren culpables se nombrará tutor. Artículo 99: El conyuge inocente no perderá los bienes)."

"ARTICULO 261.- Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa o les impone preceptos inmorales, o les dá ejemplos o consejos corruptores."

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.-

"ARTICULO 262.- La Patria Potestad se suspende:

- I. Por incapacidad declarada judicialmente en los casos II, III y IV del artículo 299 (referente a quienes tienen incapacidad natural y legal)."

IV.- CODIGO CIVIL DE 1928.-

Después de haber estudiado la Ley sobre Relaciones Familiares, - nos abocaremos al estudio del Código Civil de 1928.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el C. Plutarco Elías Calles, el 30 de agosto del año de 1928 expide el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en materia común, y - para toda la República en materia Federal.

El Código Civil para el Distrito Federal (los territorios se han convertido en Estados), en los artículos relativos al tema que nos interesa, dispone:

"ARTICULO 20.- La capacidad jurídica es igual para el hombre y - la mujer; en consecuencia la mujer no queda sometida, por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles".

Esto nos indica que la mujer tiene igual capacidad jurídica que el hombre, por lo que en este Código ya no dá preeminencia al varón, como ocurrió en los Códigos Civiles de 1870 y 1884; cuando el padre detentaba - el poder absoluto de la patria potestad; aquí la mujer tiene "igualdad jurídica con el hombre", el poder de éste ya no es absoluto.

La patria potestad corresponde sobre sus hijos a quienes los han procreado, pero también se puede llegar a ser titular de aquella mediante adopción, figura jurídica que regula básicamente el artículo 390 del Código Civil:

"ARTICULO 390.-El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aun cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que el adoptado y que acredite además:

- I. Que tiene medios bastantes para proveer a la -- subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo -- propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II. Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y
- III. Que el adoptante es persona de buenas costum- - bres. Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de - dos o más incapacitados o de menores e incapaci- - tados simultáneamente."

REGULACION DE LA PATRIA POTESTAD.-

Así es como llegamos a la regulación de la patria potestad.

"ARTICULO 411.-Los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad y - condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes."

Para el caso de adoptante y adoptado el artículo 395 ordena:

"ARTICULO 395.-El que adopta tendrá respecto de la persona y bie-- nes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos".

"ARTICULO 396.- El adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo."

Nuestro Código Civil vigente, a diferencia de lo que ocurrió con los Códigos Civiles de 1870 y 1884, admite la figura de la adopción. Concretamente el artículo 390 establece cuáles son los requisitos que han de -- satisfacerse para que una adopción proceda. Por lo que se refiere a la cuestión que específicamente nos interesa, de la transcripción efectuada de los artículos 395, párrafo primero, y 396, podemos advertir que entre el padre - adoptante y el hijo adoptivo se establecen la filiación entre padres e hijos.

Expresamente dispone el artículo 395 que el adoptante tiene respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos que posee un padre respecto de los hijos y, correlativamente, el artículo 396 establece que el adoptado respecto al adoptante, tiene las mismas obligaciones de un hijo para con sus padres. Adicionalmente el artículo 403 añade que si bien los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen con la adopción, si lo hace la patria potestad, que se transfiere al adoptante.

"ARTICULO 403.- Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excento la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges."

De las disposiciones legales anteriormente transcritas, debe concluirse que la adopción está hecha a imagen de la relación paterno-filial. Por lo tanto, de acuerdo con la ley, el adoptante adquiere la titularidad de la patria potestad respecto del adoptado y debe ejercerla de manera análoga a como procede para ello un padre con relación a su hijo.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.-

"ARTICULO 414.- La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- I. Por el padre y la madre.
- II. Por el abuelo y la abuela paternos.
- III. Por el abuelo y la abuela maternos."

