

Tej  
542A

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD  
COMO INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL MENOR"

T E S I S

QUE PARA OPTAR EL TITULO DE  
LICENCIADA EN DERECHO

PRESENTA

MA. CRISTINA OCHARAN RENTERIA

FACULTAD DE DERECHO  
SECRETARIA ACADEMICA  
EXAMENES PROFESIONALES

MEXICO, D.F., NOVIEMBRE 1986



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **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.

LA TUTELA Y LA PATRIA POTESTAD, COMO  
INSTITUCIONES PROTECTORAS DEL MENOR.

INTRODUCCION

CAPITULO I.- LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA EN EL  
DERECHO ROMANO:

- 1.1 ANTECEDENTES HISTORICOS
- 1.2 LA FAMILIA ROMANA
- 1.3 CARACTERISTICAS DEL PODER DOMESTICO.
- 1.4 PATRIA POTESTAD
- 1.5 LA TUTELA EN EL DERECHO ROMANO

CAPITULO II.- CARACTERISTICAS DE ESTAS INSTITUCIONES  
EN EL DERECHO GRIEGO:

- 2.1 LA FAMILIA
- 2.2 EL DERECHO DE SUCESION
- 2.3 EFECTOS DE LA EMANCIPACION Y LA ADOPCION.
- 2.4 LA AUTORIDAD FAMILIAR.

CAPITULO III.- LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA EN EL  
DERECHO MEXICANO:

- 3.1 PRINCIPIOS DE DERECHO ENTRE LOS - AZTECAS.
- 3.2 CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIO DE LA - BAJA CALIFORNIA
- 3.3 LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.
- 3.4 LA PATRIA POTESTAD EN EL ACTUAL CODIGO DE 1928 Y SUS REFORMAS.
- 3.5 LA TUTELA COMO INSTITUCION PROTECTORA DEL MENOR.

CAPITULO IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA  
POTESTAD Y DE LA TUTELA:

- 4.1 PROBLEMA TERMINOLOGICO
- 4.2 DEFINICION
- 4.3 ASPECTOS JURIDICOS
  - 1.- La Patria Potestad como Función.
  - 2.- La Patria Potestad como Derecho Subjetivo.
- 4.4 EL D.I.F. COMO ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO PROTECTOR DEL MENOR EN EL REGIMEN JURIDICO MEXICANO.
- 4.5 CARACTERISTICAS GENERALES DE LA TUTELA.
- 4.6 PERSONAS SUJETAS A TUTELA Y CLASES DE TUTELA.

NOTAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA



CAPITULO IV.- NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA  
POTESTAD Y DE LA TUTELA:

- 4.1 PROBLEMA TERMINOLOGICO
- 4.2 DEFINICION
- 4.3 ASPECTOS JURIDICOS
  - 1.- La Patria Potestad como Función.
  - 2.- La Patria Potestad como Derecho Subjetivo.
- 4.4 EL D.I.F. COMO ORGANISMO PUBLICO DESCENTRALIZADO PROTECTOR DEL MENOR EN EL REGIMEN JURIDICO MEXICANO.
- 4.5 CARACTERISTICAS GENERALES DE LA TUTELA.
- 4.6 PERSONAS SUJETAS A TUTELA Y CLASES DE TUTELA.

NOTAS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCION

La consideración que nos merecen nuestros semejantes - despertó en nosotros la vocación por el Derecho. Pero queremos dejar constancia de que nuestra preocupación por servirles se avivó más intensamente al contemplar a los menores dentro de la sociedad.

Y no es que el caso del anciano, o del hombre maduro o del joven no nos hayan interesado, no, pues todos son sujetos del Derecho, lo sabemos, todos tienen un destino temporal y espiritual, lo reconocemos; y todos merecen protección y estímulo del orden jurídico, desde luego. Pero no podemos menos de subrayar que, entre todos ellos, el menor despertó más intensamente nuestra preocupación jurídica porque, definitivamente, sin menores, no habría la esperanza de sociedad, y todo lo que hagamos por el menor redundará, tarde o temprano, en última instancia, en beneficio de la misma. A mejor menor corresponderá sin duda una mejor sociedad. Esta será mañana lo que sean los menores de hoy. Y así en el orden jurídico.

Esa motivación dió origen a esta tesis, que presentamos para recibir el título de Licenciada en Derecho. Para elaborarla consideramos necesario formularnos un plan, comenzando por analizar los orígenes de la patria potestad y de la tutela en el Dere--

cho Romano, fuente principalísima del Derecho Occidental y del Mexicano moderno. Hemos querido también ver sus características en el antiguo Derecho Griego, cuna de la civilización de los pueblos occidentales. Y de allí pasar al análisis de estas instituciones en nuestro Derecho patrio, arrancando desde tiempos de los aztecas, y viendo luego su tratamiento en los códigos decimonónicos de 70 y 84, para pasar después a la Ley de Relaciones Familiares de 1917. Naturalmente nuestro análisis habría de intensificarse al tomar en cuenta la legislación vigente que data de 1928. Esta fuente legal nos sirve de base para hacer el estudio de la naturaleza jurídica de ambas instituciones, a saber, la tutela y la patria potestad.

Como conclusiones de todo ese análisis, hemos llegado a la convicción de que el legislador positivo moderno ha llegado a la elaboración técnica y legal de estas figuras considerándolas como instituciones protectoras del menor. De suerte que es en beneficio de éste como las ha organizado y no en el provecho de quienes sean titulares de tutela o patria potestad. Estos fungen como sujetos deudores dentro de esa relación obligacional que se establece entre tutor y pupilo y padres e hijos. Tutela y patria potestad son medidas proteccionistas del menor; y en buena hora, pues es el menor, por su indigencia natural y por su situación, quien re-

quiere y necesita los cuidados del mayor. Si se nos permite una última observación, fijemonos sólo en un hecho natural: la vida no sería posible sin el apoyo que los mayores han de dar a los menores. Es de razón natural y en ésta encontramos la razón última que tuvo en cuenta el legislador para dar cuerpo y estructura legal a la tutela y a la patria potestad como instituciones protectoras del menor.

CAPITULO PRIMERO  
LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA EN EL  
DERECHO ROMANO

## 1.1 Antecedentes históricos

Empezaremos por decir que en el devenir histórico del Derecho Romano, la Patria Potestad presenta las mismas características en los orígenes que en épocas posteriores, y no es sino hasta el final del Imperio que sufre una evolución notable bajo el influjo del Cristianismo. No queremos decir con esto que el desarrollo de esta Institución haya permanecido estático; pues si bien es cierto -- que la Patria Potestad era orgullo, centro motor del Derecho Romano, esto no fue obstáculo para que en algunos aspectos hubiera ciertas -- variaciones las cuales estudiaremos más adelante. Es así como Fritz Schulz en su obra de Derecho Romano clásico escribió, comparando el desarrollo del matrimonio con la patria potestad romana, lo siguiente:

"El Derecho clásico del matrimonio es sin duda alguna, el logro más impresionante del genio jurídico de Roma. Y por serlo, nos parece de una modernidad sorprendente. El Derecho clásico concerniente a padres e hijos es todo lo contrario. El Derecho antiguo, rígido y patriarcal, subsiste en lo que afecta a las relaciones pater-filius y la influencia del movimiento humanista, si bien resulta apreciable también en este campo, no afecta a la raíz del Derecho arcaico. La Patria Potestad continúa siendo la institución central del Derecho concerniente a padres e hijos. La idea de una "mater-potestas" no es

siquiera tomada en consideración por los juristas romanos ortodoxos, no obstante las sugerencias que en favor de la misma les brindaba - el derecho provincial y la costumbre. Las relaciones jurídicas entre padres e hijos, salvo en lo referente a la Patria Potestad resultan insuficientemente desenvueltas". (1) Ciertamente que la dureza de la antigua Patria Potestad fue un tanto atenuada, pero esta "relajación" tropezó con serias oposiciones y fue llevada a cabo mediante artificiosos expedientes dada la aversión que sintieron los juristas hacia toda forma drástica. La Patria Potestad fue considerada como el sostén del romanticismo. Los juristas clásicos se mostraron siempre orgullosos de esta rígida concepción de la Patria Potestad romana. Así pues, en contraste con el Derecho Romano del matrimonio, aquél que se refiere a los padres y a los hijos presenta una nota de indudable arcaísmo, lo cual hizo que resultara anacrónico dentro de la misma época clásica. Solamente el influjo del Cristianismo pudo obligar la humanización de este tipo de Derecho mediante algunas reformas hacía ya largo tiempo reclamadas.

Ahora bien, es indudable que el sistema a seguir para el estudio de esta Institución; es precisamente el que parte de su naturaleza, analiza su concepto y explica su función, y llega hasta las diferentes causas de extinción de la Patria Potestad Romana. Esta será la metodología a seguir en el presente estudio.



También es pertinente señalar en forma particular la necesidad que existe de analizar la estructura de la familia romana, sus características, su naturaleza y organización, pues es esta Institución un presupuesto para la existencia de la patria potestad, quien encuentra la principal forma de manifestarse en las relaciones entre padres e hijos.

De la misma manera será necesario analizar las características del poder doméstico ejercido por el patriarca sobre las personas que están bajo su autoridad. Asimismo el dar un enfoque general acerca de la función que tenía la Institución de la tutela dentro del Derecho Romano, ya que como sabemos, ésta era considerada por las leyes romanas como el medio de proteger a las personas incapaces para ejercer sus derechos.

## 1.2 La familia romana

La palabra familia significó, en principio como afín de Famulus, la servidumbre sometida al poder de la casa, comprendía tanto a los individuos libres pertenecientes a ella ("liberis"), que venían a ser los hijos, como a los esclavos ("servi"). Más tarde el concepto de familia cambió, así como también el poder del pater familias se diversificó en "potestad", sobre las personas libres de la casa, y en "propiedad" sobre los esclavos que eran parte del patrimonio de aquél.

A estos últimos también se les designó con el nombre de pecunia incluso se llegó a hablar de familia y pecunia refiriéndose con estos dos términos a los liberis como parte integrante de la familia - y a los pecunia o esclavos como parte del patrimonio. De esta forma es necesario advertir que habremos de analizar, únicamente, el aspecto referido al conjunto de personas libres sometidas a la autoridad paterna.

En primer término, se encontraba bajo la Patria Potestad del Pater familias la mujer, a menos que su matrimonio se hubiese realizado sine manu, que comenzó a ser, por cierto, una regla general en la última época de la República. La mujer que se encontraba sometida a la potestad del marido se le llamó "mater familias", no porque ella tuviese poder alguno, sino más bien por el hecho de ser madre.

Se encontraban sujetos también a la patria potestad los hijos de los hijos del pater familias, es decir, los nietos de éste, en el supuesto de que hubiesen sido procreados en legítimo matrimonio (iustum matrimonium), y las mujeres de ellos, a menos que el matrimonio hubiese sido libre, sin la potestad para el marido. También pertenecían a la familia romana que analizamos, las personas adoptadas por el pater familias y los hijos extramaritales si posteriormente

eran legítimos.

También estaban bajo la patria potestad del padre las personas libres que se hallaban con la familia en relación de mancipación (in causa mancipi) es decir, los hijos de otra casa enajenados por -- su progenitor.

A mayor abundamiento citaremos textualmente a Pietro Bonfante quien nos dice que: "La familia romana es un grupo de personas -- unidas entre sí, pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre los demás". (2)

### 1.3 Características del poder doméstico

El poder doméstico del padre de la familia antiguamente fue llamado, en todos los casos en que era aplicado: MANUS; pero ya en época posterior el manus sólo indicaba la potestad sobre la mujer; el poder doméstico aplicado a hijos y nietos se le llamó: patria potestad.

