

Fig: 95

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ACATLAN”



NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARCO ANTONIO GONZALEZ CHAVEZ

NUM. DE CUENTA 7703248-1
DIRECTOR: LIC. RAUL PEREZ RIOS
ACATLAN, MEXICO 1986



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 está 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.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

	<u>PAGINA</u>
I. NOCION DE LA PATRIA POTESTAD	
1. Definición y Concepto	3
2. Sus Fines	10
II. EVOLUCION	
1. Sentido Romano	14
2. Edad Media (Derecho Anglosajón)	22
3. Epoca Clásica (Francia)	32
4. España	36
5. México Colonial	41
6. Códigos de 1870 y 1884	47
7. Código de 1932	61
8. Reformas Ultimas	76
III. PROBLEMAS ACTUALES DE LA PATRIA POTESTAD	
1. No es una Potestad	83
2. Es una Obligación	88
3. Sentido Social de la Patria Potestad	91
4. Paternidad Responsable	94
IV. NUESTRA TEORIA	
1. El Derecho se Adecua a la Realidad Social	98
2. Nuestra Sociedad Concibe a la Patria Potestad Como un Deber hacia el Hijo y Hacia la Sociedad	100
3. Luego la Patria Potestad es ...	103
CONCLUSIONES	106
Bibliografía	108
Legislación y Jurisprudencia	110

INTRODUCCION

El tema presentado en este trabajo, refleja el interés de su autor, por la regulación que sobre la patria potestad hace nuestra Legislación, que como ordenadora de la forma de vida de la sociedad, trata de adecuarse a la época de que se trata, procurando cada vez más, la protección del menor de edad, quien debido a su inexperiencia, necesita de los cuidados y atención de aquellas personas que por naturaleza se encuentran obligadas a proporcionárselos.

Así pues, se hace un recorrido por las distintas etapas del desarrollo del derecho, empezando en la antigua Roma, lugar donde tuvo origen la institución que se estudia, atravesando por el derecho Anglosajón de la edad media; por Francia en la época clásica, donde el Código de Napoleón da un salto en pro de la evolución del derecho; por España y luego por el México Colonial, en donde se refleja el pensar del derecho español de aquella época, y por el México Independiente en donde se analizan los distintos Códigos que ha tenido nuestro país, así como sus reformas.

De esta manera, llegamos al concepto actual de la Patria Potestad, que la considera como función social, adecuando su reglamentación a las necesidades sociales, aunque como se verá, aún queda mucho por hacer en esta materia.

I.- NOCION DE LA PATRIA POTESTAD.

DEFINICION Y CONCEPTO

La expresión patria potestad se deriva del latín " Patrius ", a, um, lo relativo al padre, y " potestas " que quiere decir potestad que a su vez significa " dominio, - autoridad, poder ".²

La patria potestad nace en Roma, se le conocía con el nombre de " patria potestas " y constituía un verdadero poder casi ilimitado que tenían el padre o el abuelo sobre el hijo.³

Al respecto Ulpiano decía "es llamado padre de familia quien tiene en casa el dominio, y ese apelativo le es dado aún cuando carezca de descendencia ".⁴

El concepto que se tiene sobre la patria potestad es completamente distinto al que originalmente se le dió. Así pues, como se verá más adelante, en la antigua Roma, cuna de la Institución tratada, la " patria potestas " se otorgaba vitaliciamente en favor del pater familias, por el solo hecho de tener éste el señorío en la casa. En la actualidad -

- 1.- Ibarrola De Antonio. "Derecho de Familia" México, Porrúa, S.A. 2a. Edición. 1981. Pág. 415.
- 2.- García-Pelayo y Gross, Ramón. "El Pequeño Larousse" España, Larousse. 10a. edición. 1982. Pág. 708.
- 3.- Margadant S. Guillermo Floris. "El Derecho Privado Romano" México, Esfinge, S. A. 10a. edición, 1981. Pág. 200.
- 4.- Ibarrola, De Antonio. Opus Cít. Pág. 415.

tiene su origen en la filiación derivada de la procreación o de la adopción y se dá en beneficio del hijo menor de edad - no emancipado con la finalidad de protegerlo.

DIFERENTES DEFINICIONES

1.- Planiol.- " Es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales ".⁵

Explica Planiol que éstos derechos y deberes se confieren a los padres como consecuencia de los deberes que tienen que cumplir y es en razón de las obligaciones a cargo de los padres, que se resumen en la " educación del hijo "⁶., a lo que podríamos agregar que también deben tomarse en cuenta los alimentos.

2.- Colín y Capitán.- " Es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que están obligados ".⁷

3.- Galindo Garfías.- " Es una institución establecida por el derecho con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente... su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil) ".⁸

- 5.- Galindo Garfías, Ignacio. "Derecho Civil" Primer Curso. México. Porrúa, S.A. 5a. edición. 1982. Pág. 655.
- 6.- Flores Gómez G. Fernando. "Introducción al Estudio del Derecho y Derecho Civil" México, Porrúa, S.A. 3a. edición 1981. Pág. 119.
- 7.- Galindo Garfías, Ignacio. Opus Cit. Pág. 655 y 656.
- 8.- Idem. Pág. 655.

4.- Rafael de Pina.- " Es el conjunto de las facultades que suponen también deberes, conferidas a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria ".⁹

5.- Francesco Messineo.- " Es un conjunto de poderes a los que corresponden otros tantos deberes, en los cuales actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente capacidad para obrar ".¹⁰

6.- Fernando Flores Gómez.- " Conjunto de derechos y deberes concedidos por la ley a los ascendientes sobre la persona y bienes de los sujetos a ella, mientras estos son menores ".

Además, Flores Gómez destaca que " el -- vínculo jurídico de la patria potestad se da entre los padres y cada uno de los hijos menores no emancipados por lo que deberá haber tantas relaciones de patria potestad como hijos se -- tengan ".¹¹

En este mismo sentido Francesco Messineo opina que " si los hijos son más de uno, la patria potestad no asume el carácter de poder múltiple (o acumulativo) debe considerarse que se tienen tantas potestades cuantos son los hijos, o sea, una suma de poderes de contenido idéntico, pero distintos ".^{11 bis}.

9.- De Pina, Rafael. "Elementos de Derecho Civil Mexicano", Vol. Primero. México, Porrúa, S. A. 8a. edición. 1977. Pág. 373.

10.- Messineo, Francesco. "Manual de Derecho Civil y Comercial" Tomo III. Buenos Aires, Arg. Ediciones Jurídicas Europa América, 1971.

11.- Opus Cit. Pág. 119.

11 Bis- Opus Cit. Pág. 136 y 137.

Clemente de Diego.- "Es el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de éstos".¹²

En las definiciones antes enumeradas, vemos - que se trata indistintamente de derechos, poderes o facultades, - asociadas a deberes para permitir que los padres cumplan con sus obligaciones de asistencia y educación del menor.

Es importante destacar que los derechos otorgados a los ascendientes que ejercen la patria potestad, se dan - en razón de la obligación que tienen para con sus descendientes - y sólo para que mediante el ejercicio de esos derechos puedan cumplir con sus deberes.

Los deberes a que se hace referencia son:

a) Dar alimentos,¹³ los cuales comprenden comida, vestido, habitación, asistencia y educación¹⁴ (entendida - ésta como preparación).

b) Guarda o custodia del menor.¹⁵

c) Guarda y administración de los bienes del menor.¹⁶

d) Educarlo convenientemente,¹⁷ observando, - además una buena conducta que le sirva de buen ejemplo.¹⁸

Para que aquellos que ejercen la patria potestad puedan cumplir con sus obligaciones, la ley les concede:

a) Derecho de representación.- Consistente en la facultad que la Ley otorga a quienes ejercen la patria potestad para representar ante toda clase de autoridad a los que se encuentran sujeta a ella.¹⁹

12.- Muñoz, Luis y Castro, Salvador "Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California", México, Cárdenas Editor y Distribuidor. 1974, Pág. 347.

13.- "Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal". Leyva, Gabriel y Cruz Ponce, Lizandro. México. Colección Themis-Chapultepec, primera edición. 1978. Art. 303.

14.- Idem. Art. 308

15.- Idem. Art. 413

16.- Idem. Art. 425

17.- Idem. Art. 422

18.- Idem. Art. 423

19.- Idem. Art. 425

b) Derecho de Corrección.- Otorgado por la -
Legislación vigente a los ascendientes para que éstos mediante -
castigo o amonestaciones, enmienden la conducta de sus descendien-
tes. ²⁰

c) Derecho de Usufructo.- Es la prerrogativa
que tienen los padres para usar de los productos o rentas de los
bienes del menor sujeto a la patria potestad de ellos. ²¹

Los menores tienen las siguientes oligacio-
nes y prohibiciones:

- a) Deberán honrar y respetar a sus ascendientes. ²²
- b) No podrán dejar la casa de los que ejercen -
la patria potestad sin su permiso o sin que medie decreto judicial
para ello. ²³
- c) Les está prohibido comparecer en juicio, y
contraer obligación alguna sin el consentimiento de los que ejer-
cen sobre ellos la patria potestad, dado en forma expresa. ²⁴

El ejercicio de la patria potestad puede ser
clasificado en dos aspectos a saber:

Según el Código Civil vigente para el Distrito
Federal:

- 1° Sobre la persona del hijo.
- 2° Sobre los bienes del hijo.

De acuerdo a la clasificación de Fernando -
Flores Gómez, ²⁵ respectivamente:

- 1° Contenido personal.
- 2° Contenido patrimonial.

Por su parte Rafael de Pina la distingue como: ²⁶

1° Aspecto de protección de los intereses espi
rituales (asistencia formativa).

20.- Código Civil Citado. Art. 423

21.- Idem. Art. 430

22.- Idem. Art. 411

23.- Idem. Art. 421

24.- Idem. Art. 424

25.- Opus Cit. Pág. 120

26.- Opus Cit. Pág. 373

2° aspecto de protección de los intereses materiales (asistencia protectora).

De estas tres clasificaciones se puede deducir una sola, tomando en cuenta, que ésta última sería una subdivisión del punto 1° de las otras dos, quedando como sigue:

1° Sobre la persona del hijo o contenido-personal:

a) "aspecto de protección de los intereses espirituales". Los padres tienen la obligación de observar una adecuada conducta que sirva de buen ejemplo al hijo y educarlo convenientemente, para lo cual tienen la facultad de corregirlos.

b) "Aspecto de protección de los intereses materiales", entendidos como tales, la guarda y custodia física del menor, así como también la obligación por parte de los ascendientes de dar alimentos a sus descendientes menores.

2° Sobre los bienes del hijo o contenido-patrimonial, referido éste, al deber de guarda y administración que tienen los que ejercen la patria potestad, sobre los bienes del menor sujeto a ella, para lo cual la Ley les concede el derecho de representación del menor y como paga o recompensa por su administración, les otorga el derecho al 50% sobre el usufructo de los bienes del menor, (ver pág 69).

La patria potestad puede acabarse, perderse, suspenderse y excusarse.

Al respecto, tanto Rafael de Pina²⁷ como Flores Gómez²⁸, clasifican los modos de acabarse la patria potestad en dos:

1.- Absolutos, en donde la patria potestad se extingue.

2.- Relativos, que tratan solo de la pérdida de la patria potestad, misma que puede ser recobrada cuando se extinga la causa que dió origen a la pérdida.

1.- Modos absolutos.

a) Por muerte de los sujetos de la relación.

b) Por la emancipación derivada del matrimonio.

c) Por la mayor edad del sujeto a la patria potestad.

d) Por excusa cuando quién la ejerza tenga 60 años cumplidos.

e) Por pérdida cuando quién la ejerce sea condenado dos o más veces por delitos graves.

2.- Modos relativos.

a) Por condena expresa a la pérdida del ejercicio de la patria potestad.

b) Por sentencia en casos de divorcio.

c) Por incapacidad declarada judicialmente.

d) Por quien la ejerza sea declarado en concurso.

e) Por excusa cuando quién la ejerce no pueda atender debidamente al desempeño de sus funciones debido a su mal estado habitual de salud.

27. Opus cit. pág. 381

28. Opus cit. pág. 125

SUS FINES

Los fines que persigue la institución de la patria potestad, no siempre han sido los mismos, como veremos más adelante, pero en la actualidad, pueden resumirse en los siguientes:

I-Cuidar de la persona del menor.

a) dirigir su educación.

b) procurar su asistencia.

II-Cuidar de los bienes del menor.

a) conservarlos

b) restituirlos

I.- Cuidar de la persona del menor.

Al respecto, el código civil vigente para el Distrito Federal, establece en su artículo 413 que el ejercicio de la patria potestad queda sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten, de acuerdo con la Ley sobre previsión social de la delincuencia infantil en el Distrito Federal.

a) Dirigir su educación.- Los padres o ascendientes siempre deberán educar de forma conveniente a sus hijos - sujetos a la patria potestad, para lo cual deberán observar una - conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo, además de proporcionarles por lo menos la instrucción primaria y algún oficio, - arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.²⁹

b) Procurar su asistencia.- Los padres, y a falta ó imposibilidad de éstos, los ascendientes más próximos, - deberán dar alimentos a sus hijos,³⁰ así como también la asistencia requerida en caso de enfermedad.³¹

II.- Cuidar de los bienes del menor.

Los que ejercen la patria potestad tienen la administración de los bienes pertenecientes a los menores sujetos a ella,³² y ésta se dá, para que así puedan:

a) Conservarlos.- Los padres deben conservar los bienes de los menores sujetos a la patria potestad, razón -- por la cual, no pueden enajenar ni gravar los bienes inmuebles y muebles preciosos que sean del menor, si no es por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez.

"Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada - por más de 2 años; vender valores comerciales, industriales, -- títulos de rentas, acciones, frutos y ganados, por - -

29.- Código Civil citado. Arts. 308, 422 y 423.

30.- Idem. Art. 303

31.- Idem. Art. 308

32.- Idem. Art. 425

menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; -
hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria
de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de -
los hijos".³³

b) Restituírlos.- En efecto, los ascendien-
tes que ejercen la patria potestad deben entregar a los sujetos
a ella todos los bienes y frutos que les pertenecen, una vez -
que los menores se emancipen o lleguen a la mayor edad.³⁴

33.- Idem. Art. 436, segundo párrafo.

34.- Idem. Art. 442.