El artículo anterior parece establecer un orden prelativo respecto a quien corresponde primeramente el ejercicio de la patria potestad a falta de padres, en tanto que señala en la fracción II a los abuelos paternos y en la III a los maternos. Actualmente el orden en que son mencionados los ascendientes paternos y maternos carece de relevancia, pues no significa en modo alguno que exista preferencia para los abuelos paternos respecto de los maternos, en lo que concierne al ejercicio de la patria potestad el artículo 418 aclara la cuestión, al disponer:

"ARTICULO 418.- A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414, en el orden que determine el juez de lo Familiar, tomando en cuenta las circunstancias del caso."

Lo anterior significa que de faltar los padres, corresponderá a la autoridad judicial después de examinar las aptitudes que presentan los ulteriores ascendientes, determinar si deben ser preferidos los abuelos de la línea paterna o bien deben ser preferidos los de la línea materna.

COMO SE ACABA, SE PIERDE Y SUSPENDE LA PATRIA POTESTAD.-

Nuestro Código Civil refiriéndose a la patria potestad, establece que ésta puede acabarse, perderse, suspenderse y también puede ser materia de excusa, con la aclaración de que la patria potestad no está sujeta a renuncia. En ocasiones se utilizan confusamente los términos acabar y perder, cuando son referidos a la patria potestad; conviene, sin embargo, distinguirlos nítidamente.

En cuanto al acabamiento de la patria potestad, este evento se da sin necesidad de que haya una conducta culpable que castigar; se debe simplemente a determinadas circunstancias que de hecho producen tal efecto. Dichas circunstancias se encuentran previstas en el artículo 443 -- que expresa:

"ARTICULO 443.- La patria potestad se acaba:

- I. Con la muerte del que la ejerce, si no - hay otra persona en quien recaiga;
- II. Con la emancipación derivada del matrimonio;
- III. Por la mayor edad del hijo."

Hipótesis distinta es la relativa a los casos en los cuales -- la patria potestad se pierde. La pérdida de la patria potestad implica - una conducta de quien ejerce la patria potestad, que amerita la privación del derecho de que venía gozando al respecto. El artículo 444, regula la pérdida de la patria potestad:

"ARTICULO 444.- La patria potestad se pierde:

- I. Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o - - cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;
- II. En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;
- III. Cuando por las costumbres depravadas de -- los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la -

salud, la seguridad o la moralidad de los - hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la Ley penal;

IV. Por la exposición que el padre o la madre - hicieren de sus hijos, o porque los dejen - abandonados por más de seis meses."

Queremos hacer especial hincapié en la fracción IV del artículo antes transcrito, porque reviste especial trascendencia para el tema que estamos desarrollando. La disposición legal, considera el "abandono" y la "exposición" por más de seis meses en un mismo plano, porque en ámbos supuestos se "pierde la patria potestad". Dichos conceptos son completamente distintos y en consecuencia deberían estar separados, ya que no es posible equiparar ámbas figuras, pues el abandono no implica el fin maléfico de producir la muerte al dejar al menor desamparado a su suerte, no hay el propósito inmediato y evidente de deshacerse de él. En cambio en la exposición se advierte la intención de hacer daño y dejar al menor en completo estado de desamparo, ya que es incapaz de cuidarse a sí mismo. Por éstos motivos no deben estar ámbos conceptos en igualdad de circunstancias, ya que son completamente distintos, como pretendemos demostrar. A continuación entraremos al estudio comparativo del abandono y la exposición.

CAPITULO CUARTO

ESTUDIO CONTRASTADO ENTRE ABANDONO Y EXPOSICION:I.- EL ABANDONO.-

1.- Noción de abandono (1).- Al paso del tiempo la doctrina ha ido clarificando poco a poco la noción de abandono y separándola de la exposición, hasta venir a constituir ambos conceptos dos figuras bien -- diferenciadas. Lo que caracteriza al abandono es que el propósito por -- parte del ascendiente o encargado del menor de deshacerse de él, sólo se va demostrando por el transcurso del tiempo. El abandono no está cons-- tituído por un acto único y violento, sino por una situación que se -- prolonga en el tiempo y que se puede manifestar tanto por el alejamiento material del menor, lo que constituye el abandono material, como por la despreocupación del cultivo del menor, de manera que no se ponga cui-- dado en que reciba educación, en que preserve su salud, en que sea debi-- damente alimentado, en que se le dé la orientación moral debida, etc.; -- en este caso se habla de abandono moral.