El poder del pater familias sobre las personas a él sometidas era, en un principio, ilimitado; incluso lo autorizaba a decidir sobre la vida o muerte de ellas, a lo que se llamó ius vitas necisque. El padre de familia podía, a su libre arbitrio, castigar, vender y aún -- matar a los que se encontraban bajo su potestad. Del mismo modo, al pater familias correspondía un poder absoluto sobre todo el patrimonio

doméstico. En el Derecho clásico el padre tenía la propiedad exclusiva de este patrimonio, pero, originalmente, la propiedad era común a todos los miembros de la casa por lo tanto el poder en este punto se reducía al derecho de administración y disposición sobre la misma -- así el hijo carecía de derecho alguno para intervenir en las determinaciones de su padre en lo concerniente al patrimonio. Pero, al morir el padre de familia, los hijos adquirían estos derechos, de la misma manera como se emancipaban de la potestad paterna. Provocando con esto que el caudal familiar quedara indiviso y que se multiplicara el poder doméstico patrimonial, ya que cada partícipe adquiriría para sí un pleno poder de disposición sobre el patrimonio común.

Mientras el fillifamilias permanecía bajo la potestad del padre podía realizar negocios jurídicos, siempre y cuando tuviera la edad -- requerida y no fuera enajenado mental. No obstante, esta capacidad de obrar y negociar todas las adquisiciones efectuadas o derivadas de los negocios jurídicos realizados por el hijo, entraban en forma automática bajo el poder de disposición del padre y, como regla general, éste delegaba ese mismo poder a su hijo, otorgándole un peculio poder que era revocable en todo momento, ya que la titularidad de los bienes -- siempre correspondía al padre.

Una característica más de este poder doméstico en lo que --

respecta al pater familias, era su irresponsabilidad, como regla general, por las obligaciones que asumieran sus hijos emancipados; principio éste que responde fundamentalmente a la característica de soberanía del poder doméstico del pater familias, y es indudable que solamente podía haber sido limitado en forma parcial bajo la presión de ideas modernas y por las necesidades imperiosas que imponía la realidad.

De acuerdo con el Derecho Romano antiguo, el padre de familia en ningún momento respondería por las deudas contraídas por sus hijos en sus negocios jurídicos. En lo que respecta a los delitos cometidos por estos últimos lo único que lo afectaba eran las consecuencias por la comisión de éstos o cuando impidiera la persecución del culpable.

Por lo anterior podemos afirmar que los hijos, en cuanto a sus personas se refiere no eran objeto del poder soberano del padre, y en el aspecto patrimonial dependían por entero de él. En un principio carecían de capacidad para poseer un patrimonio propio, esta situación prevaleció hasta que en la época imperial, el antiguo poder familiar se debilitó por influencia de las ideas griegas y cristianas.

Una vez iniciado el estudio de la naturaleza de la institución procede el análisis detallado de la patria potestad romana.

#### 1.4 Patria Potestad

La patria potestad romana debe entenderse necesariamente como un caso específico de aplicación del poder unitario absoluto ejercido por el pater familia de igual forma sobre personas y cosas. Sobre los individuos libres o no, aun cuando ya anotamos que se refería principalmente a las personas de los hijos legítimos y sus bienes, pues en lo que toca a los no libres, es decir a los esclavos, se les consideró como cosas pertenecientes al patrimonio del pater familia.

En forma paulatina la patria potestad adquiere características peculiares que la distinguen del señorío puramente material que el padre ejercía sobre las cosas pertenecientes a su patrimonio. Esto mismo hizo que la patria potestad se modificara, aunque no lo suficiente, hasta hacerle perder casi todos los rasgos de aquella vieja concepción.

La patria potestad comienza al nacer el hijo legítimo quien queda sometido, desde ese momento, a la potestas del pater familias. Si el hijo era concebido fuera de matrimonio era ilegítimo, aun cuando su nacimiento coexistiera temporalmente con el matrimonio. La patria potestad como se expone, comenzaba con el nacimiento del hijo y por regla general se extinguía con la muerte del pater familias, en cuyo caso los hijos y las hijas quedaban libres, asumiendo los primeros, a su vez, el ejercicio de este derecho sobre sus propios hijos y nietos. Se daba el \_



caso, que una vez muerto el pater familias, la familia se dividiera en tantas familias como hijos dejaba el padre; se puede decir que éstas - son las únicas causas naturales de adquisición y extinción respectivamente de la patria potestas.

También se adquiría la patria potestad por medio de la figura jurídica de la adopción, la cual existió en el Derecho Romano con la finalidad de continuar la estirpe, y que se hizo necesaria para la supervivencia del culto de los antepasados, puesto que si se extinguía la familia, con ella terminaba también el culto familiar, lo que significaba, de acuerdo con antiguas creencias, una desgracia que era preciso evitar. Por esto cuando la naturaleza impedía la procreación se acudía a la adopción como un medio de continuar la familia y evitar la "catástrofe". Todo a un tiempo.

Otra Institución similar a la adoptio, en lo que toca a los procedimientos y a la contemporaneidad, es la forma de liberación de la patria potestad llamada emancipatio. Esta se realiza como un negocio jurídico de acuerdo con lo establecido por la ley de las "Doce Tablas" sobre la liberación por triple venta: El pater familias emancipaba a su hijo a otro ciudadano, el cual lo liberaba de su mancipio, con lo que el hijo volvía a ingresar a la patria potestad. La mancipación y la liberación se repetían. Más tarde se procedía a una tercera mancipatio; si

el tercero concedía la libertad al hijo, la consecuencia era que éste ya no volvía a la patria potestad de su padre: Sin embargo, había la idea de que al realizarse esta tercera manumisión, adquiría lo mismo que - en el caso de la manumisión de un esclavo, una especie de Derecho de patronato sobre el emancipado; el hijo, para evitar lo anterior después de esta tercera reemancipación, era reemancipado al padre manumitiéndolo este último. Así el derecho de cuasi patronato, lo adquiría el padre de familia en concepto de parens manumisor y no el tercero que -- ningún ascendiente tenía sobre el emancipado y que solo intervenía por formulismo en el negocio. Como en la adopción, para la emancipación de hijas y nietos, sólo bastaba con una mancipatio, con la consiguiente reemancipatio del pater familias y la emancipatio definitiva.

No obstante la similitud entre las dos instituciones anteriormente enunciadas: la adoptio y la mancipatio cabe anotar las diferencias -- existentes entre éstas, pudiendo citar las siguientes:

La adopción es una figura antiquísima con una consecuente transformación posterior, mientras que la emancipatio es, en forma relativa, una institución más moderna sobre todo en lo que respecta a la finalidad perseguida, se hacía necesaria una forma que liberara a los hijos de la patria potestad, sobre todo en un momento en que la unión íntima de los miembros de la familia comenzó a relajarse. Además de que --



emancipare significa salir de la patria potestad, lo que no hace la adopción que es una figura jurídica que da nacimiento, precisamente, a la patria potestad.

Por lo que respecta a los efectos que tenía la patria potestad - en el Derecho Romano y como ya se ha dicho anteriormente, al estudiar las características del poder doméstico, podemos decir que es aquí donde se manifiesta el poder unitario, ejercido por el pater familias sobre los hijos. Para mayor abundamiento, diremos que el poder del padre de familia sobre los hijos, tiene más o menos las características de la soberanía en los cuerpos políticos: aquél era una especie de sacerdote y juez, ya que en cuanto a las faltas cometidas por sus hijos, tenía el poder de castigarlos, bien con la prisión, bien con otro tipo de penas corporales; podía impedir su matrimonio y hasta ejercer el ius vitae necisque es decir, el derecho de disponer de su vida; podía también librarse de toda responsabilidad por los delitos cometidos por los filii familias, entregándolos a la persona que hubiese resultado perjudicada u ofendida con su conducta delictuosa, algo parecido al ius noxae dandi, por lo que hacía a las relaciones internacionales; y también podía alquilarlos. Como es de verse, el antiguo Derecho Romano no ponía límite alguno al uso de estos graves poderes, que tenía como derecho el pater familias sobre sus hijos. Es hasta la época de la República, cuando se trató de frenar estos abusos especialmente por los censores, cu

ya autoridad de índole moral, podía ejercer en este campo; incluso llegó la época, en que se impuso como pena, la pérdida de la patria potestad al padre de familia que maltratara cruelmente a alguno de sus hijos. (3)

Sohm nos dice que "En la época imperial, la patria potestad presenta fisonomía muy distinta al poder absoluto del antiguo Derecho Civil, reduciéndose a una suma de prerrogativas naturales de disciplina y dirección que la ley confía al padre. Este no necesita de acción alguna contra su hijo; bástale con el poder privado coercitivo de que dispone, basado en el ascendiente personal de que goza sobre él. Mas contra terceras personas que retengan al hijo o le hagan violencia, tiene en el antiguo Derecho Civil, una vindicatio in patriam potestatem filii vindicatio, y más tarde el recurso pretorio del interdictum de Liberis exhibendis, para exigir que se le presente el hijo, y si el tercero no alega sobre él ningún poder jurídico, sino que se limita a oponerse a la reclamación (ductio), a título de defensor, el padre puede ejercitar el interdicto prohibitorio de liberis ducendis. En caso de que se discuta la existencia de los derechos de patria potestad, siendo únicamente necesario, por el momento, que el hijo o el tercero los reconozcan, se acudirá a un prae-judicium, que puede entablar también el propio hijo, cuando por su propia iniciativa pretenda negar la paternidad. (4)

Siendo la patria potestad un poder sobre las personas de los

hijos, no originaba obligaciones para los padres. El deber o la obligación de proveer de alimentos a los hijos y a los nietos, se vino a implantar hasta la época imperial, en un principio, tal vez, sólo existió con respecto a los individuos de la casa, sometidos a la potestad paterna; más tarde se concedió derechos de alimentos a los descendientes emancipados, y de la misma manera que en la actualidad, el deber de alimentos era mutuo, de manera que los ascendientes tenían derecho de percibir los de los descendientes.

Lo referente al ejercicio de la patria potestad, con respecto a los bienes del hijo, ya lo hemos visto en el inciso correspondiente. Pero a mayor abundamiento, cabe decir que un hijo, sometido a la patria potestad del pater familias, en lo concerniente a los bienes, es semejante a un esclavo, y lo que adquiría, automáticamente pasaba a ser propiedad del padre. Esta incapacidad patrimonial del hijo, fue artículo de fe para los juristas, quienes se limitaron a adoptar medidas simplemente de compromiso, lo que tuvo como consecuencia complicar el Derecho que regía esta materia, pero en ningún momento abandonaron su dogma sagrado. El padre en ningún caso, entregaba en propiedad separada aún cuando el hijo saliera de la casa; el hijo podía administrar los bienes que le habían sido entregados en peculio, y cuando el padre moría, éste mismo peculio pasaba a formar parte del patrimonio que a su muerte dejaba.

Cuando el hijo moría, no podía tener herederos testamentarios o ab-intestato, aún cuando más tarde se le asignó un peculio especial, llamado peculium castrense, el cual podía administrarse y disponer libremente de los bienes que lo formaban. La disposición podía ser no solo por acto entre vivos, sino también por testamento. Tampoco podía ser privado por su padre, de los bienes pertenecientes a este peculio.

Schulz nos dice al respecto lo siguiente: "En la época post-clásica, el Derecho fue gradualmente reformado y el arcaico principio arrojado por la borda. En el Derecho justiniano, fue reconocida la capacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. El hijo era dueño de sus adquisiciones, aunque el padre tuviese el derecho de administrarlas y usufructuarlas. Los bienes que el hijo adquiría del padre, constituían, como en Derecho Clásico, el peculium profecticiam. El peculium castrense existió también y fue completado con un peculium quasi castrense. (5)

La patria potestad romana, terminaba, cuando el hijo o la hija, adquirían la dignidad sacerdotal de flamen dialis o virgo estatur, y cuando el padre moría o sufría una capitis deminutio. La pura ausencia del padre, en ningún momento extinguió el ejercicio de este derecho.

La patria potestad sobre un hijo, se extinguía por quedar sometida a la manus del marido ---manus mariti---. La coexistencia de la manus y la potestas, aunque es perfectamente concebible, no fue admitida por los juristas. La consecuencia de ello es que cuando el marido de una uxorim in manus muere, la mujer se convierte en sui juris y no cae de nuevo en la potestas de su padre".

Ahora bien, la muerte del padre libera de la patria potestad a los sujetos inmediatos a ella, en tanto que los nietos, ingresaban de inmediato a la potestad de sus respectivos padres.