II.- EVOLUCION.

S E N T I D O R O M A N O

La patria potestad en el Derecho Romano era el poder (disciplinario) casi ilimitado que tenía el padre o el abuelo sobre el hijo.³⁵ Este poder, le daba a quién lo ejerciera, las siguientes facultades:

a) Derecho de vida o muerte.- El padre podía matar a su hijo, si para ello tenía una razón que lo justificara, de no ser así, se hacía acreedor a sanciones que imponían las autoridades gentilicias o del censor.

El Doctor Eugéne Petit cita un caso en el que un pater familias mató a su hijo, en éstos términos :

"En el imperio, Adriano castigó con la expatriación a un padre que, tendiéndole un cepo, mató a su hijo, culpable de adulterio con su suegra."³⁶

35.- Margadant S. Guillermo Floris. Opus Cit. Pág. 200

36.- Petit Eugéne.- "Tratado Elemental de Derecho Romano". Madrid, Saturno Calleja, S. A. 1940. Pág. 110.

b) Derecho de venderlo.- Justiniano permitía - que el padre vendiera a su hijo, por una situación de emergencia financiera, o también podía manciparlo a su acreedor en garantía, siendo la condición del hijo, parecida al del esclavo, aunque temporalmente, y sin dañar a su ingenuidad.

c) Derecho a la exposición.- El padre podía -- castigar a su hijo, reprendiéndolo en la plaza pública para - que todos se enteraran de su falta.

d) Derecho al abandono noxal.- Cuando el sujeto a la patria potestas cometía algún delito, el responsable - era el pater familias y debía responder como tal, pagando el - daño, sin embargo, podía entregar al hijo culpable al acreedor, para que reparara la falta mediante su trabajo.

Fue casi a finales del principado o monarquía- del imperio, cuando se limitó todo el poder que ejercía el pa- ter familias, a un derecho de corrección.

La patria potestas, entonces, recaía sobre la- persona del hijo y sobre sus bienes, de ésta manera, todo lo - adquirido por el hijo, ingresaba en el patrimonio del pater - familias, quién podía disponer de todo en la medida que quisie- ra.

Al respecto, el Lic. Agustín Bravo González y la Lic. Sara Bialostoski explican que:

"...la organización familiar en Roma está

fincada en beneficio del pater familias. - de modo que es el titular del patrimonio, todas las adquisiciones hechas por los - que se encuentran sometidos incrementan - ese patrimonio, pues ellos no pueden tener nada propio..."³⁷

Sin embargo, " este principio fue suavizado, - poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron confiados y por la creciente frecuencia de la emancipación ".³⁸

Los peculios, eran cantidades de dinero o bienes que se entregaban a los hijos o esclavos, para que con su trabajo los incrementaran.

Así tenemos que existen varias clases de peculios:

a) Peculio dado por el pater familias. Sobre éste particular el Dr. Floris Margadant escribe : " ... todo pater familias de cierta fortuna distribuía varios negocios suyos como peculios, entre sus hijos y esclavos más inteligentes.

La propiedad respectiva continuaba correspondiendo al pater familias, y las ganancias eran también para él; respecto a las pérdidas, en cambio sólo respondía mediante un acto de peculio,

37.- Bravo González, Agustín y Bialostoski, Sara. "Compendio de Derecho Romano" México, Pax novena edición, 1978. Pág. 41.

38.- Margadant S. Guillermo Floris. Opus Cit. Pág. 200

hasta por el valor del peculio, salvo excepciones. Por tanto, el pater familias, no podía perder más que su aportación..."³⁹

b) Peculio castrense.- Es la cantidad de dinero o bienes que obtiene el hijo por su actividad militar. Sobre éste, el hijo tiene la propiedad y en un principio corresponde al padre el usufructo sobre el mismo, sin embargo, en caso de muerte del padre, el hijo recibe ese usufructo sin que éste pase a formar parte de la masa hereditaria. Después, con Adriano, el padre ya no goza de ése usufructo.

c) Peculio cuasicastrense. Es el que se obtiene como paga por el desempeño de alguna función de carácter pública o eclesiástica, y tenía las mismas características del anterior.

d) La bona adventicia, que eran los bienes que adquiría el hijo en virtud de la herencia de su madre, sus abuelos, etc., otorgaba la propiedad de los bienes al propio hijo, pero la administración y el usufructo correspondían al padre, el cual tenía los casos de excepción siguientes:

1.- Que el donante de los bienes dispusiera expresamente que el usufructo tuviera alguna aplicación diferente o que se hiciera directamente al hijo.

2.- Que el autor de la herencia dispusiera que el usufructo no se aplicara al pater familias.

3.- Que el mismo padre renunciara a él en beneficio del hijo.

39.- Margadat S. Guillermo Floris. Opus Cit. Pág. 118.

Así, tenemos entonces, que el derecho al usufructo legal se extinguía por las mismas causas que la patria potestad, además que su manejo no requería garantizarse, a diferencia del usufructo común.

Son sujetos de la patria potestad:

I.- El pater familias, que era quién ejercía ese poder en la domus "se llama pater familias a áquel que tiene el señorío en su casa (domus) y se le designa correctamente con ése nombre, aunque no tenga hijo."⁴⁰

II.- El filius familiae, que era el sujeto a la patria potestad.

La persona a la cuál correspondía el ejercicio de la patria potestad, era el jefe de la familia (pater familias) quién también tenía otras potestades para con los demás miembros de su domus.

La evolución de la patria potestad en el Derecho Romano, puede resumirse en dos etapas:

1.- La unilateral, en la cual, el pater familias tenía todos los derechos que ese poder le otorgaba y prácticamente ninguna obligación hacía el hijo.

2.- La bilateral, en donde encontramos que tanto el padre como el hijo tienen derechos y deberes mutuos.

40 - Bravo González, Agustín.- Opus Cit. Pág. 37

Son fuentes de la patria potestad:

a) IUSTAE NUPTIAE.- Los hijos nacidos de la unión IUSTAE NUPTIAE caen bajo la potestad del padre, adquiriendo de ésta manera, el rango social de éste y su domicilio.

Se consideran hijos de IUSTAE NUPTIAE, los nacidos después de 182 días contados desde el comienzo de ésta unión o dentro de los 300 días contados a partir de la terminación de la misma.

Sin embargo, el presunto padre, puede probar que el nacido en esa forma no es hijo suyo, para lo cual, tendría que demostrar que le fue imposible tener contacto sexual con su esposa.

Al respecto, el Doctor Floris Margadant, hace mención a una controversia suscitada entre los romanistas:

"Entre los romanistas de los últimos siglos ha habido una famosa controversia sobre la condición del hijo nacido antes de los primeros 182 días del matrimonio. ¿Debe ser reconocido expresamente por el padre, como opina el gran pandectista Windscheid? ¿o hay una presunción de que el marido sea el padre, pudiendo éste, con una mera declaración, quitar eficacia a ésta presunción o, más bien, se exigirá del marido de la madre la prueba de que el hijo no puede ser suyo"

A éste respecto, si el padre no ha intentado o habiéndolo hecho no lograré comprobar que ese hijo no es suyo, se presume que si lo es y por lo tanto, cae bajo la patria potestad de aquel.

b) LEGITIMATIO.- Presupone una relación natural de padre a hijo, y por lo tanto sirve para establecer la patria potestad.

Existen en el Derecho Romano 2 formas para realizar la "Legitimatio".

1.- IUSTAE NUPTIAE

2.- ERRORIS CAUSAE PROBATIO.- Se daba cuando los cónyuges creen tener el CONNUBIUM⁴¹, nacido un hijo, lo prueban y su unión se transforma en Iustae Nuptiae.

Estas formas son señaladas por Agustín Bravo - González, sin embargo, Floris Margadant expone tres :

1.- Iustae Nuptiae

2.- Un Rescripto.- Este se daba cuando era imposible o poco recomendable el matrimonio y no se tenía hijos legítimos.

3.- La oblación a la curia, por medio de la cual concedían al padre la legitimación, siempre y cuando se comprometiera a que su hijo aceptara ser decurión, para lo cual tenía que ofrecer en garantía por la gestión de su hijo, bienes inmuebles de su propiedad.

c) Adopción, por la cual, "el pater familias adquiría la patria potestad sobre el filius familias de otro ciudadano romano. Este último debía prestar, desde luego, su consentimiento para ello."⁴²

41.- El connubium, era un requisito para el Iustae Nuptiae, que consistía en que ambos contrayentes debían ser de origen Patricio, y posteriormente, que tuvieran la ciudadanía Romana.

42.- Margadant S. Guillermo Floris. Opus Cit. Pág. 203.

d) ADROGATIO.- Es la que se daba, cuando un pater familias adquiría la patria potestad sobre otro pater familias.

La patria potestad se extinguía:

a) Por muerte de quién la ejercía.
b) Por muerte del sujeto a ella.
c) Por caer en la esclavitud cualquiera de los sujetos a ella. (Capitis deminutio maxima)

d) Por pérdida de la ciudadanía de cualquiera de los sujetos a ella (capitis deminutio media).

e) Por la Adrogatio del pater familias que la ejercía.

f) Por la adopción del sujeto a ella.
g) Por casarse con una hija cum manu.
h) Por nombramiento del sujeto a ella para desempeñar algunos cargos públicos o eclesiásticos.

i) Por emancipación.

j) Por condena judicial al pater familias.

En los casos señalados por los incisos a, h, i, y j, y en los marcados como c y d, cuando afectaban al pater familias el filius familiae se convertía en el nuevo pater familias.

E D A D M E D I A
(Derecho Anglosajón)

Para el Derecho Anglosajón, la patria potestad es un derecho y un deber establecido en beneficio tanto del menor hijo como del padre, ejercido a través del poder que tenía un padre sobre su hijo, poder al que llamaban "Munt".

El Munt, cuyo homónimo en Roma era la Manu, se deja sentir en el Derecho Anglosajón no como un poder ilimitado, sino como una manifestación más evolucionada de la prerrogativa que tiene el padre sobre su hijo, derivada de la filiación, dominio limitado por la propia ley, que en su búsqueda por una Institución más justa y acorde a la época, le impone toda una reglamentación en pro del hijo.

De ésta manera, encontramos que ya no es vitalicia, sino que termina cuando el hijo comienza una vida económicamente independiente o cuando la hija se casaba: "Emancipatio Juris Germánici".

El Munt correspondía exclusivamente al padre, sin embargo, al morir éste, pasaba a la madre, quien se subrogaba, por decirlo así, en todos los derechos y obligaciones derivadas de dicha Institución. No obstante lo anterior, la madre -

tenía, en vida del padre, la obligación y el derecho de cuidar y corregir al hijo (potestad accesoria).

Así, podemos definir a la patria potestad dentro del derecho anglosajón como "El derecho y deber irrenunciables e intransferibles derivados de la filiación, de cuidar de la persona y del patrimonio del hijo", dándole de ésta forma - un carácter tutelar por el cual el padre administraba el patrimonio del hijo, pero sin estar sujeto a las obligaciones del tutor (tuela paterna), y en cambio tenía el derecho de disfrute del patrimonio del hijo.

El ejercicio de la patria potestad, traía consigo el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, derecho que implica el de determinar su nombre, así como también, derecho y deber de educarlo, de vigilarlo y de determinar su residencia.

Debemos entender la educación a la que nos referimos como la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu.

La vigilancia va encaminada a prevenir de peligros al hijo y para evitar que el hijo cause daños a terceros.

Es importante destacar, que el ejercicio de la patria potestad comprende la representación del hijo, a excepción de cuando exista coalición de intereses, en cuyo caso, se nombrará al hijo, un curador para que lo represente en el asunto de que se trate.

Quien ejercía la patria potestad tenía sobre el hijo, el derecho de corrección que se manifestaba en el derecho de proceder por propia autoridad, pudiendo emplear la fuerza, - incluso para evitar la huida del hijo o para volverlo al domi--

cilio paterno.

Ya dijimos anteriormente, que la madre, aunque viviera el padre y éste tuviera el ejercicio de la patria potestad, tenía el derecho y la obligación de corregir al hijo, por lo que lo expuesto en el párrafo anterior también le era aplicable a ella.

Por otra parte, y atendiendo al derecho de cuidado y educación del hijo derivado de la patria potestad, quien la ejercía tenía la facultad de exigir la devolución de hijo - contra cualquiera que lo detuviera contra derecho.

Existía un tribunal de tutelas ante quien debía de acudir para que éste diera su aprobación para la realización de ciertos actos como:

- a).- Para impugnar el matrimonio del hijo incapaz.
- b).- Para entablar la demanda de divorcio del mismo.
- c).- Para entablar la demanda de supresión de comunidad conyugal.
- d).- Para la adopción del hijo por un tercero.
- e).- Para la solicitud de exoneración del hijo de la nacionalidad, al menos que el padre la solicite también para sí.
- f).- Para solicitar la declaración de muerte - del hijo.

Habíamos dicho que el padre y en su caso la madre (con las limitaciones que se señalan más adelante), tenían el derecho y la obligación de cuidar el patrimonio del hijo, derecho y obligación que traen aparejados el disfrute de los...

bienes del menor, aunque puede darse el caso de que quien ejerza la patria potestad tenga la administración y no el disfrute o viceversa, en cuyo caso, el derecho al disfrute sufrirá modificaciones esenciales.

El derecho y obligación de administración de - que se habla, se ejerce sobre todos los bienes del menor, a - excepción de :

a).- Los que el hijo adquiere por mortis causa o por atribución patrimonial gratuita "intervivos" de un tercero.

b).- Los subrogados de lo adquirido, entendiendo por subrogados todo lo que el hijo adquiere en base a un derecho perteneciente a un patrimonio o en concepto de indemnización por la destrucción, pérdida o menosprecio de un objeto - perteneciente a ese patrimonio, es decir, un negocio jurídico en virtud del cual se adquiere algo con medios del patrimonio atribuido o cuyo resultado, según la intención del padre, está destinado al patrimonio atribuido.

c).- Los que adquiriera por su trabajo o por la - explotación de una Industria.

d).- Todos cuando tiene nombrado curador.

La administración de los bienes, comprende también la representación del hijo en asuntos patrimoniales, con lo cual resulta ser el padre una especie de apoderado para actos de administración; mandato que se podía extender aún a los bienes que conforme a la Ley no le correspondía administrar, - pudiendo adquirir de ésta forma, bienes con bienes del hijo, - bienes que ingresaban al mismo patrimonio de éste, dándose así la "Subrogación real".