El abandono puede presentar diversas características; a veces se produce bajo el aspecto material, por no subvenir a las necesida-- des del menor o prestarle los cuidados debidos a su edad. En otros -- casos consiste en la despreocupación de los padres o de uno de ellos, -- respecto a la vida moral y espiritual del hijo.

El abandono implica una actitud negativa, un desprendimien-- to, un no preocuparse, sea en lo material o en lo moral. El abandono -

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Editorial Argentina, Págs. 34 y 12, 1954.

contiene dos aspectos que son el material y el espiritual. Se entiende por abandono material o moral o peligro moral, la iniciación por los padres, tutores o guardadores, en la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; como ejemplo, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales, etc. no habiendo cumplido 18 años de edad. En cuanto a lo espiritual, se entiende una educación negativa.

Al respecto, enunciaremos una tesis dictada por la Suprema Corte de Argentina: (1): "Por abandono, en un sentido más restringido, puede entenderse el desprendimiento de los deberes del padre o de la madre, sin alcanzar el extremo de la exposición. Como ésta, también el abandono puede alcanzar cualquier período de la vida del menor" (Suprema Corte BS. Art. 20-II-1928, S.A., T 28 Pág. 345).

Analizando el abandono encontramos que el Diccionario de Joaquín Escriche se refiere a dicha figura (2) diciendo: "La dejación o desamparo que uno hace, sea de una persona a quien debía cuidar, sea de una cosa que le pertenece, sea de una acción que había entablado en justicia".

"Los padres que abandonan sus hijos pequeños, echándolos a las puertas de la Iglesia y de los Hospitales o en otros lugares, pierden la Patria Potestad y todos los derechos que tenían sobre ellos, y no tendrán acción para reclamarlos de las personas que los hubiesen recogido ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, aunque se ofrecen a pagar los gastos que hayan hecho, a menos que el abandono hubiese sido efecto de extrema necesidad; pero no por eso se libentan de las obligaciones naturales y civiles para con dichos hijos, los cuales no pueden perder por la crueldad de sus padres lo derechos que les competen; Ley 4, Tit. 20, part. 4 y Leg.5, Tit. 37, Lib. 7 Nov. Recop."(3)

(1) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Edit. Argentina, Pág. 34, 1954.

(2) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Págs.4 y 5, 1954.

(3) Idem.

Esta forma de concebir el abandono obedece a una idea previa a la evolución que ya hemos aludido y que culminó con la distinción de los conceptos de abandono y exposición.

Por otro lado, hay que hacer notar que lo punible (castigable) en el abandono, sería el desamparo peligroso para la persona física del abandonado; a nuestro modo de ver, se encuentra "ausente la idea de poner en peligro" al incapaz, cuando se trata de abandono - propiamente dicho.

II.- LA EXPOSICION.-

Concepto de exposición (1).- "Es cuando el niño o niña ha sido hechado a las puertas de alguna iglesia, hospital, casa particular o en otro paraje público o privado, por no tener sus padres medios para criarle y mantenerle, o porque no se sepa quiénes son, o por cualquiera otra consideración que a ello los haya inducido".

La exposición es la forma más aguda del abandono. Implica dejar al menor en la situación de expósito, de hijo encontrado (de "en-fant-trouve", como dicen los franceses). Existe por parte del padre o la madre un desentendimiento evidente e inmediato del cuidado material y moral del menor, un abandono total y actual de la responsabilidad de los padres hacia los hijos.