La potestad sobre una hija terminaba también, por la venta de ésta, por causa de emancipación, de la misma manera que por la triple venta de un hijo, pero a la primera venta de ésta ya se encontraba en causa mancipii e in potestate; aquí coexisten los dos padres. Finalmente, mediante la emancipación de los casos citados, la patria potestad que anotamos, terminaba con la muerte del paterfamilias, como ya lo hemos dicho.

En todos los pueblos civilizados, se ha reconocido la necesidad de establecer un sistema de protección hacia las personas y bienes, de los que se ven privados de sus defensores naturales, y que no pueden bastarse a sí mismo. La defensa y cuidado de estas personas, fue siempre objeto de instituciones jurídicas y de disposiciones legales,

como cosa que interesa no sólo a los individuos, sino también a la familia y a la sociedad.

Gran parte de estas instituciones jurídicas, que en la actualidad existen, son proyección del Derecho romano, la institución que hoy conocemos con el nombre de tutela, también nace en la cuna del mismo Derecho Romano.

1.5 La tutela en el Derecho Romano

Las personas en la familia romana, se dividían en: alieni juris y sui juris. Eran alieni juris aquellas personas que estaban sometidas a la autoridad de otra; y sui juris, eran las que no tenían sobre sí ninguna otra autoridad y recibían también, el nombre de paterfamilias. Este título implicaba grandes ventajas y derechos, ya que el paterfamilias de principios de la civilización romana, tenía derechos de tipo religioso, ya que era considerado sacerdote de la sacra privata, culto que se rendía a los antepasados para lograr su protección; en materia de derechos personales, era amo absoluto de las personas que estaban sometidas a su autoridad, de tal modo, que podía a su antojo heredar o desheredar a los miembros de su familia, o aún a personas extrañas a la misma; por medio de la emancipación, podía excluir de su familia a cualquier miembro de ella, o por el contrario, a través de la adopción, podía hacer entrar a la familia a un extraño; por último, tratándose de

derechos patrimoniales, ejercía tal dominio, que se le consideraba propietario absoluto de todo lo que adquiría él o sus familiares, de tal modo, que estos adquirirían única y exclusivamente para él y no podían vender sin su consentimiento.

En Roma, se entendía por familia un concepto diferente de lo que entendemos en la actualidad, ya que este término tenía varios significados; hay dos que sobresalen, la familia podía ser civil (agnatio) o natural (cognatio).

La familia natural o cognación, estaba constituida por personas descendientes unas de otras (línea directa), o descendientes de un autor común, línea colateral), sin distinción de sexo, es por tanto un parentesco que resulta de la misma naturaleza; en nuestro derecho y en el Derecho Civil de todos los países de la actualidad, este parentesco es suficiente para constituir la familia; pero en Roma sucedía de un modo diferente, los que tienen la calidad de cognados no representan la familia, considerada como fuente de derecho y obligaciones, sino que son los agnados o familia civil quienes la representan.

La familia estaba constituida, como dijimos, por los agnados, los cuales representan un parentesco civil, que tiene como fundamento no la descendencia de la sangre, sino la autoridad paterna o marital y se puede decir que son los descendientes, por vía de varones, de un



jefe de familia común y colocados bajo su autoridad o que le estuvieran sometidos si aún vivieran. La mujer, no estaba comprendida dentro de la familia civil, sino cuando estaba casado in manu, en relación con el Paterfamilias.

El Derecho Civil Romano, concedía importantes prerrogativas a los agnados, que componen solos la familia, especialmente en derecho de tutela, curatela y sucesión. La familia natural o cognatio, no tenía ningún derecho, salvo en ausencia de la familia civil.

Con el transcurso del tiempo, los cognados tuvieron igualdad de derechos respecto a los agnados.

Las causas generales, que por la ley romana hacían a las personas incapaces de ejercer sus derechos, eran la debilidad de la edad en los impúberos y la del sexo en las mujeres; las causas particulares que podían hacer incapaz a un hombre, y no a otro, eran, por ejemplo: la demencia, el hallarse furioso, la prodigalidad, etc.

Por lo tanto y como regla general, se daban tutores a los impúberos y a las mujeres de cualquier edad.

Sin embargo, la tutela perpetua de las mujeres cayó en desuso, y en la época de Justiniano, ya no quedaba ni el menor vestigio.



Servio Sulpicio, contemporáneo de Cicerón, definió así la tutela: est autem tutela vis ac potestas in capite libero ad tuen dum eum qui -- propter aetatem sua sponte se defendere neguit, jure civili dataac permissa ("La fuerza y el poder de una cabeza libre, dada y permitida por el derecho civil, para proteger a aquel que por causa de su edad no puede defenderse asimismo") (6)

Así, eran tutores, los que tenían este poder y esta autoridad.

Sohm nos dice: "La tutela no siempre fue un poder familiar destinado a velar por los necesitados de protección, aunque a lo largo del tiempo adquiriera tal carácter..." (7)

"Dos instituciones cooperan a este fin tutelar en Derecho Romano: La Tutela en sentido estricto y la Curatela; la primera para los -- impúberos, la segunda para los que, habiendo alcanzado la pubertad, -- tienen su capacidad para obrar limitadamente, una y otra persiguen, al principio, más que el interés personal de los incapaces, el de su familia..." (8)

La tutela recaía sobre, a).- Los impúberos, Sui Juris, de uno y otro sexo por razón de edad y, b).- Sobre las mujeres, Sui Juris, -- por razón de sexo.

Los alieni juris eran personas que no contaban con ningún pa--

rimonio, por lo que era innecesario que sobre ellos recayera la tutela.

Gayo decía: "La tutela de las mujeres no tiene razón posible de ser, puesto que la ligereza femenina, con la que se le quiere justificar, es un motivo "más frívolo que real". (9)

La mujer día a día fue adquiriendo más libertad, pues incluso en un tiempo, se le dejó elegir su tutor y se le concedió que además de señalarlo, lo renovara sin limitación alguna.

En la época del Emperador Augusto, a las mujeres ingenuas, madre de tres hijos y a las mujeres libertas, madre de cuatro hijos, mediante las leyes Julia y Papia Popoea, se les concedió la exención de la tutela.

En el año 410, desapareció definitivamente y oficialmente la tutela para las mujeres, con la "jus liberorum" de Teodosio y Honorio.

Si el incapaz era un "infans", el tutor tenía el deber de realizar los actos jurídicos en que el pupilo tenía intereses, es decir, gestionaba los negocios del pupilo (gestio negotiorum), repercutiendo en el patrimonio de aquél los actos respectivos.

El pupilo, era considerado un "infans" hasta los siete años de

edad; impúber desde los siete años hasta el comienzo de la capacidad sexual (catorce años para los hombres y doce para las mujeres); y por último el "minor XXV annis", del comienzo de la pubertad a los veinticinco años.

En el caso de un "impúber", se le otorgó a éste el derecho de escoger entre la "autoritatis interposito" y la "gestio negotiorum", ya que en la primera el pupilo actuaba personalmente si el acto producía efectos en su patrimonio; esto ha sido trasplantado al derecho actual, puesto que el menor que ha cumplido dieciseis años tiene derecho a que se le consulte.

La diferencia esencial, entre la "gestio negotiorum" y la "autoritas", consistía en que el pupilo no necesitaba la autorización del tutor para poder obligarse, puesto que tenía libertad para poder mejorar su patrimonio por su propia cuenta.

Ya en esta época, se hace la distinción clásica de la tutela en:

- 1.- Testamentaria.
- 2.- Legítima.
- 3.- Dativa.

Tutela testamentaria.- Aparece en las XII tablas en el año 304 de Roma. En esta tutela testamentaria, el "Pater Familias" tiene facul-

tad para nombrar en su testamento un tutor para su hijo, y encontramos que al paso del tiempo, dicha facultad se extiende a la madre, al patrón del impúber y a personas extrañas.

El magistrado tenía la obligación de realizar una investigación de estas personas, y una vez hecha, tenía que confirmarla.

El padre de familia, tenía la facultad de nombrar a varios tutores a la vez, pero al mismo tiempo se les restringía, pues sólo podía nombrar a aquellos que conforme a derecho eran nombrados herederos.

Tutela legítima. - Si había varios agnados, se les clasificaba por grados, y se les otorgaba el título de tutores, y sólo a falta de éstos, el título era concedido a los cognados más próximos o a los gentiles.

Tutela dativa. - Aparece en el siglo VI en Roma, y es llamada también tutela diferida, porque a falta de tutor del incapaz que no tuviera a su vez agnados o colaterales que lo pudieran acoger, el magistrado debía designarle un tutor, y al efecto fue dictada la "Ley Atilia", que fue anterior al año 557, la cual señalaba al pretor urbano, el derecho para nombrar tutores así como a los tribunos de la plebe.

Durante el Imperio Romano, existe otro sistema de designación, señalado en la "Ley Julia Titia" (año 723), que concede el derecho de --

nombrar tutor al presidente de las provincias. Esta facultad, es conferida a los Cónsules, durante el Imperio de Claudio Marco Aurelio, que crea un tutor especial llamado "PRETOR TUTELARIS", que igual que el tutor, para el desempeño de su cargo prestaba un juramento o promesa.

La función principal del tutor, era administrar los bienes del pupilo, siendo el cargo obligatorio en este tipo de tutela, no sufre modificación alguna con el transcurso del tiempo.

Eugene Petit cita algunas clases de tutela, que se dan en hipótesis especiales y que son:

La tutela legítima del patrono y de sus hijos.- El patrono es, en esta tutela, el tutor legítimo del manumitido impúbero, y al morir él, la tutela pasa a los hijos que tenía bajo la potestad, pero este cargo no podía ejercerlo nunca una patrona.

Tutela legítima del ascendiente emancipador.- Esta tutela, se da a imitación de la del Patrono, ya que en efecto, el ascendiente emancipador, que habiendo tenido cuidado de volver a emancipar al hijo, después de la tercera emancipación, le manumite, representa el papel de un patrono, es pues tutor del emancipado impúber y le dan, Honoris causa el título de Tutor Legítimo.

Tutela fiduciaria.- Se presenta en la época clásica y se da en

dos casos:

a).- A la muerte del padre emancipador, tutor legítimo del emancipado, sus hijos agnados quedan en calidad de tutores fiduciarios de su hermano impúbero.

b).- En el caso de emancipación de un impúbero, el "manumisor extraneus" que le libertó, representa el papel de patrono, siéndole concedida la tutela; es un tutor fiduciario, porque existe entre el y el jefe de familia un pacto de fiducia, para obligarlo a manumitir al hijo, después de la tercera emancipación.

El "manumisor extraneus", es pues tutor del emancipado impúbero, y le dan a honoris causa el título de tutor legítimo.

El Derecho Romano siempre trató de asegurar el patrimonio del pupilo, pues en todo lo legislado, se manifestaba la gran desconfianza que recaía sobre los tutores.

Desde el momento en que el tutor tuviera noticias de su designación, era responsable de las gestiones que tenía que realizar.

El tutor tenía que otorgar ciertas garantías, que eran consideradas especiales, y fueron creadas para darle al pupilo plena confianza, - en el desempeño de la labor del tutor durante su cargo. (10)



Requisitos que se imponían al tutor antes de entrar en funciones:

a).- La obligación del tutor, de formular un inventario sobre los bienes de la sucesión que heredaba el pupilo.

b).- El principal de todos los requisitos del tutor, era la obligación de suministrar al satisdatio; esto es, prometer la conservación íntegra de todos los bienes del pupilo, presentando fiadores que tomaran el mismo juramento o promesa.

De lo anterior se desprende, que el tutor sólo tenía como función, la de administrar los bienes del pupilo, las demás funciones venían siendo sólo el resultado de ésta. No obstante, había dos maneras o formas de llevar a cabo esta tarea; una mediante su auctoritas y otra por medio de la gestio.

AUCTORITAS.- Cuando el pupilo pasaba de cierta edad, se le permitía realizar ciertos actos por sí solo; pero siempre mediante la AUCTORITAS del tutor, esto es, la cooperación del tutor a un acto del pupilo, con lo cual aumenta y completa la personalidad del pupilo, que realizaba mediante su presencia.