Así mismo, éste " Apoderado " carecía de facultades para hacer donaciones en representación del hijo, a no ser que se trate de aquellas en virtud de las cuales se cumplía un deber moral.

Otra limitante que tenía el administrador de los bienes del menor, era la necesidad de aprobación por parte del tribunal de tutelas para:

a).- Contratar la adquisición gratuita o enajenación de una Industria.

b).- Celebrar contrato de sociedad para la explotación de un negocio.

c).- Darle o retirarle autorización para la explotación independiente de una Industria.

d).- Celebrar contrato de arrendamiento, de uso, o de uso y disfrute, o por el cual se obligue a prestaciones reiteradas, si debe ser por más de un año después de cumplir el hijo los 21 años de edad.

e).- Tomar dinero a crédito del hijo.

f).- Emitir una obligación al portador o para contraer obligaciones en virtud de una letra de cambio, o de otro título que pueda ser transferido por endoso.

g).- Asumir una obligación ajena como dar fianza.

h).- Otorgar un poder mercantil.

i).- Rechazar, renunciar o extinguir la comunidad continua.

j).- Impugnar o renunciar un contrato sucesorio; revocarlo si el hijo es aceptante a menos que el contrato se concluyera con el conyuge o el prometido del hijo.

k).- Empezar en nombre de hijo una nueva Industria.

l).- Consumir para sí, el dinero del hijo sujeto a su disfrute.

El tribunal de tutelas al recibir la solicitud de conformidad con cada caso, daba su aprobación o la negaba, según lo demandara el interes del menor.

En virtud de la administración del patrimonio del hijo, el padre tenía el derecho de disfrute, derecho que no era transmisible ni a la propia madre del menor de que se tratara, ni embargable aunque sí lo eran los frutos adquiridos; y que se extendía a todos los bienes del hijo a excepción de:

a).- Las cosas destinadas exclusivamente al uso personal del hijo.

b).- Lo que el hijo adquiere por su trabajo.

c).- Lo que el hijo adquiere en virtud de la explotación independiente de una Industria para la cual se le haya dado autorización.

d).- Lo que el hijo adquiere mortis causa, si el legante así lo estableció.

e).- Lo que el hijo adquiere por donación si el donante así lo estableció.

f).- Lo que el hijo adquiere por los subrogados.

g).- Los objetos respecto a los cuales el padre ha renunciado al disfrute.

El disfrute a que tenía derecho el padre, debe entenderse como un usufructo.

Otro derecho que tenía el padre, era el de poder enajenar o consumir para su propio provecho las cosas consumibles, habiendo entonces de abonar su valor al terminar el disfrute.

El padre gozaba del disfrute, aun en el caso en que estuviera impedido del ejercicio de la patria potestad y por éste hecho la madre la ejerciera.

El derecho del padre al disfrute terminaba por:

a).- Casamiento del hijo con la anuencia del padre, si faltaba ésta, ese derecho lo seguía conservando el padre.

b).- Privación de ese derecho por causa de infracción a los derechos de alimentos de los hijos.

c).- Renuncia hecha ante el tribunal de tutelas.

La administración del patrimonio del hijo terminaba por:

a).- Declaración de concurso del patrimonio del padre.

b).- La infracción al derecho de alimentos de los hijos.

c).- Desacato a las ordenes del tribunal de tu
telas.

La patria potestad se suspendía por:

a).- La incapacidad del padre de celebrar negoci
cios jurídicos.

b).- Estar limitado en su capacidad o por haberse
le designado un curador por causa de enfermedad.

c).- Estar impedido de hecho el padre por mucho
tiempo para el ejercicio de la patria potestad, mientras subsista
ta la causa.

En éstos caso, el padre que solo está limitado
en su capacidad o tiene un curador para su persona y patrimonio,
conserva el cuidado de la persona del hijo junto al representante
legal.

La patria potestad del padre terminaba por:

a).- La mayor edad del hijo.

b).- Muerte del hijo o por declaración de ello.

c).- Muerte del padre o si es declarado así, en
cuyo caso se le devolviera si resulta que vive.

La patria potestad se perdía por:

a).- La comisión de un crimen cometido contra -
el hijo, o por uno intencional y es condenado por un mínimo de
6 meses.

b).- Por la adopción que del hijo hiciera un tercero.

Quando el padre resultaba impedido del ejercicio de la patria potestad, este pasaba a la madre, quien la ejercía mientras durare el impedimento y el matrimonio, en cuyo caso el padre continuaba teniendo el disfrute de que se habló.

En el caso de que no se previera la desaparición del impedimento para ejercer la patria potestad, y el matrimonio estaba disuelto, el tribunal de tutelas a petición de la madre, transfería a ésta el ejercicio de la patria potestad y el derecho al disfrute.

Al ser privado el padre de la patria potestad, se nombraba un tutor al hijo, junto al cual, la madre tenía el cuidado de la persona del hijo.

Si el padre era privado del cuidado de la persona del hijo, o solo de su educación, se nombraba un curador a éste y junto a él, la madre tenía el cuidado de la persona del hijo, al igual que si se le privaba también de la administración y se le nombraba un tutor.

A la muerte del padre, la madre adquiere la patria potestad, en cuyo caso, el padre podía nombrar en su testamento un consejero a la madre para el buen desempeño del ejercicio de la patria potestad.

El consejero también podía ser nombrado por el tribunal de tutelas a petición de la madre, o cuando existiera dificultad en la administración.

El consejero tenía las obligaciones siguientes:

a).- Apoyar y vigilar a la madre en el ejercicio de la patria potestad.

b).- Notificar al tribunal de tutelas de los casos en que deba de intervenir.

c).- Aprobar toda gestión que se realice en cualquier negocio jurídico con excepción de la que correspondar exclusivamente al tribunal de tutelas.

d).- Dictaminar sobre el inventario que rinda la madre sobre los bienes del hijo.

e).- Administrar el patrimonio del hijo cuando la madre se lo solicite, convirtiéndose así en curador.

Por otra parte, la madre menor de edad no podía tener la representación de hijo.

En cualquier caso, el ejercicio de la patria potestad de la madre terminaba, se perdía o se suspendía en los mismos casos que la del padre.

Fuente: " Tratado de Derecho Civil " Tomo IV. Derecho de Familia volumen segundo, 2a. edición, - Bosh, Barcelona 1952, por: Theodor Kipp, Martín Wolf, Ludwig Enneccerus. Traducción de Blas Pérez González, José Alguer y José Castan Tobeñas.

E P O C A C L A S I C A
(Francia)

El Código Civil Francés de 1803, regulaba la --
institución de la patria potestad de la siguiente manera:

Podemos tomar el artículo 371 como el preceden-
te directo del artículo 363 del Código Civil de 1884 y del 411
del Código Civil de 1932.

En efecto, el referido artículo 371 disponía --
que "el hijo a toda edad, debe honrar y respetar a sus padres",
mientras que los mencionados artículos 363 y 411 de la Legisla-
ción Mexicana preceptúan que "los hijos, cualesquiera que sean
su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus pa-
dres y demás ascendientes", de donde desprendemos que éste tex-
to es más completo que el francés, al señalar también a los de
más ascendientes.

En Francia, en la época clásica, la patria po-
testad era la autoridad que ejercían: el padre y la madre so-
bre la persona y bienes de sus hijos, con el fin de educarlos

y de cuidar sus intereses. Esta autoridad correspondía sólo al padre en tanto durara el matrimonio, pues se le consideraba la cabeza de la familia, sin embargo, en la segunda mitad del siglo XIX, se le otorgó a la madre el ejercicio de la patria potestad en los siguientes casos:

1.- Cuando se privara al padre de los derechos de la patria potestad.

2.- Cuando el padre perdiera el carácter de cabeza de la familia, en virtud de su imposibilidad para ello, - por razón de su incapacidad, ausencia, alejamiento o cualquier otra causa.

3.- Por abandono que haga el padre de la familia.

4.- Por abandono que haga el padre de sus derechos de patria potestad.

En el primero y último de los casos, el padre pierde la patria potestad, en el segundo y tercer casos, sólo se le suspende en el ejercicio de la misma hasta que desaparezca la causa que dió origen a la suspensión.

El Código en estudio, eximia del ejercicio de la patria potestad a los abuelos, por lo tanto, las personas que debían ejercerla, eran únicamente los padres.

La patria potestad, se ejercía sobre sus hijos menores de edad no emancipados, ya sean legítimos o naturales, con tal de que estuvieran legalmente reconocidos, cosa que ha-

bla muy bien de la legislación francesa, puesto que otorgaba , igualdad de derechos a los hijos naturales con los legítimos.

Por otra parte, el hijo menor de edad no emancipado, estaba obligado a vivir en la casa del padre, sin embargo, había dos casos de excepción a saber:

1.- Que el padre diera su autorización al hijo para que abandonara su casa.

2.- Que abandonara la casa paterna con el objeto de alistarse en el ejército como voluntario, para lo cual, debía de tener por lo menos 18 años cumplidos.

La Ley, facultaba al padre para corregir a su hijo, cuando éste fuere menor de 21 años y diera motivos de -- disgusto muy graves. El medio de corrección que se aplicaban - al menor era el arresto, que variaba en duración, de acuerdo a la edad del hijo:

a) Si el hijo sujeto a la patria potestad era - menor de 16 años, la detención no podría exceder de un mes.

b) Si el hijo está sujeto aún a la patria potestad y es mayor de 16 años, el arresto podía solicitarse hasta por 6 meses, sobre lo cual, el presidente del tribunal del distrito, previa audiencia con el fiscal del rey, resolvía expedir o denegar la orden de aprehensión, así como el tiempo que debía durar el arresto, mismo que no podría exceder de los 6 meses.

La corrección del hijo, no exigía formalidad alguna más que la orden de arresto que debía ser por escrito, -

sin embargo, ésta no requería que se expresaran sus fundamentos.

Estas medidas disciplinarias, obligaban al padre a pagar todos los gastos y a proporcionar los alimentos a su hijo, ya que el estado, no tenía por que asumir tal obligación de mantener al menor sujeto a la corrección paterna.

Competía también al padre, la facultad para acortar la duración de la detención, sin perjuicio ésto, de que - - nuevamente pudiera solicitar otra detención por nuevas faltas.

Este derecho de corrección, también lo tenía la madre que ejercía la patria potestad, pero, estaba restringido al concurso de los parientes paternos más cercanos.

En cuanto a los bienes del hijo sujeto a la patria potestad, correspondía el uso y disfrute de los mismos al padre que ejerciera sobre él la patria potestad.

Este derecho terminaba al cumplir el hijo la - - edad de 18 años o antes, si era emancipado o si la madre ejercía la patria potestad y contraía nuevas nupcias.

La patria potestad se extinguía:

- a) Por muerte de los llamados a ejercerla.
- b) Por muerte del menor sujeto a ella.
- c) Por la mayoría de edad del hijo.
- d) Por emancipación del hijo en virtud del matrimonio.

Fuente: Mazzeaud, Henri León
Mazzeaud, Jean
Lecciones de Derecho Civil
Parte Cuarta
Volumen IV
Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América,
1965
TR. Alcalá Zamora y Castillo Luis.

E S P A Ñ A

En la España del siglo pasado, se tenía la convicción de que la Patria Potestad más que obligaciones, otorgaba derechos, lo que se confirma con la definición que sobre esta Institución da Florencio García Goyena en el sentido de que " Es el conjunto de Derechos que la Ley concede al padre en las personas y bienes de sus hijos menores de edad y no emancipados ".⁴³

Era ejercida por el padre sobre sus hijos - menores de edad no emancipados. Según el artículo 144 del Código Civil Español de mediados del siglo XIX, los hijos menores de edad están bajo la Patria Potestad del padre. Del artículo 160 del mismo ordenamiento se desprende que se ejerce sobre los emancipados.

" Art. 144.- Los hijos menores de edad están bajo la patria potestad de padre ".

" Art. 160.- La patria potestad se acaba:

- 1°.- Por la muerte del padre o hijo.
- 2°.- Por la emancipación.
- 3°.- Por la adopción.
- 4°.- Por la mayor edad del hijo ".

Dado el caso de muerte del padre, si en su testamento hubiere nombrado algún consultor y la madre " maliciosamente " dejaré de oír el dictamen de éste, por ése sólo hecho, podría ser privada de " toda su autoridad y derechos sobre sus hijos ", a instancia de aquel o del consejo de familia.

43.-García Goyena Florencio."Concordancias, motivos y comentarios - del Código Civil Español". Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial. Madrid 1852. Página 153.

La Patria Potestad se adquiría por el matrimonio, la legitimación y la adopción.

El hijo menor debía permanecer en la casa paterna salvo permiso en contrario que diera el padre, quien además, era el encargado de dirigir su educación, así como también debía encargarse de su legítima representación en juicio.

Para poder educar a su hijo, el padre tenía la facultad de corregirlo y castigarlo moderadamente y hasta podía acudir al Órgano Jurisdiccional, para pedir la retención de menor en el establecimiento correccional destinado al efecto.

Así pues, el Juez competente podía imponer la retención del hijo a petición del padre, hasta por un mes, como medida correctiva.

El castigo y la corrección eran justificadas por Florencio García Goyena, argumentando que " El padre encargado de mantener la disciplina doméstica, debe estar armado por la Ley de todos los medios necesarios y razonables para conseguirlo. Si tiene la obligación de educar bien al hijo; ¿ Cómo negarle el derecho de castigarle y corregirle ? ".⁴⁴

A este " derecho " del padre, la ley imponía una limitante a saber: " Si el padre ha contraído segundos o ulteriores matrimonios, deberá manifestar al Juez los motivos de disgusto que el hijo le hayadado; y el Juez a su instancia ordenará la detención, si encuentra fundadas las quejas del padre. -- Esto mismo se observará cuando el hijo esté ejerciendo algún cargo u oficio ".⁴⁵

Al ejercer el derecho de retención, el padre adquiría la obligación de pagar los gastos y alimentos devengados por el hijo detenido y él mismo en cualquier tiempo podía levantar el arresto hecho en virtud de ese derecho.

44- Opus Cit. pág. 158.