La circunstancia objetiva de la exposición consiste en que se ponga en peligro a la persona física del menor y se circunscribe al ámbito de las personas obligadas a cuidar de él; como consecuencia el Código Penal para el Distrito Federal sanciona en su artículo 342, tal conducta:

(1) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Pág. 664, Edit. Norbajacaliforniana, Ensenada, B.C., 1974.

"ARTICULO 342.- Al que exponga en una casa de expósitos a un niño menor de siete años que se le hubiere confiado, o lo entregue en otro establecimiento de beneficencia o a cualquiera otra persona, sin anuencia de la que se lo confió o de la autoridad en su defecto, se le aplicarán de uno a cuatro meses de prisión y multa de cinco a veinte pesos."

Joaquín Escriche se refiere y lo llama exposición de parto - (1) : "En rigor es el abandono hecho en un lugar, público o privado, de un niño recién nacido; pero se entiende el abandono de un niño que, -- aunque no sea recién nacido, es todavía incapaz de proveerse por sí mismo a su subsistencia". De lo anterior se desprenden varias situaciones:

I.- Algunos padres, efectivamente, tienen la crueldad de desamparar a sus pequeños hijos, echándolos a las puertas de iglesias, - hospitales u otros lugares, o por carecer de facultades para criarlos, o por excusarse de la nota que habrá de causarles su nacimiento, con la esperanza de que los recogerán por piedad las personas que los encontraren. Con el fin de evitar en lo posible tan peligrosa exposición y aún los infanticidos, está mandado que a ninguna persona pública ni privada podrá detener, examinar ni molestar en manera alguna a los que llevaren niños para entregarlos en las inclusas, casas de maternidad - o establecimientos de expósitos.

II.- La exposición de parto ha sido siempre mirada como delito. La "Ley de Agnocendis Liberis, la compara al homicidio".

"La Ley del Fuero Real, ordena que si el niño expuesto muriere, por no haber quien lo tome para criarlo, incurre el que lo expuso en pena de muerte, como si lo matase".

(1) Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Págs. 662 y 663. Edit. Norbajacaliforniana, Ensenada, B.C., 1974.

De aquí puede inferirse que si a consecuencia del abandono resultare el niño herido o lesionado, debe ser castigado el que lo abandonó, como reo voluntario de aquella lesión o herida. Aunque no resultare muerto, herido ni lesionado el niño expuesto, será castigado con todo rigor el que le hubiere abandonado, especialmente de noche, a la puerta de alguna iglesia o de casa particular, o en algún lugar oculto; y sólo habrá menor pena en caso de que habiéndolo abandonado donde no tenga peligro de perecer, diere luego noticia al Párroco (o a la autoridad pública), personalmente o a lo menos por escrito, para que sin demora lo haga recoger.

III.- El que encontrare en la casa de su habitación algún niño expuesto, debe dar cuenta inmediatamente al Párroco; y siendo persona de buenas costumbres, de honesta familia y de algunas facultades, podrá quedarse, si quisiere, con el niño para criarlo y educarlo por caridad, bastando para ello la licencia por escrito de dicho eclesiástico, quien deberá dar parte de todo a la casa de expósitos y vigilar la asistencia y tratamiento que al niño se diere; - mas sin embargo, si dejare el prohijante al prohijado, sin previo aviso al Párroco para que provea, será castigado por la justicia, - según las circunstancias. Lo mismo ha de decirse del que encontrare un niño expuesto o abandonado en cualquier sitio público o privado, de modo que nunca debe quedar sin pena el que no prestare el auxilio que exige la humanidad al expósito, que se viere en peligro de perecer.

IV.- El padre o madre que expusiere o permitiere que sea expuesto su hijo legítimo o natural, además de las penas en que incurra según las circunstancias, y los resultados, pierde por el sólo hecho de la exposición la patria potestad, y todos los derechos que en vida o muerte tuviese sobre el hijo y sus bienes; de suerte que no tendrá acción para reclamar ni pedir su restitución, aunque ofrezca pagar los gastos que hubiese causado (Fuero Real).