GESTIO.- Cuando el tutor obraba por medio de la GESTIO, lo hacía no para completar la personalidad del pupilo, sino por cuenta propia, como si fuera un mandatario y sin que fuera necesario, en modo alguno, ningún acto del pupilo, aunque de presentarse su negativa,

se expone el tutor en caso de no aceptar algún negocio, a una indemnización con el pupilo al final de su tutela, si con ella le causa un -- perjuicio.

Obligación de rendir cuentas.- El tutor, en los albores del -- Derecho Romano, no tenía obligación de rendir cuentas sino que se -- confiaba a su buena fe, aunque el empleo deshonesto de los bienes estaba fuertemente sancionado por las costumbres de la época. Tiempo -- después, con la ley de las XII Tablas, se estipuló que el tutor podía -- ser separado de su cargo y tachado de infamia, en el caso que administrara indebidamente. Hasta entonces, el tutorado tenía el derecho de indemnizarse hasta por el doble del valor de los objetos sustraídos.

Por último y a finales de la República, se estipuló que el -- autor debía entregar al pupilo su patrimonio intacto, según el inventario y devolver las sumas de dinero que hubiera cobrado e indemnizarle por los perjuicios que le hubiere causado, en esta rendición de -- cuentas, debe el pupilo estar asistido de uno o varios curadores.

Obligación del pupilo.--El pupilo no tenía más obligaciones, -- que la de restituir los gastos anticipados hechos por el tutor en la administración del patrimonio, y guardarle el debido respeto.

Cómo llegaba a su fin la tutela en Derecho Romano.- Las -- causas por las cuales la tutela llegaba a su fin, provenían del pupilo\_



o del tutor. En el caso del pupilo, consistía en que terminaba definitivamente la tutela. En el segundo caso, las funciones del tutor expiraban y tenía que nombrarse nuevo tutor, cumpliéndose con la rendición previa de las cuentas.

La tutela finalizada por el pupilo, se nominaba "ex parte pupilli" y planteada por el tutor, "ex parte tutoris".

Surge la tutela "ex parte pupilli":

- a).- Por llegar el pupilo a la edad de la pubertad.
- b).- Por la muerte del pupilo.
- c).- Por su "cápitis deminutio", máxima, media o mínima.

Surge la tutela "ex parte tutoris":

- a).- Por la muerte del tutor.
- b).- Por su "cápitis deminutio" máxima y media en todos los casos; la mínima si se trataba de un agnado, de un patrono o de un gentil, tutor legítimo, ya que entonces los derechos de agnación y de gentilidad se extinguen.

c).- Por la llegada de un término o condición, que limitan las atribuciones del tutor testamentario.

- d).- Por excusa presentada en el término de la tutela.
- e).- Por destitución del tutor.

Por lo anteriormente enunciado, podemos afirmar que en cada época del Imperio Romano, se nota el progreso que fue adquiriendo - la institución de la tutela, llegándose casi al perfeccionamiento de la misma, en las normas que la regían.

Vemos claramente la protección que fue adquiriendo el incapaz y la atención que el Estado le fue brindando, viendo la necesidad de la persona que no tenía quien lo administrara. Es así como surge esta institución que es LA TUTELA.

CAPITULO SEGUNDO  
CARACTERISTICAS DE ESTAS INSTITUCIONES  
EN DERECHO GRIEGO

## 2.1 La familia

En Grecia encontramos en cada casa un altar y en torno a éste a la familia congregada. En todos los actos religiosos -- cantan en común los himnos que sus padres les legaron.

Fuera de la casa, muy cerca, en el campo vecino, hay una tumba. Esta tumba es la segunda mansión de la familia, allí reposan juntas varias generaciones de antepasados; la muerte no los ha separado, permanecen unidos en esta segunda existencia y siguen formando una familia indisoluble.

El principio de la antigua familia no se halla en la generación exclusivamente, ni tampoco consiste en el afecto natural, -- pues el derecho griego no tiene en cuenta ese sentimiento. El padre puede amar a la hija, pero no legarle sus bienes. Observando muy justamente los estudiosos del derecho griego, se dieron cuenta que ni el nacimiento ni el afecto eran el fundamento de la familia, y creyeron que este fundamento debía encontrarse en el poder paternal o marital. (11)

La familia fue una asociación religiosa más que una asociación natural. Por ejemplo: el hijo dejaba de formar parte de la

familia en cuanto éste decidiera renunciar al culto o se emancipara.

Sin duda, la religión no fue la que creó a la familia, pero sí quien le ha dado sus reglas y de ahí que la familia antigua haya recibido una constitución tan diferente de la que hubiera tenido si únicamente los sentimientos naturales la hubiesen configurado. La definición en griego que encontramos de familia puede concretarse de la siguiente manera "Una familia era un grupo de personas - al que la religión permitía invocar el mismo hogar y ofrecer la comida fúnebre a los mismos antepasados".

La primera institución que estableció la religión doméstica fue el matrimonio.

Conviene observar que esta religión del hogar y de los antepasados, que se transmitía de varón en varón, no pertenecía exclusivamente al hombre, la mujer también tomaba parte en el culto. Soltera, asistía a los actos religiosos de su padre; casada, a los de su marido.

Desde el momento en que contrae matrimonio una mujer, ya no tiene nada de común con la religión doméstica de sus padres; sino pasa a formar parte de la religión doméstica de su marido.

Luego entonces, el matrimonio era obligatorio. Su objeto principal no consistía en el placer, sino en la unión de dos seres que se agradaban y querían asociarse por la dicha o las penas de la vida. El efecto del matrimonio, a los ojos de la religión y de las leyes, era unir a dos seres en un mismo culto doméstico, para que de esta unión naciera otro ser que continuara con este culto.

Pero no era bastante engendrar un hijo. El hijo que había de perpetuar la religión doméstica, debía ser el fruto de un matrimonio religioso. El bastardo, el hijo natural, no podía desempeñar el papel que la religión asignaba al hijo. En efecto, el lazo de la sangre no constituía por sí solo la familia, se necesitaba también el lazo del culto. Ahora bien, el hijo nacido de una mujer que no estuviese asociada al culto religioso del marido por la ceremonia de casamiento, no podía participar por sí mismo en ese culto. No poseía el derecho de ofrecer la comida fúnebre y la familia no se perpetuaba en él.

A los ojos de la ley, dos hermanos consanguíneos eran agnados y no lo eran dos hermanos uterinos. No puede alegarse siquiera que la descendencia por los varones era el principio inmutable en que se fundaba el parentesco. No por el nacimiento, --

sino por el culto, se reconocía realmente a los agnados. En -- efecto, el hijo a quien la emancipación había separado del culto -- no era ya agnado de su padre; un forastero adoptado, es decir, admitido en el culto, se convertía en el agnado del adoptante y aun de toda su familia. Tan cierto es que la religión era la que determinaba al parentesco. Desde las más remotas edades, tres -- cosas se encuentran fundadas y sólidamente establecidas en las so ciudades griegas y romanas: la religión doméstica, la familia y el derecho de propiedad; tres cosas que en su origen, han tenido una relación manifiesta y que seguramente eran inseparables.

La familia, que por deber y por religión permanece siem pre agrupada alrededor de su altar, y fija al suelo como el altar -- mismo. La idea del domicilio surge naturalmente. La familia es tá ligada al hogar; el hogar al suelo; una estrecha religión se es tablece pues entre el suelo y la familia. Allí ha de estar su mo-- rada permanente, que no intentará abandonar, a menos que una -- fuerza superior la obligue. Como el hogar, también ella ocupará por siempre este sitio. Este lugar le pertenece; es su propiedad; no propiedad de un solo hombre, sino de una familia cuyos diferen-- tes miembros han de venir uno tras otro a nacer y morir allí.

Así también la tumba tenía gran importancia en la religión



de los antiguos griegos porque, por una parte se debía culto a los antepasados, y por la otra, la principal ceremonia de este culto, que consistía en una comida fúnebre, debía celebrarse en el hogar mismo donde los antepasados reposaban. La familia poseía, pues, una tumba común, donde todos sus miembros debían venir a reposar uno después de otro.

El suelo donde reposan los muertos es inalienable e imprescriptible. La ley exigía que si una familia vendía el campo donde estaba su tumba, siguiera, por lo menos siendo propietaria de la tumba y conservaría eternamente el derecho de atravesar el campo para ir a cumplir con la ceremonia del culto.

Parece evidente que la propiedad privada era una institución de la cual no podía prescindir la religión doméstica. Sin -- discusión llegó de un solo golpe y por virtud única de sus creencias a la concepción del derecho de propiedad, de ese derecho - que hace surgir la civilización, ya que gracias a él, el hombre - mejora la tierra y él mismo se hace mejor.

## 2.2 El derecho de sucesión.

Las reglas del derecho de sucesión entre los antiguos: -

La primera, que siendo, como ya hemos visto, la religión doméstica hereditaria de varón a varón, la propiedad también lo es. Como el hijo es el continuador natural y obligado del culto, asimismo hereda los bienes. Lo que hace que el hijo herede no es la voluntad personal del padre; el padre no necesitaba hacer testamento ya que el hijo heredaba de pleno derecho; (ipso-jure heres existit) y es considerado también heredero necesario; no tiene que aceptar ni rechazar la herencia. La continuación de la propiedad, como la del culto, es para él una obligación tanto como un derecho. Quiéralo o no, la sucesión le incumbe, cualquiera que pueda ser, aun con sus cargas y sus deudas. El beneficio de inventario y el beneficio de abstención no se admitieron para el hijo en el Derecho Griego.

### 3.3 Efectos de la emancipación y de la adopción.

La emancipación y la adopción determinaban para el hombre un cambio de culto. La primera le desligaba del culto paterno, la segunda le iniciaba en la religión de otra familia. También en esto el derecho antiguo se adaptaba a las reglas. El hijo excluido del culto paterno por la emancipación también lo estaba de la herencia. Al contrario, el extraño asociado al culto de una familia por la adopción se convertía en hijo, y por lo tanto continuaba el culto y heredaba los bienes. En uno y en otro caso, el an-

tigo derecho tenía en cuenta el lazo religioso y no el de nacimiento.

Como era contrario a la religión que un mismo hombre profesase dos cultos domésticos, tampoco podía heredar a dos familias. Así, el hijo adoptivo que heredaba a la familia adoptante no heredaba a su familia natural. El derecho ateniense era muy explícito en este punto.

El derecho de testar, es decir, de poder tras la muerte transferir los bienes a otro que no fuera el heredero natural, estaba en oposición con las creencias religiosas que constituían el fundamento del Derecho de Propiedad y del Derecho de Sucesión. Siendo la propiedad inherente al culto, y éste hereditario, resultaba innecesario pensar en el testamento. Por otra parte, la propiedad no pertenecía al individuo, sino a la familia, pues el hombre no la había adquirido con el derecho de su trabajo, sino por el solo ejercicio de un determinado culto doméstico. A toda la familia, transmitíase la propiedad del muerto al vivo, no según la voluntad y la elección del hombre, sino en virtud de reglas superiores que la religión había establecido.

### 3.4 La autoridad familiar.

El derecho antiguo no es obra de un legislador; al contrario, se ha impuesto al legislador. Es en la familia donde ha nacido y surgido espontáneamente. Se derivó de las creencias religiosas que estaban universalmente admitidas en la primitiva edad de estos pueblos y que ejercían su imperio sobre las inteligencias y sobre las voluntades.

El padre es el primero junto al hogar; él enciende el fuego y lo conserva; él es el pontífice. En todos los actos religiosos realiza la más alta función: su boca pronuncia la fórmula de la oración que ha de atraer sobre él y los suyos la protección de los dioses: por él se perpetúan la familia y el culto; él sólo representa toda la serie de los descendientes.