45- Opus Cit. pág. 159

Por otra parte, el padre era el administrador legal de los bienes de sus hijos menores, los cuales se dividían en varias clases:

a) Bienes que el hijo adquiría con el caudal del padre mientras estaba bajo la Patria Potestad, mismos que pertenecían al padre en propiedad y usufructo.

b) Bienes que el hijo adquiría con su trabajo o industria, estando en poder y compañía del padre. Estos -- pertenecían al hijo en propiedad y al padre en usufructo.

c) Bienes que adquiría el hijo por cualquier título lucrativo. Pertenecían en propiedad al hijo y al padre el usufructo mientras exista la Patria Potestad.

d) Bienes que le eran donados o mandados al hijo para el seguimiento de una carrera, o el ejercicio de alguna profesión o arte liberal, o con la condición de que el padre, o la madre en su caso, no ganen el usufructo.

e) Bienes que el hijo adquiere con su trabajo o industria, no estando en compañía del padre.

f) Bienes que el hijo adquiere por ocasión de la milicia, o con el ejercicio de cargos o empleos civiles, de profesiones o artes.

Los bienes señalados en los incisos d, e y f, pertenecían en propiedad y usufructo al hijo, de los dos últimos se le consideraba como emancipado.

El derecho del padre al usufructo, cesa por:

a) Terminación o pérdida de la Patria Potestad.

...

b) Renuncia que el padre haga de él en favor de su hijo.

La administración del padre tenía la limitante de no poder enagenar ni gravar los bienes inmuebles del hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la correspondiente autorización del Juez del domicilio.

Asimismo, cuando el padre tenía intereses opuestos al de sus hijos, éstos eran representados en juicio y fuera de él por un procurador nombrado judicialmente para cada caso.

La patria potestad se acababa:

- a).- Por muerte de el padre.
- b).- Por muerte del hijo.
- c).- Por emancipación.
- d).- Por adopción.
- e).- Por la mayor edad del hijo llegada al cumplir los 20 años.

La patria potestad la perdía el padre:

a).- Cuando sea condenado a una pena que lleve consigo la pérdida de ella.

b).- Cuando declarado el divorcio tenga lugar la pérdida de ella, por habersele declarado culpable de adulterio, malos tratamientos de obra o injurias graves, pero al morir el cónyuge inocente, el padre la recobrará.

Podía privarse al padre de la patria potestad o modificar su ejercicio cuando:

a).- Tratar a sus hijos con excesiva dureza.

b).- Diere preceptos, consejos o ejemplos corruptores.

La patria potestad se suspendía:

a).- Por incapacidad del padre declarada judicialmente.

b).- Por ausencia declarada judicialmente.

c).- Por condena a ello.

En estos casos, el padre perdía el usufructo de los bienes del hijo, a excepción del caso en que proceda la suspensión por demencia del padre.

La madre perdía la patria potestad cuando siendo viuda, diere a luz un hijo ilegítimo.

Por otra parte, si la madre contraía segundas nupcias, conservaba todos los derechos de la patria potestad, menos el de administración de los bienes del hijo que recobrara al enviudar.

Ni el padre, ni la madre, tenían el derecho de usufructo de los bienes de sus hijos naturales reconocidos o adoptivos, y en este caso para tener la administración, necesitaban asegurar sus resultas con hipoteca a satisfacción del juez competente.

MEXICO COLONIAL.

Durante la etapa colonial de nuestro país, las instituciones de derecho fueron en exceso similares a las que regían en la península Iberica, y de ésta manera, la institución de la patria potestad, también estuvo sujeta a la influencia de las Leyes Españolas.

La palabra potestas tenía varias acepciones:

- a) poderío
- b) jurisdicción
- c) derecho de reverencia y de castigar.

Así pues, se le llamaba patria potestad al poder que tienen los padres sobre los hijos, poder que es un derecho natural, que se ejerce sobre los hijos y nietos que descienden por la línea recta y que son nacidos del legal matrimonio, a los cuales se les llama "legítimos"

Sin embargo, el padre no tiene la patria potestad sobre los hijos naturales que son los que tienen los hombres con la barraganas, ni tampoco la tiene sobre los llamados

dos "incestuosos", nombre que se les daba a los nacidos de las relaciones que tienen los hombres con sus parientes hasta el cuarto grado, con sus cuñadas o con mujeres religiosas.

Una muestra de la vida prejuiciosa y religiosa que dominaba en esa época es el texto de la Ley II del título XVII de la 4a. partida que hablaba de los hijos incestuosos a los cuales consideraba indigno llamarles "hijos" porque eran engendrados en gran pecado.

Antonio de Ibarrola, que se muestra en su obra como un ferviente servidor de la causa escolástica, cita la tesis de Slange Reglade calificándola de acertada y al respecto dice: "según la acertada tesis de Slange Reglade: 'la iglesia que enseña el mismo catecismo a todos sus fieles cualquiera que sea su origen, estableció sus principios sobre la familia, los hizo penetrar en las leyes, y después sustituyó éstas con su propia ley. Por simple consentimiento de hombres y mujeres se estableció el matrimonio para toda la vida. Se su primió el divorcio, que a veces se castigó con la excomunió.. ..'" ⁴⁶

Seguramente el fiel Antonio de Ibarrola al igual que el conocido Sr. Slange Reglade, se muestran complacidos con la palpable influencia que tuvo la iglesia en las leyes civiles durante la época colonial e indudablemente que en esa época la iglesia estableció sus principios sobre la familia, pero un señor como de Ibarrola que defiende tanto a la iglesia, no puede estar orgulloso de ello, y yo, en su posición, después de hojear las leyes de partida, me avergonzaría de decirlo, o acaso, al ilustre abogado le animaría el retorno a la completa influencia de la iglesia en las leyes de los

hombres? y los hijos incestuosos que no tiene culpa alguna ¿se sentirían orgullosos de ser marginados por la Ley? ¿ y que pensarían los hombres y mujeres que tengan que compartir el resto de sus días con alguien a quién hasta odian por no poder divorciarse?

Pero como el contestar éstas interrogantes o siquiera plantearlas no es materia de este trabajo, será mejor que las olvidemos y sigamos en observación de lo que establecía la ley, sobre la patria potestad en la época colonial.

Así, tenemos que había cuatro manera de establecer la patria potestad:

1.- Por el matrimonio hecho según lo manda la santa iglesia.

2.- Por que existiera contienda entre padre e hijo y se resolviera que lo eran .

3.- Por que el hijo emancipado hiciese algún hierro (mal) al padre, volviendo así aquel al poderío de éste.

4.- Por adopción.

Los bienes de los hijos se dividían en tres clases a saber:

1.- Profectitium peculium.- Los que adquieren o ganan los hijos con los bienes de los padres. De esta manera todo es de los padres.

2.- Adventicios.- Los que adquieren o ganan los hijos con su trabajo; por legado de alguna persona; por herencia de su madre o de alguno de los parientes de ella; por encontrar algún tesoro; o por don de la fortuna, sobre los cuales el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo " por -

razón del poderío que tiene sobre el hijo."

3.- Castrense, vel quasi castrense, peculium
Los adquiridos o ganados por el desempeño de alguna actividad mi
litar, pública o eclesiástica, donde el hijo tiene la propiedad
y el usufructo de los mismos.

Al respecto la ley VI del título XVII de la
4a. partida dá las siguientes definiciones sobre la palabra "cas
tra" de la cual deriva "castrense".

- a) castillo o lugar cercado de muros.
- b) hueste o albergada que es el sitio o for-
taleza donde se juntan muchas personas y
es llamada en latín: castra.
- c) corte del rey o de otro principe donde --
acuden personas en busca del amparo de la
Ley o de justicia.

Al igual que en la Roma antigua, el padre -
podía vender o empeñar a su hijo cuando tuviese mucha hambre o -
gran pobreza y no pudiese acudir a otra cosa, para que de ésta -
manera pueda comprar comida. Esto tiene la siguiente explicación
El padre puede hacer ésto, por que no tiene otra salida y para -
que ni él, ni su hijo, mueran de hambre. Este derecho no lo te-
nía la madre.

Sin embargo, un hijo es un hijo, y el padre
que lo haya vendido puede recuperarlo, entregando el mismo pre-
cio que recibió por él, al menos que aquel que lo haya comprado,
le hubiere proporcionado algún menester o ciencia que lo haga -
más valioso, en cuyo caso, el padre que quiera redimir a su hijo,
deberá pagar una mayor cantidad, por que ahora el hijo ya vale -
más.

Si en la actualidad, aún rigiera ésta ley, - -
con la depreciación que tiene el dinero debido al desliz que su
fre frente al dólar y a la inflación, el vender al hijo para -
después comprarlo al mismo precio, sería un excelente negocio -
más redituable que las inversiones a plazo fijo de 6 meses.

Otro derecho que tiene el padre es el de de -
mandar ante el juez correspondiente que ordene que regrese a su
hijo a su poderío, si el padre no lo tuviere o el hijo no lo -
quisiera hacer.

Por otra parte, el hijo solo podía demandar -
en juicio al padre por causa de los bienes obtenidos como pecu-
lium castrense, o bien, con autorización del juez competente.
Además, el hijo no podía ser demandado ni demandar en juicio -
sin la autorización del padre, requisito sin el cual, todo lo -
actuado en juicio adolecía de nulidad.

La patria potestad se terminaba:

1.- Por muerte natural del padre. ¿Y si no fue-
se muerte "natural" la del padre? considero que la ley que -
habla de la terminación de la patria potestad por muerte natu-
ral, también es aplicable cuando el padre muera de forma no na
tural.

2.- Por juicio de desterramento (muerte ci-
vil)

3.- Por incesto del padre.

4.- Por dignidades del hijo.

a) Por ser elegido consejero del rey.

b) Por ser elegido consejero del príncipe.

c) Por ser el elegido consejero del rey o emperador.

d) Por ser nombrado juez mayor de la ciudad (proefectus verbis), o adelantado mayor de toda la tierra de oriente (proefectus de oriente).

e) por ser quostir (recaudador de impuestos o rentas del rey).

f) por ser maestro de caballería (maestro de los caballeros del rey).

g) por ser nombrado magister sacri scrinii libe llorum (el que guarda los sellos del rey o emperador y las arcas de los escritos de la cancillería).

h) por ser magister sacri scrinii memori de principis (notario del emperador o rey).

5.- por emancipación. El padre no podía emancipar a su hijo menor de 7 años sino por autorización del rey.

Se podía lograr por acuerdo de las partes cuando el padre castigue muy cruelmente a su hijo; por que el padre insitare a su hija a prostituirse.

Fuente: Rodríguez de San Miguel, Juan N.
Pandectas Hispano-Mexicanas
Tomo II. México, Universidad
Nacional Autónoma de México
3a. Edición 1980

CODIGOS DE 1870 y 1884.

CODIGO CIVIL 1870.

Este ordenamiento no da definición alguna de lo que se entiende por patria potestad.

Los sujetos de la relación de la patria - potestad son:

a) Padre y madre, abuelos paternos y abuelos maternos (art. 392), quienes ejercen la patria potestad en el siguiente orden (art. 393):

- 1.- el padre.
- 2.- la madre.
- 3.- el abuelo paterno.
- 4.- el abuelo materno.
- 5.- la abuela paterna.
- 6.- la abuela materna.

Estas personas a excepción del padre pueden renunciar a su derecho, a la patria potestad o al ejercicio de ella según el artículo 424, lo que supone un derecho

separado de la obligación que impone la patria potestad, cosa que nos hace pensar que los derechos otorgados a los ascendientes no están en función de sus obligaciones, por que de no ser así, no sería renunciable por ninguno de ellos.

b) Hijos legítimos y naturales legitimados o reconocidos (art. 391).

Sobre los hijos legítimos, el propio código manifestaba:

"Art. 314.-Se presumen por derecho legítimos: I.-Los hijos nacidos después de 180 días contados desde la celebración del matrimonio.

II.-Los hijos nacidos dentro de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga esta de nulidad del contrato, ya de muerte del marido."

Respecto a los hijos naturales legitimados o reconocidos, el código civil de 1870 disponía:

"Art. 352.-Solo pueden ser legitimados los hijos naturales."

"Art. 353.-El único medio de legitimación es el subsiguiente matrimonio de los padres; y ésta produce sus efectos aunque entre el nacimiento de los hijos haya habido otro matrimonio."

"Art. 355.-Son hijos naturales los concebidos fuera de matrimonio, en tiempo en -

que el padre o la madre podían casarse, - aunque fuera con dispensa."

"Art. 356.-Para legitimar a un hijo natural, los padres deben reconocerle expresamente antes de la celebración del matrimonio, o en el acto mismo de celebrarlo o durante él; haciendo en todo caso el reconocimiento ambos padres juntamente o separadamente."

Lo anterior significa que los hijos naturales que no fueran legitimados o reconocidos, no gozaban de protección alguna por parte de la Ley, tal vez debido a que si no había quién los reconociera como sus hijos, tampoco había a quién obligar al ejercicio de la patria potestad, sin embargo, es importante destacar, que la Ley en estudio, no dá lugar a que solo uno de los padres pueda reconocer al hijo habido fuera del matrimonio por medio del registro.

Los ascendientes tenían los derechos y obligaciones siguientes:

1.- Derechos:

a) de corrección y castigos (templado y mesurado) (art. 396), para lo cual las autoridades auxiliarán a los padres cuando éstos lo soliciten (art. 397).

b) de usufructo (art. 403)

c) de nombrar en su testamento (el padre) a uno o más consultores cuyo dictamen deban oír la madre y -

las abuelas, en su caso, para los actos que el padre determine expresamente en el mismo testamento (art. 420).

d) De renunciar a la patria potestad, a excepción de padre (art. 424).

Lo que significa que el legislador de esa época, consideraba como único obligado por naturaleza al ejercicio de la patria potestas, al pader del menor.

2. Obligaciones.

a) Educar al hijo convenientemente (art. 395).

b) Dar cuenta de su gerencia respecto de los bienes de que fueren meros administradores. (art. 412).

c) Entregar a sus hijos, luego que estos se emancipen o lleguen a la mayor edad todos los bienes o frutos que les pertenezca (art. 413).

d) Proporcionarles alimentos.