El padre o madre que expone o permite exponer al hijo pierde la potestad y derechos que sobre él tenía; no por eso queda libre de sus obligaciones naturales y civiles para con el mismo,

V.- Si alguno pretendiera que un expósito es hijo de él, se admitirá justificación judicial y resultando bien probada la filiación legítima o natural, se remitirá con el auto declaratorio a la casa general o establecimiento en que se hallare el expósito, para los efectos que convinieran, pero sin que por ésto se haya de entregar el hijo a sus padres, ni éstos adquieran sobre él acción alguna.

Sin embargo, si el padre o madre hiciere constar ante la Justicia Ordinaria, con la expresa citación al Síndico o del Fiscal, - - "que no expuso al hijo sino por extrema necesidad", la cual puede verificarse por varias causas, podrá reclamarle y deberá serle entregado, resarciendo o no los gastos hechos, sobre lo que determinará la Justicia lo que le corresponda.

VI.- Si el padre o madre justificaren que la exposición del hijo fue hecho sin su consentimiento, no perderán su derecho en el hijo, ni en sus bienes; mas al pedir la restitución al que lo hubiese recogido, debe satisfacer los gastos de su crianza, salvo que éste los hubiere hecho sin ánimo de repetirlos; el expósito no debe pagar, el padre o madre lo haran hasta que el menor haya cumplido los 10 años, - pues los sucesivos se reputan compensados con los servicios. (Ley del Fuero Real).

VII.- El que criare al expósito no adquiere derecho alguno sobre él, ni sobre sus bienes, ni puede pedirle gastos de crianza, salvo que desde el principio lo manifieste, a lo que el expósito queda obligado.

VIII.- Todos los expósitos de ambos sexos, así los que hubieren sido presentados en las inclusas o casas de caridad, como los que hubieren sido abandonados en cualquier sitio público o privado, no teniendo padres conocidos son considerados como legítimos para todos los efectos civiles, sin excepción.

IX.- La Ley de Beneficiencia 1822, señala que lejos de perjudicar a aquellas personas que recogen a un niño, lo llevan a su casa y lo educan, ya sea expósito o abandono, se tendrá por obra digna de reconocimiento de la Nación. Que si estos pequeños obtuvieran herencia, las casas de beneficiencia cuidarán de sus bienes y con eso lo educarán y el sobrante cuando crezcan se les entregará.

EL DERECHO MEXICANO.-

Dentro del Derecho Mexicano y haciendo referencia no solamente al Código Civil cuyo ámbito de aplicación corresponde al Distrito Federal, sino también a la legislación Federal, el concepto de exposición se contrae a la persona del recién nacido o al menos de un niño de muy corta edad, que es abandonado a su suerte mediante un acto evidente de inmediato propósito. Podemos decir que dentro de nuestro Derecho la exposición admite la variante de que el menor sea entregado a una inclusa, casa de asistencia, etc., pero también con el propósito de que permanezca en dicho lugar o sea adoptado por un tercero, pero de manera -- que la persona que ha hecho la exposición haga palpable su intención -- de desentenderse definitivamente del menor, de manera que en apariencia no hará ninguna gestión en el futuro para recuperarlo. Debemos partir de que el menor expósito es, en principio, el infante de corta edad abandonado por personas cuya identidad se desconoce, abandono que puede ocurrir dejándolo al menor en el más completo desamparo o bien poniéndolo en algún lugar en donde es factible que en breve, él reciba auxilio. -- Respecto de éste primer caso, el artículo 65 del Código Civil para el Distrito Federal señala:

"ARTICULO 65.- Toda persona que encontrare un recién nacido o en cuya casa o propiedad fuere expuesto alguno, deberá presentarlo al Juez del Registro Civil con los vestidos, valores o cualesquiera otros objetos encontrados con él, y declarará el día y lugar donde lo hubiere hallado, así como las demás circunstancias que en su caso hayan concurrido, dándose además -- intervención al Ministerio Público."