La religión no coloca a la esposa en una posición tan elevada. Es verdad que toma parte en los actos religiosos, pero no es la señora del hogar. Su religión no procede del nacimiento, sólo ha sido iniciada en ella por el casamiento; ha aprendido del marido la plegaria que pronuncia. No representa a los antepasados, puesto que no desciende de ellos. Ni siquiera se convertirá en un antepasado; depositada en la tumba no recibirá un culto especial. En la muerte

como en la vida ella no es más que un miembro de su esposo.

En resumen, tanto en el derecho griego, el derecho romano, el derecho indo y en general en todo el derecho antiguo que proceden de estas creencias religiosas, están acordes en considerar a la mujer como una eterna menor. Nunca puede poseer un hogar propio, jamás preside el culto. Para todos los actos de la vida religiosa necesita un jefe y para todos los actos de la vida civil un tutor.

Por otra parte, respecto a los hijos, la naturaleza habla aquí por sí misma bastante alto: desea que el hijo tenga un protector, un guía, un maestro. La religión está de acuerdo con la naturaleza; dice que el padre será el jefe del culto y que el hijo sólo deberá ayudarle en sus santas funciones. Pero la naturaleza sólo exige esta subordinación durante cierto número de años; la religión exige más. La naturaleza concede al hijo una mayoría, la religión no se la concede. Según los principios antiguos, el hogar era indivisible y la propiedad también, los hermanos no se separan a la muerte del padre; menos aún pueden apartarse de él en vida. En el rigor del derecho primitivo, los hijos permanecen ligados al hogar del padre, y, por consecuencia sometidos a su autoridad; mientras él vive, ellos son menores.

Concíbese que esta regla no haya podido durar sino durante el

tiempo que la religión doméstica estuvo en pleno vigor. Esta sujeción sin fin del hijo al padre desapareció muy pronto en Atenas. En Roma se conservó excrupulosamente la regla antigua: el hijo no pudo alimentar su hogar propio en vida del padre; aunque estuviera casado, aun - teniendo, a su vez sus propios hijos, el padre conservaba siempre el poder.

Por lo demás, con la autoridad paterna ocurría lo que con la autoridad marital: tenía por principio y por condición el culto doméstico. El hijo nacido del concubinato no quedaba bajo la autoridad del padre. Entre ellos no existía comunidad religiosa: ni confería al uno la autoridad ni ordenaba al otro la obediencia. La paternidad no concedía, por sí sola, ningún derecho al padre' (12)

CAPITULO TERCERO  
LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA  
EN EL DERECHO MEXICANO



### 3.1 Principios de Derecho entre los aztecas.

El derecho Azteca admitía la poligamia, como dice Margadant, y, en consecuencia, los hijos de cualquier matrimonio principal o secundario tenían el carácter de legítimos. (13). No obstante el sistema poligámico la base de la familia, era el matrimonio, siendo el padre quien tenía el pleno ejercicio de la patria potestad, lo cual implicaba el derecho de vender a los hijos cuando eran de notoria conducta incorregible o bien cuando la situación económica lo apremiaba, para lo cual se requería siempre la autorización de las autoridades y, a diferencia del Derecho Romano, que permitía incluso el derecho de vida y muerte -- ius vitae necisque --, en el Derecho Azteca en ningún momento el ejercicio de la patria potestad llegó a autorizar al padre para privar de la vida a sus hijos, aunque sí lo autorizaba para castigarlos mesuradamente con la finalidad de corregirlos. La educación de los hijos debía de ser muy severa, la cual se llevaba a cabo, dentro del seno de la familia misma, o bien en colegios especiales.

El ejercicio de la patria potestad llegaba también al grado de dejar el matrimonio de los hijos al libre arbitrio del progenitor, pudiendo éste oponerse, incluso, a dicho matrimonio. Tratándose de la hija era necesario no solo el consentimiento de los

padres, sino también el de ella para realizarlo. El padre tenía - este derecho sobre todos los hijos, independientemente de que fueran hijos de la esposa principal o de la esposa secundaria.

Por lo que respecta al derecho que tenían los hijos de heredar los bienes y los cargos de su padre, y a pesar de que todos los hijos eran considerados como legítimos, sólo heredaban los de la esposa principal y no los de la secundaria. Perdía este derecho el hijo por ser irrespetuoso, incorregible, cruel, cobarde o derrochador, extendiéndose este efecto a toda su descendencia.

No es necesario hacer un comentario por lo que se refiere a la influencia del Derecho Precortesiano en el actual Derecho Mexicano. En los orígenes de nuestro Derecho Patrio, en el escrito sobre todo, no podemos señalar influencia clara ni precisa de las ideas y leyes consuetudinarias por las que se gobernaban los indios al realizarse la Conquista, sino que debemos considerarlo de filiación española y por lo mismo europea, y sus relaciones y vínculos de estrecha confraternidad con el Derecho francés y el italiano, y no por completo extraño al inglés y al alemán.

Claro es, sin embargo que está muy lejos de nosotros el propósito de afirmar que la manera de ser del indio antes de la -

conquista haya carecido de influencia en la evolución del pueblo mexicano. Evidentemente es que la mentalidad del mestizo tiene como uno de sus principales elementos la del indio, que uno y otro grupo de nuestra actual población tiene característica de origen ancestral y que todos éstos son elementos que necesariamente han influido en la formación de nuestra base social y en la marcha de nuestra historia del mismo modo que ha influido el hecho de haber sido conquistada y poblada esta tierra por españoles y no por hombres de otra nación o de otra raza. Lo único que afirmamos es que la influencia del rudimentario Derecho Indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, sobre todo si se quieren precisar con alguna aproximación los hechos que de ella se deriven.

Los usos y las tradiciones ancestrales sí han influido en la vida social, pero no en el Derecho Familiar del México posterior a la Colonia ni en el contemporáneo. El Derecho aborigen, las ideas jurídicas propiamente indígenas, no han tenido influencia en la materia que nos ocupa. Hasta analogías es posible descubrir entre ambos Derechos, pero resulta difícil comprender y comprobar una relación de causalidad entre las antiguas instituciones jurídicas familiares del México precortesiano y las actuales, como observa Margadant. (14)

3.2 Códigos Civiles de 1870 y de 1884 para el Distrito y Territorio de la Baja California.

El Código Civil para el Distrito y Territorio de la Baja California de 1870, al igual que el Código de 1884, (15) reglamentan la institución de la patria potestad, y podemos afirmar que no existe diferencia fundamental, entre uno y otro, respecto de la materia que nos ocupa.

Las normas contenidas en ambos Códigos son de naturaleza eminentemente moral: el respeto que los hijos deben a los padres bien que sean aquellos legítimos, naturales, legitimados o reconocidos, e independientemente de su estado o condición, debiendo permanecer en el hogar de la persona que ejerce la patria potestad, hasta el momento en que lleguen a la mayoría de edad, contraigan matrimonio, o se emancipen. Mateos Alarcón, al comentar el artículo 368 del Código de 1884, nos dice: "Tal precepto sólo ha querido prestar apoyo a la autoridad del padre, que no podrá cumplir el deber de educar a los hijos si no los tiene a su lado, pero no convertirla en una odiosa tiranía; y tal es la razón por la cual, a la vez que prohíbe el abandono de la casa del que ejerce la patria potestad, exige la intervención de la autoridad, - en todos aquellos casos en que el egoísmo, producto de un cariño

mal entendido; el interés o cualquier otra circunstancia, conviertan el derecho del ascendiente en un abuso perjudicial para el hijo". - Conforme a estos ordenamientos los hijos deben solicitar autorización para contraer matrimonio cuando sean menores de edad, no pueden comparecer por propio derecho en juicio así como tampoco celebrar cualquier contrato. La autoridad de los padres sobre los hijos tiene como causa y fin el interés de éstos. Al respecto, - Mateos Alarcón nos dice: "Una de las causas que constituyen el principal fundamento de la patria potestad es la ignorancia y debilidad de los hijos que necesitan de un protector que les dirija y supla los defectos de su incapacidad mediante su experiencia". (16)

A los padres se les impone la obligación de educar, vigilar y corregir, a sus hijos y administrar los bienes propiedad de éstos, con la obligación de rendir cuentas por lo que respecta a la administración de dichos bienes, cuando los hijos lleguen a la mayoría de edad y a consecuencia de ello adquieran pleno dominio de los mismos. También impone obligación a los padres de proporcionar alimentos a los hijos, en la medida de sus posibilidades.

Ambos Códigos establecen un sistema de exclusión o prelación en lo concerniente a las personas que ejercerán la patria po

5

testad, y en este orden están: el padre en primer término, después y por su orden la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna, y la abuela materna. Sólo a falta de la persona que deberá ejercerla, entra en ejercicio la que corresponda conforme al orden preferencial anotado. Mateos Alarcón observa al respecto que el artículo 366 ha sancionado el principio que proclama la igualdad del hombre y la mujer, concediéndola a ésta el ejercicio de la patria, en defecto del padre; y por la misma razón se lo otorga a las abuelas paterna y materna, en defecto de los abuelos paternos y materno, pues la Ley ha estimado a todas esas personas animadas de un vivo interés en favor de sus nietos y con sus mejores aptitudes para encargarse de la guarda de sus personas y de sus bienes, más que cualquier persona extraña. (17)

No obstante que este autor nos habla de la existencia del principio de igualdad entre los sexos por lo que toca al ejercicio de la patria potestad, esto de ninguna manera es cierto, ya que sí existe un orden preferencial, y así, da prelación al padre respecto de la madre, y por lo que hace a los abuelos siempre tienen preferencia en el ejercicio los varones. También Mateos Alarcón hace ver que el ejercicio de la patria potestad corresponde en primer lugar al padre, y después a las personas que enumera el artículo 366, de manera que son llamadas en el orden que éste -

señala, y sólo en el caso de muerte, interdicción o ausencia por -  
presunción de muerte declarada, del llamado preferente.

Las autoridades tienen la obligación de ayudar a los pa--  
dres en el ejercicio de la patria potestad sobre todo cuando las fal-  
tas cometidas por los hijos sean de evidente gravedad, ya en con-  
tra de los mismos que la ejercen de terceros. Los padres a la -  
vez tienen el derecho de exigir la intervención de las autoridades  
cuando lo consideren necesario.

También estos códigos permiten la renuncia por lo que -  
respecta al ejercicio de la institución, a la madre, a los abuelos y  
a las abuelas; pero al padre no, pues la ley si bien no dice que el  
padre no puede renunciar, tampoco lo incluye entre quienes sí pue-  
den hacerlo.

En caso de renuncia de cualquiera de las personas a --  
quien toque ejercer la patria potestad, entrará en ejercicio de la -  
misma el que corresponda según la ley. De no haberlo, se prove-  
rá de tutor al menor, conforme a Derecho. Quien renuncia a la  
patria potestad, tiene como sanción el no poder recobrar este ejer-  
cicio.



Puede ya no continuar el ejercicio de la patria potestad - porque se acabe, se suspenda o se pierda.

Se acaba o termina el ejercicio de la patria potestad -- cuando así lo determinan las leyes, bien sea porque se realicen - ciertos acontecimientos naturales o bien porque provengan del padre pero en todo caso lícitos y honestos. La patria potestad se - acaba por el hecho natural de la muerte de quien la ejercía si no existe otra persona que pueda sucederle en su ejercicio; de la mis ma manera la patria potestad se acaba, cuando el hijo sale de és- ta, lo que ocurre si contrae matrimonio siendo menor, si se eman cipa, o si llega a la mayoría de edad.

Las causas por la que se pierde la patria potestad son - las siguientes: por el hecho de que el padre cometa un delito que importe la pérdida de la misma y por falta de cumplimiento de los deberes que impone esta institución. Las leyes penales imponen la pérdida de la patria potestad como pena a quienes la ejercen cuando perpetran en agravio de sus hijos o nietos los delitos de abando no o exposición si no pasan de la edad de siete años, así como los de violación o corrupción; también cuando uno de los que ejercen - la patria potestad comete el delito de adulterio o de motivo para el divorcio, se pierde para el ejercicio de la patria potestad, recayen

do exclusivamente sobre el cónyuge que resulta inocente, y si los dos resultan culpables, la ejercerá el ascendiente a quien corresponda en el orden establecido por la ley. Para el caso de que el cónyuge inocente tenga en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, tal situación se prolongará sólo hasta el momento de su muerte, ya que al acontecer esto el culpable la recuperará, siempre y cuando las causas que hayan motivado el divorcio sean las que permiten tal consecuencia. También el poder público puede privar al padre o modificar el ejercicio de la patria potestad cuando considera que a sus hijos trata con excesiva severidad, no les da educación alguna o los corrompe.