Los sujetos a la patria potestad contaban con los siguientes derechos, obligaciones y prohibiciones:

I. Derechos

a) A la educación por parte del padre. - - Este derecho está derivado de la obligación del padre (art. 395).

b) A la parte de los frutos sobre sus bienes, que designe el padre o en defecto de esta designación, al 50%, respecto a los bienes que procedan de donación del padre (art. 402).

c) a la mitad del usufructo cuando procedan de donación de la madre o de los abuelos, parientes colaterales, personas extrañas, o debidos al don de la fortuna - (art. 403).

d) al total del usufructo de los bienes - que adquiriera por su trabajo (art. 404).

e) a los alimentos.

2.- Obligaciones:

a) deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

3.- Prohibiciones:

a) No podrá dejar la casa del que ejerce sobre él la patria potestad, sin permiso de éste o decreto - de la autoridad pública competente (art. 394).

b) No puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que ejerce sobre él la patria potestad (art. 399).

c) No pueden contraer matrimonio sin el - expreso consentimiento del padre o en defecto de éste sin el de la madre (art. 165).

El Código Civil de 1870 otorgaba la legítima representación de los sujetos a la patria potestad a - quiénes la ejercían, así como también la administración de - los bienes pertenecientes a los menores (art. 400), los cuales se dividían en 5 clases (art. 401).

1a.- Bienes que proceden de donación del padre, cuya propiedad pertenece al hijo y la administración al padre (art.402).

2a.- Bienes que proceden de donación de la madre o de los -- abuelos.

3a.- Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o de personas extrañas.

4a.- Bienes debidos al don de la fortuna estos, así como los de la 2a. y 3a. clase, pertenecían en propiedad y el 50% del usufructo al hijo, y la administración y el otro 50% al pa-- dre (art. 403).

5a.- Bienes que el hijo adquiere por un trabajo "honesto", - los cuales pertenecen al hijo en propiedad, administración y usufructo. (art. 404).

Existían dos medios para que el hijo me-- nor tenga la administración de los bienes que le pertenezcan en propiedad (art. 407) :

1.- La Ley.

2.- La voluntad del padre, quién podía ce der al hijo la administración de los bienes de éste. (art. - 403).

Al respecto, cabe hacer mención que la ad ministración de los bienes del menor se otorga a quién ejerce la patria potestad, como una medida de protección al pa-- trimonio del menor, por considerarse que éste no tiene la ca pacidad ni madurez suficientes para hacerse cargo de la admi nistración, lo que nos lleva a deducir que el Código Civil -

de 1870 no instituyó la patria potestad con todo el carácter de protección al menor, que hoy contempla la Ley vigente.

La patria potestad podía acabarse, perderse o suspenderse, y así:

Se acaba (art. 415)

a) por muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quién recaiga.

b) por emancipación.

c) por la mayor edad del hijo, la cual comenzaba a los veintiun años cumplidos (art. 694).

Se pierde (art. 416)

a) por la condena que sufra quién ejerce la patria potestad, a alguna pena que importe la pérdida del ejercicio de ella.

b) por ser declarado cónyuge culpable en los juicios de divorcio.

Se suspende (art. 418)

a) por incapacidad declarada judicialmente en los casos de privación de la inteligencia o sordomudez (art. 431)

b) de la administración, a los pródigos - (art. 432).

c) por ausencia declarada en forma.

d) por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Fuente: Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, por decreto del 8 de diciembre de 1870, en vigor a partir del 1° de marzo de 1871.

CODIGO CIVIL DE 1884.

Al igual que el Código de 1870, éste tam
poco da definición alguna de lo que se entiende por patria potes-
tad y regula esta institución casi de la misma manera, presentan
do solo algunos avances, y así tenemos que:

El artículo 371 que viene a substituir -
al 397, amplía por una parte el marco de acción de las autorida-
des, y por la otra, el derecho de los padres a ser auxiliados no
solo en el ejercicio de la facultad de corregir y castigar a sus
hijos templada y mesuradamente, sino que también en el ejercicio
de las demás facultades que les conceda la Ley.

"Art. 371 (1884) Las autoridades auxilia
rán a los padres en el ejercicio de ésta
(corregir y castigar) y las demás facul-
tades que les conceda la Ley de una mane
ra prudente y moderada, siempre que sean
requeridas para ello"

"Art. 397 (1870) las autoridades auxilia
rán a los padres en el ejercicio de ésta
facultad (corregir y castigar) de una ma
nera prudente y moderada, cuando sean re
queridas para ello".

Las demás facultades a que se refiere el artículo 371 son:

- 1.- de ser honrados y respetados (art. - 363).
- 2.- de retener al menor sujeto a la patria potestad en la casa del ascendiente que la ejerce (art.368).
- 3.- otras que fijen las Leyes correspondientes.

En cuanto a los bienes del hijo sujeto a la patria potestad, se dividen en seis clases a diferencia del código de 1870 en que se dividían en cinco clases.

De ésta manera tenemos que se agrega una clase, la de los bienes que proceden de herencia o legado del padre sobre los cuales el hijo tiene la propiedad y la mitad del usufructo, quedando la administración y la otra mitad del usufructo a la persona que ejerza la patria potestad, quién podrá ceder la administración al hijo.

Por otra parte, también se reforman las fracciones II y III del artículo 401 del código de 1870, agregándose en ellas los supuestos de herencia o legado.

"Art. 375(1884)-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 herencia o legado del padre.
- III.-Bienes que proceden de donación, herencia o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de

estos esté ejerciendo la patria potestad.

IV.-Bienes que procedan de donación, herencia o legado de los parientes colaterales o de personas extrañas aunque estos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración al padre.

V.- Bienes debidos al don de la fortuna.

VI.-Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto, sea cual fuere."

"Art. 401 (1870)-Los bienes del hijo -- mientras está bajo la patria potestad, - se dividen en 5 clases.

I.-Bienes que proceden de donación del padre.

II.-Bienes que proceden de donación de la madre o de los abuelos, aún cuando - aquella o algunos de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

III.-Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o personas extrañas, aunque éstos o los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.

IV.-Bienes debidos al don de la fortuna

V.- Bienes que el hijo adquiere por su trabajo honesto, sea cual fuere."

El código de 1884, suprime el artículo 405 del Código de 1870 que realmente se encontraba fuera de lugar y tono. Tal vez debería regular en materia de disolución de la sociedad conyugal.

"Art. 405.-El importe de los bienes de la primera y segunda clase, deberá - - traerse a colación en la división de - bienes del respectivo donante."

El artículo 410 del código de 1870, fue reformado en su segunda fracción, para darle a la Ley un contexto más sobrio y justo, ya que en el citado ordenamiento no se perdía el derecho al usufructo cuando se perdía la patria potestad y por consiguiente quién era privado de su ejercicio si gozaba de sus beneficios, y la madre que pasaba a segundas nupcias por ese simple hecho se le privaba del derecho del usufructo.

"Art.410 (1870)El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue:

I.-por la emancipación o mayor de edad de los hijos.

II.-cuando la madre pasa a segundas nupcias.

III.- por renuncia."

Art. 383 (1884), el derecho de usufructo concedido al padre, se extingue:

...II por la pérdida de la patria potestad.

III..."

Otra reforma que asentó el código de 1884, fue la del artículo 248 del mismo, al agregar un caso de excepción a la pérdida de la patria potestad en caso de divorcio.

"Art. 248 (1884)-El cónyuge que diera - causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras viva el cónyuge inocente, a menos que el divorcio haya sido declarado con motivo de enfermedad, - pero los recobrará muerto éste..."

'Art. 271 (1870)-El cónyuge que diera - causa al divorcio perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará, muerto éste. .."

Notese que habla de "poder" sobre la -- persona de sus hijos, dándole así, ambos códigos, un sentido - literal a la expresión "patria potestad"

Del artículo 418 se suprimió la frac- - ción II y se recorrieron las demás, ésta fracción, hablaba de la suspensión de la patria potestad, en cuanto a la administra- ción de los bienes de los pródigos.

"Art. 418 (1870) La patria potestad se suspende: ...II en el caso del artículo 432 en cuanto a la administración de - los bienes. III..."

Art. 432 (1870) tienen incapacidad legal: I.- Los pródigos declarados confor- me a las leyes..."

"Art. 391 (1884) la patria potestad se-

suspende:

- I.-por incapacidad declarada judicialmente en los casos 2° y 3° del artículo 404.
- II.- Por la ausencia declarada en forma.
- III.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión."

El legislador del 84 consideró que la madre o abuela viuda que viviera en mancebia era un mal ejemplo para el menor sujeto a la patria potestad y por eso debía perder el derecho a ejercerla.

"Art. 426 (1870) la madre o abuela viuda que da a luz un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 392."

"Art. 399 (1884) La madre o abuela viuda que vive en macebia o dá a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 366."

Por último, como nota característica de los códigos de 1870 y 1884, debemos notar que la patria potestad era ejercida solo por una persona a la vez.

Fuente: Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, por decreto del 14 de diciembre de 1883, en vigor a partir del 31 de marzo de 1884.

C O D I G O C I V I L D E 1 9 3 2

El Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, que entró en vigor el 1° de octubre de 1932, destina el título octavo del libro primero, a regular la institución de la Patria Potestad, de la forma que a continuación se expone:

Del Código Civil en estudio, podemos desprender la siguiente definición: "la patria potestad es la facultad que se ejerce sobre los descendientes menores de edad no emancipados, por el padre y/o la madre, el abuelo y/o la abuela paternos, o por el abuelo y/o la abuela maternos, con el objeto de cuidar de la persona y bienes del sujeto a ella".

La patria potestad constituye una restricción a la personalidad jurídica del menor sujeto a ella (23), ya que éste no podrá contraer obligación alguna, ni comparecer en juicio, sin el expreso consentimiento de la persona o personas que la ejerzan sobre él, o del juez en su caso (424).

La patria potestad se establece por el parentesco de consanguinidad (293) en línea recta ascendente (298) hasta el 2° grado (296) de manera que solo pueden ejercerla los padres y los abuelos (414).

También se establece por el parentesco civil, derivado de la adopción, y sobre éste particular, el Código Civil en su artículo 295 dispone que "el parentesco civil es el que nace de la adopción y solo existe entre el adoptante y el adoptado", éste precepto indica claramente, que la relación de parentesco sólo se dá entre adoptante y adoptado, por lo tanto, solo el adoptante podrá ejercer la patria potestad sobre el hijo adoptivo, y ésta no podrá ser ejercida por los padres del adoptante (419).

Este mismo ordenamiento en su artículo 395 concede expresamente al adoptante, los mismos derechos y obligaciones sobre la persona y bienes del adoptado, que tienen los padres respecto a la persona y bienes de sus hijos, sin embargo, esto no significa que la adopción extinga los derechos y obligaciones en general resultantes del parentesco natural, pero si, la patria potestad, la cual se transfiere al adoptante (403).

También se contempla el caso de que el adoptante se case con alguno de los progenitores del adoptado y entonces ese progenitor no pierde la patria potestad, sino que la ejercerá conjuntamente con el adoptante (403).

Por otra parte, sobre el hijo nacido fuera de matrimonio, ejerce la patria potestad aquel progenitor que lo reconozca como su hijo, y si ese reconocimiento fuera hecho por ambos progenitores y éstos vivieran juntos, corresponde a los dos ejercer la patria potestad; pero si vivieran separados, podrían darse dos supuestos (415) :

a) Que ambos progenitores reconozcan al hijo en el mismo acto, y entonces aunque ambos tienen la patria potestad, solo a uno de ellos corresponde la custodia, para lo cual

deberán ponerse de acuerdo, y si no lo hicieran, el juez competente será quién decida, de acuerdo a lo que creyere más conveniente a los intereses del menor y con previa audiencia de los padres y del Ministerio Público (380).

b) Que se reconozca al hijo sucesivamente, en cuyo caso, también ambos progenitores tendrán la patria potestad sobre él, pero la custodia corresponderá al que primero hubiere hecho el reconocimiento, si es que no los padres convienen - - otra cosa. En este caso, el juez competente, puede modificar lo convenido, si considera que es necesario para los intereses del menor, con previa audiencia de los padres y del Ministerio Público (381).

Cuando los padres de un menor sujeto a la patria potestad han vivido juntos, al separarse pueden presentarse dos situaciones:

1.- Si los padres están casados, pueden darse - cuatro casos.

a) Que el matrimonio sea declarado nulo, y el padre y la madre podrán proponer la forma y términos de cuidado y la custodia de los hijos y el juez resolverá a su criterio lo conducente de acuerdo a las circunstancias del caso (259).

b) Que se separen de hecho, sin romper el vínculo matrimonial, y entonces, aunque corresponde a ambos ejercer la patria potestad, la custodia la tendrá el conyuge que materialmente tenga al hijo.

c) Que se divorcien por mutuo consentimiento, en cuyo caso, los dos ejercerán la patria potestad, pero la custodia se resolverá por convenio entre ambos consortes.

d) Que terminen su matrimonio por divorcio necesario, y entonces de acuerdo a la causal o causales que dieran motivo al divorcio, el juez competente con apoyo en la ley, decidirá si ambos ejercen la patria potestad o si debe perderla - el cónyuge culpable, así como también resolverá en cuanto a la custodia del menor.

2.- Si los padres no están casados, la patria potestad se ejercerá por ambos progenitores, pero tendrán que - - acordar cual de los dos tendrá la custodia, y si no se pusiesen de acuerdo, el juez competente lo decidirá (417).

Al respecto es importante hacer mención del artículo 417, que a la letra dice:

"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio y que vivan juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo."

Este precepto insinúa que el ejercicio de la patria potestad es prerrogativa de los padres "casados" o que "vivan juntos", dándole a la Ley un matiz obscuro y contradictorio, ya que del resto de la misma se desprende que la patria potestad toma su origen de la filiación y no de la vida en común, por lo tanto, tal vez, a lo que el legislador quiso referirse es a la "custodia" del menor, confundiendo los términos "custodia y patria potestad".

Se ha dicho entonces, que la patria potestad debía ser ejercida por los padres o el padre conocido o que sobre

viva y a falta de éste, por los abuelos paternos o por los abuelos maternos (414), según lo determine el juez de lo familiar (418), sin embargo, el ascendiente que sobreviva puede nombrar tutor al menor en su testamento y de ésta manera, se excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados (470 y 471).

Si el juez decidiese que los abuelos paternos deben ejercer la patria potestad, si uno de ellos muere, el otro seguirá ejerciéndola, e igualmente pasará si el juez escoge a los abuelos maternos.

El artículo 414 establece:

" 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".