Hecha la transcripción, es de hacer notar que el artículo expresamente habla de un recién nacido y agrega que éste pudo haber sido expuesto en determinadas circunstancias; es decir, usa la palabra exposición, para calificar el estado de abandono que reseña el propio arti-

culo. Por otro lado, la disposición de que se de al Agente del Ministerio Público intervención, es sobre todo para el efecto de que pudiera existir algún delito que perseguir, como sería el caso de que se configurara el abandono de persona.

El Artículo 68 agrega:

"ARTICULO 68.- Si con el expósito se hubieren encontrado papeles, alhajas u otros objetos que puedan conducir al reconocimiento de aquel, el Juez del Registro Civil, ordenará su depósito ante el Ministerio Público respectivo; mencionándolos en el acta y dando formal recibo de ellos al que recoja al niño".

Como se ve, se trata de un niño encontrado, como dirían los franceses. La precaución de que se pongan a resguardo los objetos personales del menor o que vinieran con él, es una previsión tendiente a que pueda ser con posterioridad identificado, si es que pueden ser localizados sus familiares.

Pero no solamente tiene el carácter de expósito quien se encuentra en la situación dicha, llendo a la Ley de Nacionalidad y Naturalización, el artículo 55 dispone:

"ARTICULO 55.- Se presume mientras no haya prueba en contrario, que el niño expósito hallado en territorio mexicano ha nacido en éste".

Nuevamente se visualiza la presencia de un infante que es "hallado", es decir, dicho menor se encuentra sin ningún amparo; si el menor hubiera sido encontrado en poder de alguna persona o bien depositado en una institución protectora, ya no hubiera sido hallado que es la expresión utilizada por el Código, que además califica a dicho menor de expósito.

Es también expósito el menor que de manera voluntaria es entregado en una inclusa, pero con carácter definitivo.

Al respecto el artículo 66 del Código Civil señala:

"ARTICULO 66.- La misma obligación tienen los jefes, directores o administradores de los establecimientos de reclusión, y de cualquier casa de comunidad, especialmente lo de los hospitales, casas de maternidad e inclusas, respecto de los niños nacidos o expuestos en ellas y en caso de incumplimiento, la autoridad delegacional impondrá al infractor una multa de diez a cincuenta días del importe del salario mínimo legal fijado en el lugar correspondiente".

Debe destacarse que en este caso la integridad física del niño no corre peligro, ya que está a resguardo en un establecimiento de los que mencionan. Esta permisión seguramente tiene una inspiración profundamente humana; concretamente el propósito de salvar al infante de que pueda ser dejado a su suerte, con el consiguiente peligro para su integridad corporal. Sin embargo, esta disposición parece contradecirse con el artículo 448 del Código Civil, conforme al cual la patria potestad no es renunciable, porque la entrega del menor en la inclusa vendría a significar una renuncia de dicha patria potestad, pues los menores acogidos en los establecimientos del tipo mencionados quedan sujetos a la tutela de los Directores de dichos centros, según lo dispone el artículo 433 del Código Civil. Sin desconocer la irrenunciabilidad de la patria potestad, estamos de acuerdo en que la medida de legislador es atinada, pues en última instancia evita que muchos menores puedan sufrir las consecuencias del desamparo a que pueden verse sujetos, cuando son rechazados por sus progenitores.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA.- Dentro del Derecho Romano Antiguo, la patria potestad era concebida como un poder omnímodo del pater-familias, que incluso le confería el llamado jus vite nascisque o sea el derecho a la vida del recién nacido . Cuando el pater familias negaba a éste el acceso a la familia, tal decisión podía implicar muchas veces la muerte del infante.