Otras de las causas que establecen estos Códigos para que se pierda la patria potestad, son los hechos de que la madre o la abuela viudas vivan en mancebía o den a luz a un hijo ilegítimo, así como el hecho de que la madre o abuela contraigan nuevo matrimonio. Mateos Alarcón nos dice al respecto: "La pérdida de la patria potestad en los casos que señalan los artículos 399 y 400 del Código tienen por objeto, evitar ejemplos perniciosos e inmorales a los hijos, y que la madre o abuela que pasan a segundas nupcias, expongan al segundo marido y a los hijos que tuviere en su matrimonio, los intereses, la educación y hasta la vida de aquéllos". (18)

"Es digno de notar que el padre que pasa a segundas ---- nupcias no pierde la patria potestad, porque no queda subordinado a la autoridad de la mujer, sino al contrario conserva siempre la dirección exclusiva de la familia, y por consiguiente, los hijos y sus intereses no están expuestos a los peligros que corren cuando la madre contrae un nuevo matrimonio".

Una vez más, comprobamos la inexistencia del principio - de igualdad entre el hombre y la mujer por lo que respecta al -- ejercicio de la patria potestad, ya que al hombre le es permisible seguir en este ejercicio aun cuando contraiga nuevas nupcias no - siendo así en lo concerniente a la mujer, y sólo recobrará los derechos perdidos cuando vuelva a enviudar, ya que la muerte de un segundo marido, que es el obstáculo para este ejercicio, queda eli minado.

Por último, analizaremos las causas por las cuales se - - suspende el ejercicio de la patria potestad.

Se suspende el ejercicio de la patria potestad cuando el - padre se ve privado del raciocinio por locura, idiotismo o inbecili dad y cuando sea sordo-mudo y no sepa leer y escribir, pues se ría incapaz para educar, vigilar y sobre todo administrar los bie-

nes de sus hijos. Otra causa de suspensión en el ejercicio de esta institución, es la ausencia del padre. Esto es claro, pues si quien debe ejercer la patria potestad sobre los hijos se encuentra ausente, o es posible que realice las obligaciones que impone la ley, y también porque por la ausencia de los padres se expondría a los descendientes a peligro, por su ignorancia e incapacidad de cuidarse asimismo, tanto en lo que ve a sus personas cuanto en lo que respecta a sus bienes.

Una causa más para la suspensión de la patria potestad, es la edad avanzada o ancianidad de quienes la ejercen, y es porque tampoco se podría cumplir con las obligaciones y prerrogativas que se les impone, cayéndose en las mismas consecuencias que traen consigo la imbecilidad, idiotez, etc. Por último, la patria potestad también se suspende por sentencia condenatoria que imponga esta suspensión; las leyes penales de la época no señalaban un caso concreto en que se pudiera imponer este tipo de sanción, y concluimos que los tribunales siempre podrán suspender a los padres en el ejercicio de ésta, por las mismas causas señaladas para su pérdida y que ya fueron comentadas.

3.3 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Esta ley conserva los mismos principios que sustentaron los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, por lo que respecta a la Institución que estudiamos aun- que si bien es cierto que pretendió superar la concepción que anta- ño se tenía de la patria potestad. Dice en su "Considerando": Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y acepta- das en casi todas las instituciones familiares que, salvo los tempe- ramentos naturales (sic) aportados por la civilización, continúan en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el Dere- cho Canónico". Más adelante agrega: "que, de la misma manera, - no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación que los deberes de la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho..." (19). No obstante lo aseverado, las - innovaciones que se pueden notar en dicha ley, no llegan en ningún momento a contribuir y conformar el principio de igualdad, y la mu- jer se ve siempre marginada en el derecho y ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, las innovaciones que aporta esta ley son las -

### 3.3 Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

Esta ley conserva los mismos principios que sustentaron los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, por lo que respecta a la Institución que estudiamos aunque si bien es cierto que pretendió superar la concepción que antaño se tenía de la patria potestad. Dice en su "Considerando": Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones familiares que, salvo los temperamentos naturales (sic) aportados por la civilización, continúan en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el Derecho Canónico". Más adelante agrega: "que, de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación que los deberes de la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho..." (19). No obstante lo aseverado, las innovaciones que se pueden notar en dicha ley, no llegan en ningún momento a contribuir y conformar el principio de igualdad, y la mujer se ve siempre marginada en el derecho y ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, las innovaciones que aporta esta ley son las -

siguientes: Con relación a las personas sobre las que se ejerce la patria potestad incluye, por primera vez, a los hijos adoptivos, y en lo concerniente a quienes la ejercen utiliza también el principio de igualdad del hombre y la mujer y se lo da por igual al padre o a la madre; al abuelo o a la abuela paternos y al abuelo o a la -- abuela maternos; aunque todavía se puede observar que el principio de igualdad es relativo, pues siempre se establece el orden preferencial en función del hombre. Es necesario advertir que esto se enfatiza con lo que establece el artículo 267 de esta misma Ley, - que dice: "La madre o abuela que contrae a segundas nupcias pierde la patria potestad". Lo anterior no tiene ningún fundamento ético o moral y mucho menos jurídico; siendo así, la contradicción - con el principio de igualdad entre los sexos es manifiesto, ya que esta disposición no hace sino mantener el principio de desigualdad entre el hombre y la mujer y debemos hacer notar que es precisamente el hombre quien ha creado esa diferencia, marginando en todas las formas posibles a la mujer, incluso en el ejercicio de la - patria potestad.

Pasando a otro aspecto, encontramos una causa más para que termine la patria potestad y ésta es la emancipación. No la - emancipación conocida tradicionalmente, sino la que se obtiene por el hecho de que el hijo menor contraiga matrimonio, según lo dis-



pone el artículo 475 de la Ley. A la madre ya no se le permite la renuncia de la patria potestad como anteriormente, dejando subsistente este derecho para quienes sucedan a los padres en el orden establecido.

En lo concerniente a la administración de los bienes propiedad de los hijos menores, la Ley es bastante clara; las personas que están en el ejercicio de la patria potestad serán representantes legítimos de quienes se encuentren sujetos a ella, y además tienen la administración de todos sus bienes. La Ley en su artículo 248 nos dice: "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

"El padre o el abuelo, en su caso, representará también a sus hijos, en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, y con autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente".

Es evidente que al padre o a quien ejerza la patria po-

testad se le establecen ciertas restricciones en los actos de administración, no dejándole la plena disposición que le permita la posibilidad de dilapidar los bienes del menor. De ahí que, como una de esas restricciones, se requiera el consentimiento de la consorte para ciertos actos que pudieren resultar perjudiciales para el menor en su patrimonio.

### 3.4 La patria potestad en el actual Código de 1928 y sus reformas.

#### 1.- Efectos de la Patria Potestad Respecto de la Persona de los Hijos.

Conforme a nuestro Código Civil vigente (20) la patria potestad incluye como sujetos pasivos a los hijos menores de edad no emancipados, que tienen ascendientes generalmente los padres, quienes la ejercen siempre y cuando no se encuentren incapacitados para cumplir con las obligaciones que impone la Institución, debiendo entenderse por hijo menor de edad, aquél que no cumple aún 18 años, acorde con lo dispuesto por el artículo 646 del Código que venimos analizando.

El artículo 411 de este mismo Código dispone que: "los hijos, cualesquiera que sean su estado, edad, y condición, deben -

"honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". La naturaleza moral de este precepto es notoria, toda vez que los conceptos "honrar y respetar" son más bien éticos que jurídicos.

Ahora bien, nuestro Código Civil no sólo establece que los hijos deben honrar y respetar a sus padres — padre y madre — sino también toma en consideración a los demás ascendientes, y sus efectos los prolonga aún después de alcanzar la mayoría de edad, o de contraer matrimonio.

Tampoco los hijos podrán abandonar el domicilio de las personas bajo cuya patria potestad están sujetos, sin el previo consentimiento para ello o, en su caso, por un decreto de autoridad competente, esto se deduce de lo previsto por el artículo 421 de nuestro Código Civil vigente.

Las obligaciones que impone el Código Civil a quienes ejercen la patria potestad, son claras, según se desprende de su articulado, así expresa, que las personas que tienen hijo bajo su patria potestad tienen la obligación de educarlo convenientemente (Artículo 422); expresión ambigua, pero que podría ser entendida tomando como base lo dispuesto en los artículos 308 y 314 del repetido Código Civil, esto es comprendiendo la educación primaria

y algún oficio, arte o profesión honesto y adecuado al sexo y circunstancia personal del hijo.

El artículo 425 establece que las personas que ejerzan la patria potestad (que, como ya sabemos, se ejerce conjuntamente por los padres, y aun por lo abuelos) tienen la obligación de respetar legítimamente a los menores sujetos a aquélla y son los legítimos representantes de sus intereses conforme lo prescrito por el mismo Código. Asimismo, nuestro Código Civil, en su artículo 440 establece que "en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso".

## 2.- Personas que Ejercen la Patria Potestad.

Necesariamente para entrar al estudio de este punto, debemos hacer una distinción entre la legislación anterior y la actual, que influye en forma determinante, sobre las personas a quien el Código Civil para el Distrito Federal de 1928 designa para ejercer la patria potestad. Esta designación difiere notoriamente según el origen de los hijos menores sometidos a la patria potestad, ya sean hijos de matrimonio (llamados legítimos), o bien hijos nacidos fue-

ra de matrimonio (ilegítimos) y por último, los hijos adoptivos.

Primeramente nuestro Código Civil no admite la distinción que anotamos en el párrafo inmediato anterior, y dice textualmente en su exposición de motivos que "por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se precisó que unos y otros gozacen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."

No obstante la buena intención del legislador para suprimir esta distinción se puede sustraer con facilidad a la realidad que plantean los problemas relacionados con esta materia; así, se manifiesta al reglamentar lo concerniente a las personas que ejercen la patria potestad, en los casos que anotamos y, en consecuencia, nos vemos precisados a hacer esta distinción, ya que no sería posible estudiar este punto si tratáramos de evitarla.

A.- Personas que Ejercen la Patria Potestad Respecto de los Hijos Nacidos Dentro de Matrimonio.

El Código Civil de manera general establece en el artículo 414 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".

Vemos pues, que no sólo se concede el ejercicio simultáneo de la patria potestad al padre y a la madre, sino que va más allá, porque a falta de las personas que designa en primer término, — padre y madre — establece que serán los abuelos paternos, o en su caso los abuelos maternos los que ejerciten en el orden que este mismo precepto señala.

Aquí advertimos que muy a pesar del propósito de hacer prevalecer el principio de igualdad entre el sexo, esto no se logra, como se desprende del numeral que analizamos, en el cual destaca la tendencia al predominio del hombre sobre la mujer, al establecer un orden preferencial para los ascendientes por línea masculina, porque en primer término señala que están llamados a ejercer la patria potestad cuando falten los padres, los abuelos paternos y en segundo lugar a los abuelos maternos.

B.- Personas que Ejercen la Patria Potestad respecto de los Hijos Nacidos Fuera de Matrimonio.

La patria potestad, como observa Castán Vázquez en general está fundada, como vemos, en la misma naturaleza, siendo una consecuencia de la relación de paternidad y filiación. Los padres naturales ostentan, a partir del reconocimiento, una paternidad que está admitida por el Derecho y es reconocida y aceptada por todos. Esa paternidad les impone deberes como implicantes de la función protectora que a todos incumbe, preciso es, pues, que les confiera también derechos para cumplirla. La patria potestad, por tanto, debe ser también atribuida a los padres naturales. (21)

Considerando lo expuesto por el autor anteriormente citado, y tomando en cuenta que el origen primario, antes que el religioso, de la patria potestad, es precisamente la procreación y la relación padre e hijo como hecho natural, llegamos a la conclusión de que el hecho de conferir la patria potestad a los padres naturales es cosa justa.