A éste precepto legal, podemos hacer las siguientes observaciones:

a).- Se refiere únicamente "a los hijos de matrimonio", pero ¿que pasa con los hijos nacidos fuera de matrimonio y reconocidos por sus padres? ¿acaso no corresponde a éstos ejercer la patria potestad sobre aquellos? ¿no tiene igual derecho y obligación de ejercer los abuelos si faltasen los padres?

La respuesta a las dos primeras interrogantes nos las dá el propio Código Civil en su artículo 415 al establecer que corresponde a ambos padres el ejercicio de la patria potestad.

Sobre la tercer interrogante planteada, nuestro Código Civil vigente omite tratar el asunto y solo hace referencia a que "a falta de los 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..." (418), sin embargo debemos notar que el propio artículo 414 otorga el ejercicio de la patria potestad "sobre hijos de matrimonio" e interpretándolo al contrario senso, no debe ejercerse la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio, por las personas que señala.

Resumiendo, el padre y la madre, personas mencionadas en la fracción I del artículo 414, deben ejercer la patria potestad sobre su menor hijo de acuerdo con el artículo -- 415 que ya hemos tratado, pero los abuelos que son mencionados en las fracciones II y III del mismo artículo 414, "no ejercerán a falta de los padres", la patria potestad sobre el hijo habido fuera de matrimonio de éstos", por lo que a la muerte o in capacidad de los padres para ejercer la patria potestad, tendrá que nombrarse un tutor a sus hijos menores."

Es incomprensible que aún en nuestros días, la - - legislación vigente haga distinciones entre hijos de matrimonio e hijos extramatrimonio.

El fin primordial al que obedece la institución de la patria potestad es el de la guarda y educación de los menores sujetos a ella (413), pero, para que, quiénes deben de -- ejercerla puedan hacerlo, el Código Civil impone a los menores la prohibición de dejar la casa de quiénes ejercen sobre él la patria potestad, sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente (421), por eso es que el domicilio legal del menor - no emancipado, es el de la persona a cuya patria potestad está sujeto (31-1).

Para cumplir con ese fin, quién ejerce la patria potestad, que es deudor alimentario del menor, cumple con esa obligación, con una pensión o incorporándolo a su familia (309), pero para ésto último, es necesario que se den dos condiciones:

- 1.- Que el deudor tenga casa o domicilio propio.
- 2.- Que no exista estorbo legal o moral para que el acreedor sea trasladado a ella.⁴⁷

Los alimentos comprenden: comida, vestido, habitación, asistencia en caso de enfermedad, gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales (308).

El Código Civil impone la obligación a cargo de quién ejerza la patria potestad de educar convenientemente al sujeto a ella y de observar una conducta que sirva de ejemplo (422), pero omite decir que se entiende por convenientemente, sin embargo, otorga la facultad a aquellos para corregir a éste, para lo cual podrán acudir a las autoridades competentes solicitando su ayuda, quiénes deberán hacer uso de amonestaciones y correctivos.

Por otra parte, los que ejercen la patria potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén en su poder y -

47- Jurisprudencia, 3ª Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Quinta época: Tomo CXXIX. Pág. 36 A.D. 20/17/55-Salvador Pedraza Gonzaga
5 votos.

Tomo CXXIX. Pág. 49 A.D. 5825/55-Lucas Cordero Rivas-5 votos.

Tomo CXXIX. Pág. 804 A.D. 627/56-Elías Vázquez Angeles-una-
nidad 4 votos.

Tomo CXXX. Pág. 315 A.D. 2396/56-Mario Hernández Serrano
5 votos.

Sexta época, Cuarta Parte. Vol. XLII, Pág. 9 A.D. 668/60-Guillermo Romero
Ramírez-5 votos.

que habiten con ellos (1919), con la excepción de aquellos actos que ejecuten los menores encontrándose bajo la vigilancia y autoridad de otras personas (1920).

La patria potestad también se ejerce sobre los bienes de los descendientes menores sujetos a ella (413), para ello, el Código Civil en su artículo 425 determina "los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen...", pero esa facultad, también tiene sus restricciones, que se dan cuando los ascendientes que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los descendientes sujetos a ella, y en ése caso, éstos serán representados por un tutor nombrado por el juez para cada asunto en particular.

Un caso muy común que nos ayudará a ejemplificar éste aspecto de la patria potestad, es el que se dá cuando en una sucesión AB-Intestato, deben concurrir a deducir sus derechos tanto el cónyuge superstite como los descendientes del de cujus, en donde se considera que el cónyuge superstite tiene intereses opuestos aún a los de sus propios hijos, por lo que el juez deberá proceder a nombrarles un tutor especial para que defienda sus derechos.

Para la administración de los bienes del menor, los que ejercen la patria potestad sobre él, se pondrán de acuerdo para nombrar de entre ellos al administrador, quién tendrá la obligación de consultar a su consorte para todos los negocios que deba hacer, y además requerirá de su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración (426), pero, ¿cuales son los actos más importantes de la administración? muy probablemente sean los de enajenar, gravar o

hipotecar, y en general, todos aquellos para los que se requiera licencia o autorización judicial.

El que ejerce la patria potestad representa a -- los sujetos a ella en juicio de alimentos, en caso de que el obligado no quiera propiciarlos (315-II).

El Código Civil, clasifica los bienes de los menores en dos clases (428):

1.- Bienes que adquiera por su trabajo (428-I), los cuales pertenecen en propiedad y administración al menor -- (429) y pueden venderlos a sus padres (2278).

2.- Bienes que adquiera por cualquier otro título de los cuales pertenecen al menor la propiedad y la mitad del usufructo, y la otra mitad y la administración corresponden a las personas que ejercen la patria potestad (430).

Esta regla tiene sus excepciones:

a) Bienes legados o heredados por testamento, en éste caso, puede darse que el autor de la herencia señale que el usufructo se destine a un fin determinado o que se aplique al menor, y entonces, no corresponderá parte alguna a quién ejerza la patria potestad (430).

b) Bienes donados, en donde el donante puede estipular alguna aplicación al usufructo o a alguien que puede -- ser el mismo menor y tampoco corresponderá la mitad al que ejerce la patria potestad (430).

La mitad que corresponde a los que ejercen la patria potestad se repartirá por partes iguales entre los consortes, cuando son ambos quienes la ejercen, pero de ésta mitad, se deducirá el importe de los alimentos (319). Esta mitad --

no se podrá hipotecar (2898-IV).

c) Reditos y rentas vencidos antes de que entren en posesión de los bienes, los que ejercen la patria potestad, - en cuyo caso, pertenecen al hijo.

El derecho a la mitad del usufructo se extingue-
(438):

a) Por la emancipación derivada del matrimonio - o la mayor edad (438-I).

b) Por la pérdida de la patria potestad (438-II)

c) Por renuncia (438-III).-en efecto, los ascendientes a quienes corresponda la mitad del usufructo, pueden renunciar a él, debiendo hacerlo por escrito o de cualquier forma que no dejare lugar a duda (431), lo que se considerará como do nación (432).

Para la administración por parte de los que ejercen la patria potestad sobre los bienes pertenecientes a los so metidos a ella, no es necesario otorgar fianza (693-II) excepto:

a) Que los primeros hayan sido declarados en - - quiebra, o estén concursados (434-I).

b) Que contraigan nuevas nupcias (434-II).

c) Que su administración sea notoriamente ruino-
sa para los hijos (434-II).

Por otra parte, del artículo 435 se desprende -- que la administración sobre los bienes de los menores, puede -

ser cedida a éstos por quiénes la deban tener.

"Art. 435.- Cuando por la Ley o por la voluntad del padre, el hijo tenga la administración de los bienes..."

Cuando por ésta situación o cualquier otra el menor tenga la administración de sus bienes, se le considerará respecto de ésta como emancipado (435).

Sin embargo también tendrá algunas restricciones como son:

- a) enajenar (435)
- b) gravar (435)
- c) hipotecar bienes raíces (435)

Para lo cual necesitará de la autorización judicial (643-I).

Estas restricciones, también las tendrán los ascendientes que ejerzan la patria potestad, los cuales no podrán enajenar ni gravar los bienes inmuebles y tampoco los muebles preciosos, sino mediante la autorización del juez competente, a quién deberá de mostrársele que se trata de absoluta necesidad o evidente beneficio (436).

Una vez que haya sido concedida la licencia para enajenar esos bienes, el juez que la concedió deberá tomar las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto al que se pretendía destinarlo y para que el sobrante se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor (437).

Como medida, el dinero que se logre con la venta, deberá ser depositado en una institución de crédito, y no se podrá disponer de él, sino por orden judicial. (437 in fine).

Otras restricciones que tienen éstas personas -- con respecto a los bienes de sus descendientes sujetos a la patria potestad son (436) :

a) No podrán celebrar contrato de arrendamiento por más de cinco años sobre los bienes del menor.

b) No podrán recibir la renta anticipada por más de dos años.

c) No pueden vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados en un valor inferior al que se coticen el día de la venta.

d) No deben donar los bienes del menor.

e) No podrán hacer remisión voluntaria sobre los derechos de los sujetos a la patria potestad.

f) No pueden dar fianza en representación de sus descendientes menores.

También compete al juez, tomar las medidas que considere necesarias a fin de impedir que los bienes del menor se derrochen o disminuyan por la mala administración de los ascendientes que ejercen la patria potestad (441), pudiendo solicitarle a éstos que otorguen fianza para garantizar el manejo de los bienes del menor.

El juez actuará cuando se lo soliciten:

a) El menor, si ya hubiere cumplido 14 años (441)

b) El Ministerio Público (441).

c) Las personas interesadas (441) como: el ascendiente que tenga la patria potestad y no la administración, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado (315).

Una vez extinguida la patria potestad, por la -- emancipación o mayor de edad, las personas que la ejercieron, -- deberán entregar a los descendientes que estaban sujetos a ella, todos los bienes y frutos que les pertenezcan (442), así como -- también, tendrán la obligación de dar cuenta de su administra-- ción. (439).

La patria potestad puede acabarse, perderse o -- suspenderse.

I.- Se acaba:

a) Por muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quién recaiga (443) por lo que tendrá que nombrársele un tutor al menor, para lo cual el ejecutor testamentario si lo hay, los parientes o las personas con quién haya vivido deberán dar aviso al juez competente para que éste provea la tutela.

b) Por la emancipación derivada del matrimonio, -- que aunque el mismo se disuelva, el menor no recaerá en la patria potestad. (443 y 641).

c) Por la mayor edad del sujeto a la patria potestad (443) que comienza a los 18 años cumplidos (646), tanto para el hombre, como para la mujer (2).

II.- Se pierde (444):

a) Por condena expresa a la pérdida de éste derecho o porque sea condenado quién la ejerce, dos o más veces por delitos graves. Sobre este particular, el Código Civil no hace referencia de cuales son esos delitos graves.

b) En caso de divorcio, si el cónyuge culpable, a juicio del juez, se hace merecedor a la pérdida de la patria potestad y se le condena a ello.

c) Por que debido a las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, puede verse afectada la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos.

d) Por la exposición que los padres hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de 6 meses.

III.- Se suspende (447):

a) Por incapacidad declarada judicialmente, que puede ser:

1.- Por que quién ejerza la patria potestad esté privado de inteligencia por locura, idiotismo o inbecilidad, - aún cuando tengan intervalos lúcidos (450-II).

2.- Por ser sordomudos que no sepan leer ni escribir (450-III).

3.- Por ser ebrios consuetudinarios o habitualmente hagan uso inmoderado de drogas enervantes (450-IV).

4.- Por que sean declarados en concurso (2966).

b) Por la ausencia declarada en forma.

c) Por sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión de la patria potestad, y que pueda recuperarse, ya sea por recobrar la lúcidez o por muerte del cónyuge en quién recayó, en los casos de divorcio.

IV.- Por excusa.- La patria potestad no es renunciable pero si excusable si concurren las siguientes circunstancias:

a) Que quién la ejerza tenga 60 años cumplidos.

b) Que por su mal estado habitual de salud, no pueda atender debidamente a su desempeño.

R E F O R M A S U L T I M A S

Desde la promulgación del Código Civil de 1932, hasta la fecha, solo ha habido 4 reformas en lo que respecta a la patria potestad y han sido:

a) Enero de 1954, el artículo 426

El antiguo artículo 426, daba preferencia al varón sobre la mujer para llevar la administración de los bienes del sujeto a la patria potestad, y el actual, publicado en el Diario Oficial el día 9 de enero de 1954, en vigor desde el mismo mes (a los 10 días de su publicación), otorga el derecho de igualdad a la mujer con el hombre, al disponer que el administrador de los bienes del menor sujeto a la patria potestad será nombrado por mutuo acuerdo entre los consortes.

"Antiguo artículo 426.- Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será el varón; pero consultará en todos

los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración."

"Actual artículo 426.- Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración."

b) En enero de 1970, los artículos 438 y 443.

El artículo 438 que habla de la extinción del derecho de usufructo sobre los bienes del menor, concedido a las personas que ejercen la patria potestad, fué reformado - en su fracción primera para aclarar que la emancipación a la que se refería, era la derivada del matrimonio.

"Antiguo artículo 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I. Por emancipación o la mayor edad de los hijos..."

"Actual artículo 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad se extingue:

I. Por emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos..."

El artículo 443 se modificó en el mismo sentido:

"Antiguo artículo 443.- La patria potestad -
se acaba:

...II con la emancipación.III..."

"Actual artículo 443.- La patria potestad -
se acaba:

...II con la emancipación derivada del ma-
trimonio. III..."

La reforma hecha a ambos artículos es practica-
mente una aclaración al tipo de emancipación al que se refie--
ren, y es verdaderamente obsoleta, pues la misma Ley no contem-
pla otra forma de emancipación.

c) En diciembre de 1974, los artículos 418 y -
423.

Al igual que en la reforma tratada en el inciso
a), en ésta se plantea un latente sentido progresista por par-
te del legislador, actualizando nuestra Ley a las exigencias -
sociales derivadas de la misma necesidad de protección que re-
quiere el menor.

En efecto, en el artículo 418 se suprime la fi-
gura del hijo "reconocido", por que aún el hijo no reconocido
tiene el derecho de ser protegido y educado, pero la misma Ley
en su artículo 415 (Código Civil 1932) habla de los hijos reco-
nocidos, situación que también debió considerarse en éstas re-
formas.