SEGUNDA.- Con el paso del tiempo fue menguando el derecho del pater-familias de abandonar o exponer a sus descendientes y, por la suavización de las costumbres, la patria potestad fue deviniendo paulativamente en una institución de contenido muy próximo al que ahora le atribuyen las modernas legislaciones.

TERCERA.- El advenimiento de la Edad Media significa un retroceso jurídico, porque el derecho creado en esta época estuvo lejos de alcanzar la perfección que había logrado el Romano. En España la legislación Visigoda, bajo la influencia del cristianismo, estuvo matizada por el propósito de proteger a los hijos menores de los excesos que respecto de ellos pudieran cometer sus ascendientes y así se prohibió al padre vender o matar a su hijo e inclusive si lo castigaba cruelmente, ello lo exponía a perder la patria potestad . El padre no estaba autorizado para abandonar o exponer a su hijo.

CUARTA.- En la época moderna el Derecho tendió a humanizarse cada vez más, reconociéndose que los padres si bien tenían derecho sobre sus hijos, también soportaban la obligación de educarlos

convenientemente y subvenir sus necesidades. Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 vigentes en el Distrito Federal, se plegaron a esta línea de pensamiento.

QUINTA.- Contemporáneamente y en una tendencia que es universal, la patria potestad es vista más que como un conjunto de derecho, como una serie de obligaciones a cargo de los ascendientes - para proveer al sustento y educación de la prole. El abandono o la exposición de los hijos es considerada inadmisibles por el legislador.

SEXTA.- Dentro de nuestro Código Civil se hace patente la intención de considerar la patria potestad como cierto número de -- facultades cuyo propósito casi exclusivo es el de dotar a los ascendientes de los instrumentos idóneos para que puedan cumplir con la alta finalidad de proteger y guiar a sus hijos. La patria potestad es considerada por el Artículo 448 como irrenunciable y el Artículo 444 fracción IV sanciona la exposición y el abandono de los hijos, - con la pérdida de la patria potestad para el padre o la madre que incurran en ello.

SEPTIMA.- La pérdida de la patria potestad impuesta como sanción en el caso de la fracción IV del Artículo 444, si bien implica la privación del ascendiente de todo el derecho sobre su descendiente, mantiene en todo su vigor la obligación alimentaria.

OCTAVA.- La fracción IV del Artículo 444 señala como causa de la pérdida de la patria potestad tanto el abandono como la exposición del hijo, conceptos que son diferentes y deben ser nítidamente distinguidos. El abandono puede ser físico o moral; en el -

primer caso significa el alejamiento del ascendiente respecto del menor, pero sin que sea evidente el propósito de deshacerse de él en forma inmediata, circunstancia ésta que permite distinguirlo de la exposición, - que es un acto violento e inmediato, a través del cual se deja a un menor de corta edad a su propia suerte, con la intención evidente de no ocuparse más de él.

NOVENA.- La fracción IV del Artículo 444 al referirse primero a la exposición y después al abandono, lo hace deliberadamente para aludir a dos figuras diversas; para la caracterización del abandono, el precepto indicado requiere del transcurso de seis meses, lo que no exige para la exposición.

DECIMA.- En cuanto a la noción de expósito, entendemos por tal al menor de edad recién nacido o que no ha llegado a los siete años, que es dejado a su suerte, generalmente por sus ascendientes con el propósito directo e inmediato de romper toda relación con él.

DECIMA PRIMERA.- Consideramos que el hecho de la exposición -- reviste mayor gravedad que el del abandono físico, porque en el primer caso el acto expositivo pone en peligro la salud y aún la vida del menor, lo que no acontece en el segundo. De lo anterior que proponemos se añada al Artículo 444 una fracción V, para disociar los casos de abandono y exposición e incrementar la sanción que deba imponerse a los ascendientes en este postrer caso.