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal vigente, -- otorga la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimo

nio a los padres que reconocen a éstos; dispone textualmente en su artículo 415 lo siguiente: "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán -ambos la patria potestad". Es decir que el precepto que analizamos reconoce la existencia jurídica del concubinato o matrimonio de hecho, para los efectos de la patria potestad.

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381, los cuales postulan que si ambos padres hubiesen hecho conjuntamente el reconocimiento del hijo y no viven juntos, convendrán cuál de los dos ejercerá la custodia, palabra ésta última que significa que deberá convenir al lado de quién quedará, pero manteniéndose la patria potestad en favor de ambos, pues a los dos corresponde, según la solución ineludible que se desprende del artículo 412.

Nuestro Código Civil abunda aún más estableciendo en su artículo 417 que, "cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo". Vemos pues, que este precepto nos da una solución igual a la que nos exponen los numerales 380 y 381,-



ya comentados, esto es, siempre se les da preferencia a los padres para que lleguen a un acuerdo con respecto a quien deberá ejercer la patria potestad, y solo en caso de diferencias deberá intervenir el Ministerio Público o el Juez de lo Familiar, según el caso.

Cuando los padres viven separados se puede dar el caso de que el reconocimiento de los hijos no se hubiere efectuado conjuntamente, sino, por separado. La solución a este problema nos la da el artículo 381 del Código Civil, estableciendo que tendrá la custodia quien primero hubiere reconocido al menor como su hijo, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, como por ejemplo: que sus hijos sean internados en alguna institución educativa; queden bajo el cuidado de alguno de los abuelos, etc., o también - que el Juez de lo Familiar, del lugar, no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados del Ministerio Público. Se puede presentar este mismo problema aun cuando los padres hubieren reconocido como a su hijo a un menor, en el mismo acto, pero en este caso la solución la encontraremos en el artículo 380 el cual dice textualmente que "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos, reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren el Juez de lo Familiar, del lugar, oyen

do a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyera - más conveniente a los intereses del menor".

Por último el artículo 418 de este mismo Código Civil establece que a falta de padres ejercerán la patria potestad sobre el hijo reconocido, los demás ascendientes a que se refieren las fracciones segunda y tercera del numeral 414; es decir, se da la misma solución que se tiene para el problema de falta de padres en el caso de los hijos nacidos dentro del matrimonio.

Creemos necesario y conveniente dar una última opinión - concierne al punto que venimos analizando y así diremos, que no obstante la supresión de la antigua distinción que existía entre hijos de matrimonio e hijos nacidos fuera de matrimonio, no se logra felizmente en la realidad social en que vivimos, pero por lo menos nuestro Código Civil al regular estas situaciones lo hace sistemática y cuidadosamente y, sobre todo, siempre favoreciendo a los intereses del hijo y tomando las diferentes situaciones que en realidad pueden presentarse.

C.- Personas que Ejercen la Patria Potestad Respecto de los Hijos Adoptivos.

Tienen el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos - adoptivos las personas que los adoptan, de acuerdo con lo previsto por el artículo 402 de nuestro Código Civil, el cual en su primera parte establece que los derechos y obligaciones que nacen de la - adopción, así como el parentesco que de ella resulte se limite -- única y exclusivamente al adoptante y al adoptado; este mismo pre\_ cepto añade en su segunda parte que se exceptúa de lo expuesto, lo relativo a los impedimentos de matrimonio, debiéndose estar al - respecto a lo que establece el artículo 157 de este mismo Código, el cual estipula que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto subsista el lazo jurídico que resulta de la adopción. Lo manifestado anteriormente se complementa con lo que establecen los artículos 395 y 396 del repetido Código Civil preceptos que estipulan que el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos; pudiendo dar su nombre y apellidos al adoptado; asimismo el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo - adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Nuestro Código Civil en su artículo 403 establece que los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural no se extinguen por la adopción, es decir, que el efecto principal de la

institución jurídica de la adopción es precisamente el de transferir a los adoptantes el ejercicio de la patria potestad, salvo en el caso de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, situación en la cual ambos cónyuges la ejercerán.

### 3.- La Intervención del Estado y los Límites en el Ejercicio de la Patria Potestad.

La intervención del Estado en el ejercicio de la patria potestad va en relación directa con la naturaleza del mismo, en virtud de que el Estado es un organismo, y lo es porque en él se encuentran caracteres sociales de todo organismo; es decir, la dependencia de los elementos constitutivos en relación como un fin y la conexión de interdependencia de los elementos entre sí. Ahora bien, es indudable que los elementos constitutivos de un Estado son los individuos considerados como entes espirituales, los cuales tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para alcanzarlos; el Maestro Hans Kelsen, nos dice en relación con este punto, que: "Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico ya

que está caracterizado por los mismos actos coactivos y una misma comunidad social no puede estar constituida por dos órdenes diferentes". Añade más adelante el mismo Maestro Kelsen, que "no todo orden jurídico constituye un Estado, y, este llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos órdenes especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen". Ahora bien, también afirma que el Estado debe ser considerado como un conjunto de órganos y "desde el momento que un orden jurídico ha superado el estado primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de Derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y aplicación del Derecho permanecen siempre descentralizados. La actividad de los órganos especializados en forma general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria". (22) Las personas encargadas, de la creación y aplicación de las normas jurídicas desempeñan una actividad de naturaleza profesional y a la vez que al realizar esta tarea, se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Por lo tanto, sin introducirnos más en cuestiones de teoría del Estado, para determinar la naturaleza de éste, su estructura, sus funciones y sus finalidades, debemos hacer referencia a la regulación que por conducto del Derecho Civil hace el Estado, y en particular con una de sus divisiones como es el Derecho de Familia.

Dentro de las instituciones del Derecho Civil, la que ha sufrido transformaciones más profundas es precisamente la del Derecho de Familia. El Derecho de Familia ha emprendido en sus principales manifestaciones, el tránsito que va desde la esfera tradicional del Derecho Privado, hacia la más amplia del Derecho Público.

Por lo que toca a la patria potestad (institución que tiene un profundo matiz social), la intervención del poder público en el ejercicio y transformación de ésta es patente, pues se convierte de poder unitario, privado, con la rigidez que se presentaba el Derecho Romano, en algo completamente distinto, pues según vemos en el momento actual, tiene caracteres de deber tuitivo, interviniendo generalmente por órganos oficiales encargados de velar el cumplimiento de las obligaciones y prerrogativas que impone a las personas que tienen su ejercicio.

Si analizamos las relaciones de Derecho de Familia en su estructura será fácil convencerse de que ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, -- opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer o referente a estos intereses. Es más la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior por consiguiente a los intereses individuales se manifiesta mucho más claramente que en el Derecho Público. Y es más evidente tal subordinación de la voluntad a un fin superior en las relaciones entre padres e hijos con arreglo a las cuales se modelan las relaciones entre cónyuges.

Las relaciones a que ahora nos estamos refiriendo están constituidas principalmente por la tutela del interés de los hijos en su condición de incapaces.

Es evidente que los derechos que la ley concede al padre no se basen en un interés individual suyo, sino en el único interés a satisfacer, es decir, al de incapaz, no pudiendo ser defendido este interés por el incapaz, ya que el interés individual suyo es elevado a interés superior de la familia y confiado sobre todo al padre como llamado por naturaleza a desempeñar tal misión. Con lo cual la ley no hace sino sancionar jurídicamente una exigencia que espontáneamente se afirma en la conciencia del padre como --

tal; el interés del hijo lo siente el padre como interés propio, de todo padre, y como interés que supera sus propios intereses de simple individuo.

La diversa posición que el individuo ocupa en el Estado, según que se le considera como individuo o como miembro del organismo estatal, se reproduce aquí, según que consideremos al padre como tal o como simple individuo.

En el ordenamiento positivo mexicano se encuentra debidamente reglamentado todo lo relativo a la institución jurídica de la patria potestad, regulación que se hace a través de diversas leyes, tales como el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, el cual establece en su Título Octavo lo concerniente a los efectos de la patria potestad, con respecto de la persona de los hijos; personas que ejercen la patria potestad; efectos de la patria potestad, con relación a los bienes de los hijos; los diferentes modos de extinguirse, suspenderse y perderse la patria potestad; los límites a los cuales se encuentra la patria potestad, previsto en su artículo 413, que nos remite a la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal de 21 de junio de 1928, la cual fue sustituida por la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales para Menores y sus Instituciones Auxiliares en el



Distrito y Territorios Federales de 22 de abril de 1941, siendo -  
esta remisión innecesaria, toda vez que la ley finalmente citada no  
regula para nada lo concerniente a los límites de que nos habla el  
artículo 413 de nuestro Código Civil.

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de -  
Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Fede-  
ral de 1931, contiene disposiciones relativas a la patria potestad -  
en sus artículos 203, 266 bis párrafo segundo, 294, 295, 335, 336,  
342, 343, preceptos que señalan las causas por las cuales se pier-  
de la patria potestad, privando a la vez de los derechos que pu-  
dieran tener las personas que ejercen la patria potestad con respec-  
to a los bienes de los hijos, así como también nos dice que las -  
lesiones inferidas por el Derecho de corrección de quienes ejerzan  
la patria potestad no serán punibles siempre y cuando estén com-  
prendidas dentro de la primera parte del artículo 289 de ese mis-  
mo cuerpo de leyes y, en el artículo siguiente, se le priva de la  
patria potestad en caso de que las lesiones inferidas al menor no  
estuviesen comprendidas dentro de lo previsto en la primera parte  
del artículo 289, también se reglamentan dentro del ordenamiento  
al abandono de persona, al abandono de un hijo menor sujeto a la  
patria potestad.

A mayor abundamiento, el Código Penal también regula - las consecuencias por la exposición de un menor, si éste es hijo - sujeto a la patria potestad de quien lo expone (se le priva de la pa - tria potestad al progenitor por este hecho).

La Ley Orgánica de Educación Pública de 23 de enero de 1924 en sus preceptos 4o., 5o., 6o., fracción V, 65,66,112,114 y 116 establecía lo relativo al carácter que tiene la educación como función de interés y servicios públicos, otorga facultades al Estado para vigilar que la enseñanza impartida en los establecimientos par - ticulares de educación primaria y normal, así como la de cualquier tipo impartida especialmente a obreros y campesinos; preceptúa -- también sobre la necesidad de procurar y utilizar la colaboración de los padres de familia o representantes de los menores, con la finalidad de coordinar con ello lo concerniente a las labores de ca - rácter educativo; establece también las obligaciones y derechos que tienen las personas que ejercen la patria potestad, tutela o repre - sentación legal, diciéndonos que los padres tienen obligación de - hacer que sus hijos, pupilos y representados menores de quince años de edad concurren a las escuelas dependientes del Estado o a las particulares debidamente autorizadas, para recibir instrucciones - primarias, y constriñe a cooperar con las autoridades escolares - y con los educadores para coordinar la educación que el menor re

ciba en el hogar con la que le sea impartida. Esas ideas serían recogidas luego por la Ley Orgánica de Educación Pública de 1942 y por la Ley Federal de Educación de 1973. (23)

### 3.5 La tutela como institución protectora del menor.

e).- La situación de desigualdad jurídica en que se encuentran algunas personas, que por razón de su corta edad por tener afectada su inteligencia o facultades mentales, que impiden la comprensión del alcance de sus actos, ha determinado que en Derecho se les considere incapaces para obrar, razón por la cual el Estado ha querido proveer a su protección, regulando situaciones específicamente, mediante una institución protectora como es la tutela.

Ahora bien, se ha planteado el problema en el sentido de precisar si válidamente el Estado debe intervenir en la organización de la tutela, y en su caso cuál debe ser el alcance de esa intervención.