En la adición al artículo 418, se otorga la facultad al juez de lo familiar de determinar el orden que deba seguirse para el ejercicio de la patria potestad por los abuelos paternos y maternos cuando falten los padres, pero atendiendo a las circunstancias del caso y no al hecho de ser abuelos "paternos" o "maternos"

Esto debió derivarse de la reforma que sufrió el artículo cuarto constitucional el mismo mes de diciembre de 1974, en el sentido de que tanto el varón como la mujer son iguales ante la Ley, sin embargo, encontramos un antecedente de dicha igualdad en la reforma al artículo 426 del Código Civil publicada el 9 de enero de 1954, 30 años antes que el texto constitucional.

"Antiguo artículo 418.- A falta de padres, ejercerán la patria potestad sobre el hijo, reconocido los demás ascendientes a que se refieren las fracciones II y III del artículo 414."

"Actual artículo 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."

Por su parte, el artículo 423, abolió la facultad que tenían los padres "de castigar" a sus hijos, dejándoles solo la de corregirlos. Además, incrementa el ámbito de aplicación de esa facultad de corrección, a aquellos padres que no -

teniendo la patria potestad, tengan a sus hijos bajo su custodia, sin embargo, la Ley no otorga en ningún caso, la custodia a aquellos padres que no tengan también la patria potestad, - por lo que este artículo debe referirse a otras personas que no sean los padres a cuyo cuidado se pongan los hijos.⁴⁸

Algo que habla bien de la reforma en cuestión, - es la obligación que se impone a los que ejercen la patria potestad de observar una conducta que sirva a los hijos de buen ejemplo, y la supresión que hace del término "autoridad paterna".

"Antiguo artículo 423.- Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna."

"Actual artículo 423.- Para los efectos del artículo anterior, los que ejercen la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente.

48- El artículo 282 del Código Civil vigente, faculta a los cónyuges divorciantes a escoger a la persona a cuyo cuidado quedarán sus hijos provisionalmente, que puede ser uno de ellos u otra persona distinta.

d) En diciembre de 1983 el artículo 283 otorga facultades al juez, para que en la sentencia de divorcio fije la situación de los hijos, resolviendo sobre la patria potestad y la custodia de los mismos, y a diferencia del anterior texto que señalaba las reglas para fijar la situación de los hijos, el nuevo texto da amplias facultades al juez para que resuelva de acuerdo a su criterio.

III.- PROBLEMAS ACTUALES DE LA PATRIA POTESTAD.

NO ES UNA POTESTAD

La palabra potestad se deriva de Latín "potestas, atis" que significa "dominio, autoridad", y a su vez dominio es el poder que se tiene sobre una cosa, que significa "tener facultad o el medio para hacer algo".⁴⁹

Por otra parte Pallares define al poder diciendo que significa dominio de la voluntad ajena.⁵⁰

De lo anterior, podemos deducir que la - - palabra potestad significa el dominio o autoridad que se tiene sobre una cosa, pudiendo ser ésta la voluntad ajena.

Como ya se vió en el primer capítulo, - - fue en Roma donde se le dió nombre a la Institución en estudio, llamándole "patria potestad", por ser en sus inicios, el poder casi ilimitado que tenía el padre o el abuelo sobre los descendientes,⁵¹ poder que daba a quien la ejercía el derecho de vida o muerte sobre el sujeto a ella; el derecho de venta; a la exposición; y al abandono noxal (derechos ya tratados en el capítulo II.).

49.- García Pelayo y Gross, Ramón. Opus Cit. Págs. 330, 699 y 708.

50.- Opus Cit. Pág. 606.

51.- Margadant S. Guillermo Floris. Opus Cit. Pág. 200.

En la antigua Roma, fue realmente un "poder" del padre sobre sus descendientes.

Durante la edad media, ese poder se suavizó un poco, desprovicionandolo del carácter ilimitado, y viendolo en cambio, como un derecho y un deber impuestos al padre quien podía ser sucedido por la madre, con el objeto de responder y velar por los intereses de los hijos, hasta en tanto comenzaran una vida económicamente independiente o en su caso, cuando la hija se casaba. (capítulo II).

En Francia, de principios del siglo pasado, la patria potestad se deja sentir como una autoridad -- ejercida por el padre y por la madre sobre la persona y bienes de sus hijos, con el fin de educarlos y de cuidar sus intereses, subordinando así, el dominio y autoridad que en un principio significó, al bienestar de los hijos. (capítulo II).

Sin embargo, en España de esa misma época, la patria potesta no evoluciona de la misma manera que en -- Francia, y se considera como un conjunto de " derechos " concedidos por la ley al padre, sobre la persona y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados.⁵²

Debido a la colonización de España en México, éste país se vió influenciado en sus leyes por el país conquistador, influencia a la que no escapó la Institución de la patria potestad.

Así tenemos, que de hecho y también de -- derecho, hasta antes del Código de 1870, el padre podía vender a su hijo y después comprarlo como si fuera un objeto, lo que nos demuestra que tenía una verdadera potestas sobre él.

En los Códigos de 1870 y 1884, se reduce

52.- García Goyena, Florencio. Opus Cit. Pág. 153.

la potestad de los padres a una simple facultad de corrección y castigo, así como a percibir hasta un 50% de usufructo sobre los bienes del menor.

De ésta manera, podemos observar como de ser una potestad absoluta la que ejercía el padre sobre sus descendientes, se ha ido convirtiendo en una función cuya finalidad es la de proteger la persona y los bienes del menor, lo que es plenamente manifiesto en nuestra época en la que el derecho o autoridad que tienen los padres sobre sus hijos, no se considera una potestad, sino más bien, una " función " entendida ésta como actividad consecuente de la paternidad.

En éste sentido encontramos la postura de Galindo Garffías quien afirma que la patria potestad: " Es una autoridad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad, no emancipados. De ésta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad sino una función propia de la paternidad y de la maternidad " ⁵³

Por su parte, también Rafael de Pina, nos dá su opinión al respecto: " más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una Institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del estado ". ⁵⁴

En igual situación nos coloca nuestra legislación vigente al establecer en forma clara las bases para que podamos afirmar que la patria potestad nos es una " potestad " .

53.- Opus Cit. Pág. 656

54.- Opus Cit. Pág. 374

Así, como se desprende de la lectura del - capítulo I del título octavo del libro primero del Código - Civil para el D. F. en materia común y para toda la República en materia Federal, solo el artículo 424 nos llama a la patria potestad " derecho " el cual aunque estimamos que es incorrecto, dista mucho de ser un sinónimo de " potestad "

" Art. 424.- El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expresso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho ..."

Mientras tanto el artículo 431 habla del derecho al usufructo que aunque vá intimamente ligado al ejercicio de la patria potestad, no debe confundirse con la misma.

El derecho al usufructo debe entenderse - como una contraprestación en favor de quien ejerce la patria potestad, a manera de premio y aliciente por y para la buena administración de los bienes del menor.

Por otro lado, el numeral 423 habla de la patria potestad como " facultad ", pero siempre en beneficio del menor.

" Art. 423.- "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la " facultad " de corregirlos y - la obligación de observar una conducta - que sirva a estos de buen ejemplo..."

Al respecto, Carneluti define el término " facultad " como: " la posibilidad de obrar en el campo de - de la libertad ".⁵⁵

55.- Pallares, Eduardo "Diccionario de Derecho Procesal Civil", México, Porrúa, S.A., 16a. Edición 1984. Pág. 366.

Sin embargo, debemos entender ésta liber
tad, en forma relativa, por encontrarse subordinada al inte-
res del menor, como se desprende del texto del ordenamiento
legal citado anteriormente, mismo que de manera clara, en su
artículo 413 expresa que el ejercicio de la patria potestad
sobre la persona y los bienes de los hijos, queda sujeto en
cuanto a la guarda y educación de los hombres.

Otra cosa que es importante tomar en con-
sideración es la característica de " irrenunciabilidad " de
la patria potestad, misma que se aprecia en el artículo 448
que a la letra dice:

" Art. 448.- La patria potestad no es re
nunciable; pero aquellos a quienes corres
ponda ejercerla, pueden excusarse:

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

Este artículo establece que la patria po-
testad no es renunciable aunque sí es excusable cuando, como
se puede apreciar, la persona a quien corresponde ejercerla
puede no estar apta para ello.

Entonces, si es irrenunciable, no es una
potestad, puesto que una potestad, entendida como dominio, -
autoridad o derecho, siempre será renunciable.

Basados en todo lo anterior, podemos ace-
verar que la patria potestad no es en la actualidad una " po-
testad " como lo fue en sus inicios.

ES UNA OBLIGACION

En efecto, la patria potestad es una obligación impuesta por la legislación vigente a aquellos que deben de ejercerla como un acto de protección hacia la persona y bienes del menor.

Por otra parte, el artículo 412 del mismo ordenamiento estipula que "los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la Ley"; el artículo 414 manifiesta que "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";

Por su lado, el artículo 415 manifiesta que "cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad"; y así por el estilo la Ley Civil habla en

forma imperativa de que los ascendientes deben ejercer la patria potestad.

Así pues, el Código Civil actual en su artículo 448 dispone que la patria potestad no es renunciabile, y sólo pueden excusarse de su ejercicio a aquellas personas que tengan 60 años cumplidos o que debido a su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

Al exponer la ley que la patria potes--tad no es renunciabile, le dá tácitamente el carácter de - - obligación.

Al respecto y como ya se vió, tanto - - Planiol como Colin y Capitant, hacen incapié en que los derechos que otorga la patria potestad son para permitir que - quiénes la ejercen puedan cumplir con sus obligaciones.

Quedó establecido que los fines que persigue la patria potestad son:

I.- Cuidar de la persona del menor dirigiendo su educación y procurando su asistencia.

II.- Cuidar de los bienes del menor conservándolos y restituyéndolos.

Observése que dentro de la finalidad de la patria potestad, no se encuentra beneficio alguno para - los ascendientes, sino solo para los descendientes.

Ahora bien, si el objetivo de la insti-

tución en estudio es la de proteger al menor, la única forma en que se puede lograr es imponiendo cargas u obligaciones a quiénes deban de tenerlas.

La ley señala a los ascendientes para imponerles esas obligaciones en primer lugar por que ellos son los responsables directos de la existencia del menor, y luego por que por razones de naturaleza son quiénes pueden cumplirlas buscando el mayor beneficio para el hijo o nieto.

De esta manera, podemos establecer que la patria potestad, lejos de ser un derecho, es una verdadera obligación de protección hacia el menor y que sólo para su ejercicio y oportuno desempeño dá algunas facultades a quiénes la ejercen.

SENTIDO SOCIAL DE LA PATRIA POTESTAD.

La patria potestad, es pues en nuestro tiempo, el resultado del interés que tiene la sociedad en que se proteja tanto a la persona como a los bienes del menor.

Es por ello, que el estado acentúa cada vez más su intervención procurando que se cumplan las finalidades de ésta institución.

De ésta manera, reconoce a la patria potestad como una institución de orden público en la cual está facultado para intervenir de oficio a través del Ministerio Público.

Así vemos que el artículo 315 del Código Civil vigente para el Distrito Federal otorga acción para pedir el aseguramiento de los alimentos al Ministerio Público, quién en términos generales es el representante de la Sociedad.

Al respecto cabe señalar la acertada -
opinión de Hugo Alsina al afirmar que la principal función
del Ministerio Público consiste en velar por el cumplimien-
to de las disposiciones que afecten el interés general.⁵⁶

Eduardo Pallares enumera como modalidad
de la intervención del Ministerio Público en el orden Civil
la siguiente:

"Como tercero interviniente, a fin de -
velar por los intereses y derechos de la sociedad o del Es-
tado o para proteger los intereses de los menores e incapa-
ces, así como de las instituciones o beneficiencias."⁵⁷

Así pues, el Ministerio Público como re-
presentante de la sociedad, debe velar por los intereses de
los menores sujetos a la patria potestad.

El artículo 940 del Código de Procedi-
mientos Civiles para el Distrito Federal, preceptúa que "to-
dos los problemas inherentes a la familia se consideran de
orden público, por constituir aquella la base de la integra-
ción de la sociedad".

Hugo Alsina define al orden público co-
mo el conjunto de normas en que reposa el bienestar común -
y ante el cual ceden los derechos de los particulares.⁵⁸

El artículo 941 del mismo ordenamiento -
dice: "El juez de lo familiar estará facultado para interve-
nir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, espe-
cialmente tratándose de menores y de alimentos, decretando

56.- Pallares, Eduardo. Opus Cit. Pág. 563.

57.- Idem. Pág. 565.

58.- Idem. Pág. 588.

las medidas que tiendan a preservarla y a proteger a sus miembros..."

Por otra parte, Galindo Garfias le dá un carácter ético social a la patria potestad al escribir que "el cuidado y protección de los menores, que corresponde desempeñar en manera original y por decirlo así natural, al padre y a la madre, atribuye un complejo de facultades y derechos a los progenitores para que en el ejercicio de esa autoridad, puedan cumplir esa función ético social que actualmente es la razón que funda la autoridad paterna." 59

También debemos recordar que la Ley adjetiva de la materia determina que para vender o gravar los bienes inmuebles del hijo, vender los muebles preciosos o consentir la extinción de derechos reales, se requiere de autorización judicial mediante incidente en el cual intervengan además, el Ministerio Público y un tutor especial nombrado por el juez.

Queda de esta manera, establecido que el correcto desempeño de la patria potestad como institución, interesa a la Sociedad, motivo por el cual el estado ha acentuado su intervención.

PATERNIDAD RESPONSABLE

La filiación trae consigo responsabilidades que van más allá de la regulación que pueda darle la norma jurídica.

Responsabilidades que nacen del propio acto de la procreación o de la adopción, y de las cuales debe formarse conciencia para que de esta manera pueda cumplirse con el objetivo básico de la Ley Reguladora de la Patria Potestad, y que se resume en la guarda y cuidado de la persona y bienes del menor.

Para ello, es menester hacer entender a los padres, que los hijos son su responsabilidad y que al traerlos al mundo, han contraído el compromiso con ellos mismos, con la sociedad y en especial con sus hijos, de proporcionarles seguridad, protección, cariño y comprensión.