DECIMA SEGUNDA.- En concreto proponemos para que el Artículo 444 a que se viene aludiendo, la siguiente redacción:

"ARTICULO 444.- La Patria Potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283.
- III.- Cuando por las costumbres derravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal.
- IV.- Por el abandono, que el padre o madre hicieren de sus hijos, por más de seis meses.
- V.- Por la extorsión que hicieren el padre o la madre de sus hijos; además, los mismos ascendientes perderán el derecho a que se les proporcionen alimentos, a -- que se refiere el artículo 304."

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Areas, José.- Manual de Derecho Romano.
- 2.- Bonecasse Julien.- Elementos de Derecho Civil, Tomo I, Editorial José M. Cajica, Puebla, Pue. México, Vol. XIII, 1945.
- 3.- Bonfante, Pietro.- Instituciones del Derecho Romano, Edit. Reus. Centro de Enseñanza y Publicaciones, S.A., Madrid-España, 2a. Edición, 1959.
- 4.- Cabanellas, Guillermo.- Diccionario de Derecho Usual, Tomo I, 7a. Edición, Editorial Eliastas, S. de R.L., Buenos Aires, Argentina, 1972.
- 5.- Carbonnier, Jean.- Derecho Civil, Tomo I, Volúmen 2, Bosch, Casa Editorial Urgel, Barcelona, España, 1961.
- 6.- Castán Tobeñas, José.- Derecho Civil Español Común y Foral, 8a.- Edición, Vol. II, Tomo 5o. Editorial Madrid-España, 1939.
- 7.- Castán Vázquez, José María.- La Patria Potestad, Editorial Madrid España, Volúmen XXXIII.
- 8.- Castro Zavaleta, Luis Muñoz Salvador.- Comentarios al Código Civil de 1928, Editorial Cárdenas, 1974.
- 9.- Código Civil de 1870.
- 10.- Código Civil de 1884.
- 11.- Código Civil de 1928.
- 12.- Código de Matrimonio, de la Familia y la Tutela de la R.S.F.S.R.- Legislación Soviética, Moderna.- Unión Tipográfica, Edit. Hispano Americana.- México.
- 13.- Couto Ricardo.- Derecho Civil Mexicano; Tomos I y II, Editorial - La Vasconia, 1919.
- 14.- De castro y Bravo Federico.- Derecho Civil de España, Tomo II, Madrid-España, 1952.
- 15.- De Diego Clemente, F.- Derecho Civil Español, Tomo II, Editorial Madrid, Imprenta de Juan Pueyo, 1930.
- 16.- Escribiche, Joaquín.- Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia, Editorial Impresora Norbajacaliforniana, Ensenada, B.C. 1974.

- 17.- Ley de Nacionalidad y Naturalización. Edit. Andrade, S.A. 1982.
- 18.- Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.- 2a. Edición, Ediciones Andrade, S.A., 1964.
- 19.- Ludwig Enneccerus - Theodor Kipp y Martín Wolff, Tratado de Derecho Civil, Tomo I y II, Barcelona-España, 1961.
- 20.- Mazeaud.- Lecciones de Derecho Civil.- Vol. III, Ediciones Jurídicas Europeas, Buenos Aires, Argentina, 1959.
- 21.- Messineo.- Manual de Derecho Civil y Comercial, Tomos I y II, Derecho Italiano.
- 22.- Omeba.- Enciclopedia Jurídica.- Tomo I, Editorial Argentina, Buenos Aires, Arg. 1954.
- 23.- Petit Eugene.- Tratado Elemental de Derecho Romano, Editorial Nacional, 1971.
- 24.- Planitz Hanz.- Derecho Privado Alemán.
- 25.- Valverde y Valverde Calixto.- Tratado de Derecho Civil Español.- Tomo IV, 3a. Edición, 1926.
- 26.- Verdugo Agustín.- Principios de Derecho Civil Mexicano, Tomos I y II, 1886.