La historia nos muestra como es que incluso la propia ley, consideraba a los hijos, practicamente como objetos al servicio de los padres, y como esa idea ha ido evolucionando hasta convertirse en una norma protectora del infante.

...

Aún en la actualidad la mayoría de los padres a cualquier nivel, se preocupan más por satisfacer sus propias necesidades sin atender a las presentes y futuras de sus hijos, hasta el grado de convertirlos a veces en una fuente más del ingreso familiar, lo que provoca en los menores -- una madurez precoz, que les impide disfrutar de su niñez y -- que en cambio, fomenta la aparición de vicios y malas costumbres, y otras veces en abandonarlos materialmente con la servidumbre o en guarderías, privándolos así de su atención y cariño, por dedicarlos a sus trabajos y compromisos sociales, - convirtiendo a su familia en una familia de fin de semana.

La responsabilidad de educar a los hijos - no es delegable por que nadie podrá hacerlo mejor que aquel - que por naturaleza le corresponde tal misión.

La personalidad de los niños, se modela -- inicialmente en el seno de la familia.⁶⁰

Para preservar una sociedad, es necesario cuidar de los niños, protegerlos y educarlos, que al fin y al cabo son los hombres del mañana.

Para educar a los niños, cada cultura prescribe modos distintos, así en la nuestra, el padre se mira como el protector del hijo y no como su dueño, a medida que el hijo se aproxima a la virilidad y se hace dueño de su conducta.

No obstante lo anterior, no basta que esos derechos sean establecidos por la ley, sino que es indispensable que tanto la sociedad como los padres los respeten y cumplan con ellos a través de la educación de sus propios hijos, la cual comprende no sólo enviarlos a la escuela, sino que -- también, la socialización del menor, su introducción a la vi-

...

60- Recasens Siches Luis. Sociología. Editorial Porrúa. México 1963 pag.474.

da social, la formación de su personalidad, la inculcación de valores morales, etc.

La misión educativa de los padres, es de suma importancia ya que acarrea serias y trascendentales responsabilidades, por que los resultados posteriores de esa buena o mala educación se verán reflejados a través de las conductas de sus hijos. Por lo general, se culpa únicamente a los padres por los problemas de sus hijos, sin embargo, no toda la responsabilidad es de ellos., sino que la propia sociedad en mucho ha contribuido a que los niños, jóvenes y adultos presenten una actitud irresponsable e indiferente.

Es por eso, que se torna indispensable concientizar a la sociedad en general y a los padres en especial de la importancia que tiene la debida educación de los niños para lograr hacer de ellos, hombres de bien que con sus pensamientos y actitudes hagan del país y de todo el mundo, un lugar digno de vivir que refleje a una sociedad más justa e igualitaria.

Por ello, el gobierno federal, a través de sus dependencias, ha emprendido campañas para enseñar a los padres que educar a sus hijos es convivir con ellos, conversar con ellos, escucharlos, observarlos y participar con ellos en sus juegos, sus tareas, sus gustos, sus aficiones y en sus problemas, prestándoles atención, permitiendo que su personalidad se desarrolle sin trabas ni obstáculos, pero sí con orientación y guía.

Es pues, la paternidad responsable, una tarea de todos los integrantes de una sociedad.

IV.- NUESTRA TEORIA.

EL DERECHO SE ADECUA A LA REALIDAD SOCIAL.

Durante la lectura del capítulo que precede, hemos podido apreciar la transformación del contenido del sentir y del pensamiento de los conformantes de las distintas sociedades en el tiempo, manifestado en ese conjunto de disposiciones que regulan la actividad en la vida de los pueblos.

Así pues, tenemos que la institución - que hoy se erige para bien de los hijos de hoy que serán - los padres del mañana, comenzó menoscabando los derechos de los sujetos a ella, en beneficio de quienes con alevosía y protección de la Ley la ejercían.

En efecto, en Roma antigua, la patria - potestas otorgaba todos los derechos al padre y todos los - deberes eran para el hijo, con el paso del tiempo, los derechos del padre fueron disminuyendo, así como también disminuyeron los deberes del hijo, para continuar de ésta forma su marcha imponiendo ya algunos deberes al padre y algunos derechos al hijo, para en su etapa final, beneficiar al - hijo con todos los derechos y gravar al padre con todas las obligaciones.

De ésta manera, ha dejado de ser un derecho más para quien la ejerce, en detrimento del hijo, para convertirse en una obligación impuesta a quien por naturalza, le corresponde el ejercicio de la patria potestad en beneficio del descendiente, reiterando formalmente, el sentir y el pensamiento de la sociedad, que en ésta época, se inclina paulatinamente hacia la justicia social y los derechos humanos que como abogados y como hombres, tanto hemos aclamado.

No obstante lo anterior, aún nos faltan muchos logros por alcanzar, debiendo recordar que las Leyes, como hechos de los hombres, adolecen de imperfecciones que con el transcurso del tiempo, han sido y serán superadas en la medida que la sociedad vaya avanzando por el camino de la racionalidad y el desarrollo.

NUESTRA SOCIEDAD CONCIBE A LA PATRIA POTESTAD COMO UN DEBER
HACIA EL HIJO Y HACIA LA SOCIEDAD

Ya se ha dejado establecido que la patria potestad más que un derecho es un deber, sin embargo como también ya se vió, no siempre ha sido así, aunque afortunadamente ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo perdiendo ese carácter autoritario, para adquirir el de protección de la persona y bienes del menor.

Nuestro Estado, quién acata la voluntad del pueblo integrante de nuestra sociedad, ha intervenido en la institución de la patria potestad dándole un matiz de obligatoriedad que responde a la necesidad de protección de la persona y bienes del menor en lo cual se interesa la comunidad.

En efecto, a la sociedad le interesa que el desarrollo del menor sea el adecuado por que el menor de hoy es el hombre del mañana, y de éste dependerá la forma de la vida nacional.

Así pues, el estado obliga a los ascendientes a ejercer la patria potestad, e impone sanciones a quiénes coloquen en una situación aflictiva a los menores.

De ésta manera, el Código Penal vigente para el Distrito Federal, impone la pena de un mes a cinco años de prisión, privación de los derechos de familia, y pago de reparación del daño, de las cantidades no suministradas oportunamente, a quién sin causa justificada abandone a sus hijos sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia (art.336). Este delito se persigue de oficio (art. 337).

En ese mismo orden, el citado ordenamiento impone pena de prisión de 6 meses a 3 años, al que intencionalmente se coloque en estado de insolvencia, con el objeto de eludir el cumplimiento de las obligaciones alimentarias que la Ley determina (art. 336 bis).

Debemos observar, sin embargo, que el abandono que se realiza cuando el menor tiene recursos para atender sus necesidades de subsistencia, no es punible, y que en general no se obliga al padre a retornar al lado de sus hijos.

Lo que nos hace preguntarnos ¿ Acaso la patria potestad no es una institución de orden público que impone a los ascendientes diversas obligaciones con la finalidad de proteger la persona y los bienes del menor sujeto a ella, así como también de propiciar su sano desarrollo? - ¿ Es solamente la obligación de propiciarles los recursos necesarios para atender sus necesidades de subsistencia? - ¿ Es de tan poca importancia para el legislador la educación del menor, la protección dada en una adecuada representación?

Claro está que la patria potestad es una institución de orden público que crea obligaciones a cargo - de quienes deben ejercerla, orientadas a la protección de la persona y bienes del menor sujeto a ella y al desarrollo del mismo, como ya quedó establecido.

También podemos afirmar que no es verdad que la patria potestad solo obligue a los padres a propiciar los recursos necesarios para cubrir las necesidades de subsistencia del menor, por todo lo que hemos expuesto en los capítulos que preceden.

Menos podemos pensar que al legislador - no le importa la educación del menor lo que sucede, es que la legislación atiende a razones de naturaleza propia de las personas, es decir, si una persona en ejercicio de la patria potestad abandona a sus hijos, es por que la naturaleza particular de esa persona no es la adecuada para cumplir con tal responsabilidad y por ende, el obligarla traería consecuencias - que afectarían al menor.

Sin embargo, así como la ley penal sancionna el desamparo económico en que se deja a los hijos, también debería sancionar el desamparo educacional, por causar éste - graves trastornos al propio menor así como a la sociedad en que se desarrolla, faltando de ésta manera con el deber que - en favor del hijo y la sociedad, tiene todo individuo colocado en el ejercicio de la patria potestad.

LUEGO LA PATRIA POTESTAD ES. . .

Según se estableció la patria potestad no es una "potestad" propiamente dicha, por que los derechos que otorga están en función de los deberes que crea para quiénes la ejercen, pero sí podemos afirmar que es una "obligación" a cargo de los ascendientes a quiénes corresponde su ejercicio de acuerdo a la prelación del artículo 414 del Código Civil - vigente para el Distrito Federal.

Luego entonces, la patria potestad es la institución de orden público que crea obligaciones a cargo de quiénes deben ejercerla, orientadas a la protección de la persona y bienes del menor sujeto a ella, y a su desarrollo.

Por otra parte es un vínculo jurídico que tiene su origen en la filiación tanto consanguínea como Civil.

En efecto, al establecerse legalmente la filiación, sin importar si son hijos nacidos de matrimonio_

o fuera de él o adoptivos, se crea un vínculo jurídico entre los ascendientes y el descendiente, vínculo que importa una serie de obligaciones recíprocas como la de los alimentos.

Sin embargo, cuando esas obligaciones, están a cargo de los ascendientes y las de los descendientes están solo en función de las de aquellos, estamos hablando de la patria potestad.

Entonces, podemos afirmar que la relación parental o familiar es el género, mientras que la patria potestad es la especie, es decir, que toda relación de patria potestad es una relación familiar, pero no toda relación familiar es una relación de patria potestad, por que ésta solo se dá entre padres en su ejercicio e hijos menores de edad.

Los sujetos pasivos en la patria potestad son los descendientes, hijos o nietos menores de edad. En la relación familiar pueden serlo cualquiera (ascendientes, descendientes, cónyuge, tíos, parientes dentro del cuarto grado).

Los sujetos activos de la patria potestad son los ascendientes, padres o abuelos. En la relación familiar pueden serlo también los descendientes, hijos o nietos, el cónyuge, tíos y en general los parientes colaterales dentro del cuarto grado.⁶¹

Por último, debemos recordar que hay tantas relaciones de patria potestad, como hijos se tengan.⁶²

61.- Código Civil citado. Arts. del 301 al 307.

62.- Flores, Fernando. Opus Cit. Págs. 119 y 120.

CONCLUSIONES.

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

El estudio que hemos realizado sobre la -
evolución de la patria potestad, nos lleva a concluir lo si -
guiente:

I.- La patria potestad tiene su origen en
la antigua Roma, lugar donde al amparo de la legislación, se
erigía en beneficio del ascendiente a quien correspondía su -
ejercicio.

II.- Al través de los siglos, y de las dis
tintas legislaciones, ésta institución encuentra a paso lento
su evolución, hasta el concepto actual el cual la considera -
como " función social ".

III.- De ésta manera, quedó establecido que
la patria potestad, no es ciertamente una "potestad " del pa-
dre, sino más bien, una obligación impuesta por nuestro dere-
cho a los ascendientes, la cual busca la protección y el bie-
nestar del menor de edad no emancipado.

IV.- Esta institución encierra un sentido
social como resultado del interes que tiene la sociedad en la
protección y educación del menor, por lo que en su reglamenta
ción se deja sentir como un deber hacia el hijo y hacia la -
sociedad.

V.- No obstante que el derecho se adecua a la realidad social, nuestra legislación necesita cambios - que permitan a la sociedad estar más acorde con el tiempo - que vive y de ésta manera dar mayor protección al menor.

VI.- Por último, podemos concluir que la patria potestad es la institución de orden público que crea obligaciones a cargo de quienes deben ejercerla, orientadas a la protección de la persona y bienes del menor sujeto a ella, y a su desarrollo.

B I B L I O G R A F I A

Bravo González, Agustín
Bialostoski, Sara
Compendio de Derecho Romano
México, Pax, 9a. edición, 1978.

Enneccerus, Ludwing. 'et.al'
Tratado de Derecho Civil. Derecho de Familia
Volumen II
Barcelona, Bosh, 2a. edición 1952
Trs. Blas Pérez González; José Alguer y José Castán Tobañas.

Flores Gómez, Fernando
Introducción al Estudio del Derecho. Y Derecho Civil
México, Porrúa, 3a. edición 1981.

Galindo Garfias, Ignacio
Derecho Civil. Primer Curso
México, Porrúa, 5a. edición 1982.

García Goyena, Florencio
Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español
Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial, 1852.

García Pelayo y Gross, Ramón
El Pequeño Larousse
España, Larousse, 10a. edición, 1982.

Ibarrola De, Antonio
Derecho de Familia
México, Porrúa, 2a. edición, 1981.

Margadant S., Guillermo Floris
El Derecho Privado Romano
México, Esfinge, 10a. edición, 1981

Mazzeaud, Henri 'et.al'
Lecciones de Derecho Civil
Parte Cuarta
Volumen IV
Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1965.
Tr. Luis Alcalá Zamara y Castillo.

Messineo, Francesco

Manual de Derecho Civil y Comercial

Tomo III

Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1971.
Tr. Santiago Sents Melendo a la Octava edición de la obra en Italiano.

Muñoz, Luis

Castro, Salvador

Comentarios al Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California.

México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1974.

Pallares, Eduardo

Diccionario de Derecho Procesal Civil

México, Porrúa, 16a. edición, 1984.

Petit, Eugène

Tratado Elemental de Derecho Romano

Madrid, Saturnino Calleja, 1940

Pina, Rafael

Elementos de Derecho Civil Mexicano

Volúmen I

México, Porrúa, 8a. edición, 1977.

Recasens Siches, Luis

Sociología

México, Porrúa, 1a. edición, 1963.

Rodríguez de San Miguel, Juan N.

Pandectas Hispano-Mexicanas

Tomo II, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 3a. edición, 1980.

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal

Leyva, Gabriel
Cruz Ponce, Lisandro
México, Colección Themis-Chapultepec, 1a. edición 1978

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California

Decretado el 8 de diciembre de 1870
en vigor a partir del 1° de marzo de 1871

Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California

Decretado el 14 de diciembre de 1883
en vigor a partir del 31 de marzo de 1884

Suprema Corte de Justicia de la Nación 3a. Sala Sexta Epoca,
Cuarta Parte Volumen XLII