A la primera parte de este problema, se puede dar debida solución diciendo que el Estado sí debe tener ingerencia en la organización de tutela ya que siendo ésta, miembro importante del Derecho de Familia, peligrarían integridad de aquél, si la familia estuviera falsa-

mente cimentada o incompleta en el Derecho, además el Estado, a través de sus órganos tiene el deber de intervenir en actos jurídicos como la tutela para darle autenticidad y evitar consecuencia de nulidad en detrimento en la debida protección de los interesados. Finalmente la ingerencia Estatal está justificada para controlar valiéndose de la intervención de los jueces pupilares, los actos de los que ejercen la tutela evitando así, la comisión de actos perjudiciales a los intereses de los menores e incapacitados.

Esos son los argumentos fundamentales en que descansa la intervención estatal en el régimen jurídico de la tutela.

En el derecho moderno, al desconocerse el poder absoluto de los que ejercen la patria potestad y la tutela, para convertir esas instituciones en verdaderas funciones sociales, se hace indispensable la intervención del Estado para controlar en beneficio de los menores e incapacitados, las distintas actividades que ejercen los encargados de la potestad paterna o tutela, así en nuestro Derecho se han creado los Consejos Locales de Tutela y los jueces Pupilares, para poder vigilar de manera más eficiente las actividades de los tutores.

O lo que es lo mismo, el alcance o intensidad de la intervención estatal, no está circunscrita a la realización de una labor de control y vigilancia sobre quienes están en disposición de desarrollar -

la potestad tutelar, sino que va mucho más lejos al cambiar la naturaleza de la función tutelar de personal y privada a pública y social.

Partiendo de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, podemos considerar que en éste último el Estado se coloca como un extraño frente a los particulares, dejándolos en libertad para regular sus intereses, limitándose en su actitud a declarar y aplicar el Derecho, auxiliando además la consecución de los fines lícitos que en el ordenamiento jurídico se propongan los particulares.

En cambio, en Derecho Público, el Estado interviene directamente en todos los negocios y relaciones que interesan a la comunidad política y a los diferentes entes públicos, suprimiendo la libertad individual para imponer el fin superior.

Sentado esto, observemos que la familia, al no estar absorbida en el organismo estatal, debe ser comparada con los entes públicos en sus relaciones con el Estado, afirmando así que la familia organizada sobre bases jurídicas tiene como fin capital, mantenimiento, educación y asistencia de sus miembros incapaces o importantes para proveer por sí; por algunos entes públicos este mismo objeto es perseguido, por lo cual debe ser comparado con la familia.

Aun cuando el derecho de familia tiene por objeto regular intereses generales, el Estado no es parte de las relaciones familiares, -

sino que el Derecho Público debe tomar en cuenta la intervención del Estado en la relación jurídica, aun cuando también participe en ella un particular.

La intervención del Estado en las relaciones del Derecho de Familia es innegable y por ende en las de tutela; pero esa ingerencia no la efectúa el Estado en concepto de parte, sino que tutela el interés general que llevan implícito esas relaciones, mediante un sistema imperativo en el que no cuenta la autonomía de los sujetos relacionados.

Para concluir, hay que agregar que si bien la tutela es considerada como una institución de interés público, no por eso necesariamente debe ser separada del Derecho Civil. Lo que sí es verdad incuestionable, es que la tutela y demás figuras jurídicas del Derecho de Familia, deben ser objeto de una especial atención y reglamentación por parte del Estado, ya que los valores que protege forman su esencia misma.

CAPITULO CUARTO  
NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA  
POTESTAD Y DE LA TUTELA

#### 4.1 Problema terminológico

En forma preliminar debemos abordar sucintamente el -- problema relativo al nombre de la institución que venimos estudiando.

El concepto potestad nos evoca de inmediato la idea de poder, dominio, imperio, facultad, capacidad que se tiene para ordenar o hacer una cosa. En el caso de la patria potestad este poder es atribuido a los padres o ascendientes con relación a los hijos o descendientes, así como entre el adoptante y el adoptado pero no se trata ya modernamente, de un poder absoluto, pues como muy bien lo dice Castán Vázquez, citando a Dekkers; "En la patria potestad se ve hoy, más que un poder, una protección; protección que -- por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aun a la madre sola en defecto del padre" (25) por esto, se ha intentado suprimir los términos usados tradicionalmente, sustituyéndolos por otros que se adecuen más exactamente a la idea que se tiene en la actualidad de la patria potestad; así, se ha propuesto el empleo de las palabras de la autoridad de los padres y de las madres.

El Código Soviético de la Familia de 1918 suprimió la - -



80

expresión patria potestad y nos habla de "Derecho y Deberes respectivos de los hijos y de los padres". Sin embargo, esto no significa sino una mera excepción, ya que hasta el momento la mayor parte de las legislaciones del mundo siguen utilizando el término - "Patria Potestad". Lo cual se debe fundamentalmente a los inconvenientes que presentan la utilización de algún otro u otros términos, como por ejemplo, el llamarle "Poder Parental", que podría ser mal interpretado, pretendiendo con esto que otros parientes, - además de los padres, estuvieran llamados al ejercicio de la patria potestad.

No obstante la idea que pueda encerrar o concebirse de la patria potestad, como es el de poder, imperio, facultad, etc., bien sabemos que su contenido y función ha variado en forma substancial; de aquí que consideremos que no exista ningún inconveniente en seguir utilizando la misma terminología para señalar esta - institución del Derecho de Familia, siempre que se entienda en su moderno sentido.

#### 4.2 Definición.

Emprender la tarea de definir algo es siempre un riesgo, sobre todo en el campo jurídico, se plantea el peligro de no abar-

87

car todo lo concerniente a la institución o fenómeno que pretenda -  
definirse. No obstante la afirmación hecha con anterioridad, tratare  
remos de llegar a una definición que nos dé las principales caracter  
ísticas de la institución que venimos analizando, lo que estimamos  
conveniente sobre todo por razones de orden didáctico.

Como veremos, toda la doctrina que se ha avocado al estudio  
de la patria potestad la define de una manera similar así Colin  
y Capitant nos dice que la patria potestad es: "el conjunto de -  
derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre  
los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados,  
para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y --  
educación que pesan sobre ellos". (26)

Marcel Planiol define la institución que estudiamos de la  
siguiente manera: "Es el conjunto de derechos y facultad 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 obligaci  
ones como tales". (27)

José María Castán Vázquez la define como "El conjunto -  
de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona  
y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como

medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole". (28)

Parecerá bastante redundancia el hecho de citar definiciones de diferentes autores, pero consideramos que de no hacerlo así, mutilaríamos el pensamiento jurídico en general y sobre todo el pensamiento de los estudios más representativos del Derecho Civil.

En todas las definiciones expuestas destaca fundamentalmente la concepción que se tiene de la patria potestad como una función y también como un deber. Algunos tratadistas abundan aún más, incluyendo en las mismas, las personas que la ejercen, como por -- ejemplo, la definición vertida por Julián Bonnecase que nos dice que corresponde: "el ejercicio primeramente a los padres en forma principal, en forma parcial a los demás ascendientes y en forma subsidiaria a los terceros".

También se refieren algunos autores a las personas sobre las que se ejerce la patria potestad, es decir, los hijos menores, no emancipados. La totalidad de los tratadistas se refiere a los deberes por cumplir por parte de quienes ejercen la patria potestad, como son los de educar, cuidar de la persona de los hijos, así como de sus intereses o patrimonio, etc. Concluimos, pues, que las

diferencias existentes entre un concepto y otro, no son de contenido, sino más bien de la terminología, por ejemplo: deber, derecho, carga, prerrogativa, etc. Donde es posible encontrar una diferencia más marcada es el concepto vertido por Julián Bonnacése del -- que ya antes hemos hecho referencia, aunque en realidad no se sepa con exactitud a que se refiere cuando habla de "terceros", pues si bien es cierto que por lo que corresponde al cuidado, representación, educación, etc., de incapaces si existe la intervención de terceros, pero en estricto criterio jurídico a este fenómeno o institución jurídica no se le puede llamar patria potestad, sino tutela.

#### 4.3 Aspectos jurídicos.

##### 4.3.1 La patria potestad como función.

La patria potestad es una institución jurídica que se ubica exactamente dentro del Derecho de Familia, que a su vez es parte de esa gran rama del Derecho Privado que es el Derecho Civil.

La patria potestad presenta dos aspectos fundamentales. -- Primeramente por lo que corresponde a las relaciones que guardan entre sí quienes la ejercen -- los padres -- y quienes se encuentran sometidos a ésta -- los hijos menores de edad no emancipados --; por otro lado, respecto de las relaciones externas de los --

sujetos de esta institución, lo cual viene a ser un derecho subjetivo de los padres.

La mayor parte de los estudiosos de la patria potestad, y principalmente la doctrina italiana destacan que la patria potestad es un conjunto de poderes con sus correspondientes deberes. --- Messineo, citado por Castán Vázquez, (29) nos dice que "la patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: poderes-deberes), en los cuales se acata orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir, al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar; es, pues, un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado a los progenitores - (carácter oficioso de la patria potestad), en protección del hijo, en cambio, en cuanto se le considera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo".

Vemos también que "es interesante observar que la doctrina se refiere aquí, siempre a un derecho; pero no al derecho correspondiente al deber, esto es, a un derecho del hijo; sino, por el contrario, el derecho del mismo progenitor. De lo que resulta,

ante todo, que la doctrina reconoce en el progenitor aquella coincidencia de derecho y deber que hemos visto que es la característica de las relaciones de Derecho Público. Y hemos visto también que la misma se realiza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la voluntad, el momento de la finalidad: de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos "si quiere alcanzar este fin debe observar estas normas", se plantea en cambio, en estos u otros; "debe alcanzar este fin observando estas normas". Es claro que aquí es originaria y fundamentalmente la afirmación del deber; mientras que el derecho no es más que consecuencia, medio para cumplir el deber".

Concluimos, pues, que la patria potestad es un medio necesario para cumplir con un deber u obligación de corregir, educar, proporcionar alimentos, etc., a los hijos menores que se encuentran sujetos a la autoridad de sus padres.

Observa Cicu que: "la patria potestad ha de configurarse como un derecho-deber, es decir, una entidad compleja en la que predomina el deber; es un todo propio del Derecho Público y extraño al Derecho Privado". (30) En la patria potestad, así como acontece en las relaciones entre el Estado soberano y el ciudadano súbdito, la posibilidad de una relación jurídica entre padres e hijos, -

la proporciona el hecho de que la tutela del interés del segundo, -  
 elevado a interés superior de la familia, se consigue por medio de  
 controlar, ejercitado sobre quien desenvuelve el poder. "La patria  
 potestad, es sobre todo, un deber al que no corresponde un dere-  
 cho del hijo, pues la garantía del cumplimiento del deber se obtie-  
 ne confiando a personas distintas del hijo, tales como los parientes  
 y el Ministerio Público la tarea de vigilar y controlar la actuación  
 del progenitor". (31)

"La patria potestad, que frente al hijo se reduce a un --  
 simple poder, es también un derecho, pero lo es sólo frente a --  
 quienes lo ostentaren como derecho propio, tal como se verificaría,  
 por ejemplo, cuando la madre niega al padre dicha potestad, o --  
 cuando se discute si el padre la ha perdido, o cuando se controvier  
 te acerca de si él es padre legítimo.

Ese derecho subsiste, no diversamente del dominio erga  
omnes; es decir, no es un derecho del hijo, sino respecto de todos  
 los demás".

Advertimos que la patria potestad se considera como un -  
 deber o función que tienen los poderes para con sus hijos, función  
 que es fundamentalmente de protección, vigilancia y administración

de alimentos a los mismos.

Se concluye que la patria potestad es una función, la cual es de interés familiar, y de la que los padres están investidos. Podría entenderse que este interés de que hablamos es estrictamente individual, más sin embargo, como ya dijimos, pone de relieve el interés anotado, el cual tiene una doble distinción: el querer y obrar de quien es destinatario de este ejercicio. Aclarando un poco se puede decir que esta doble función es el interés de ser investido de la patria potestad y también el interés de ejercitarlo o ser dispensado en este ejercicio, lo cual se eleva a derecho, derecho a ser investido de la función que estudiamos.

Castán Vázquez nos dice refiriéndose a la patria potestad como función que es "el principio, puede hoy afirmarse, que inspira la concepción de la patria potestad en las legislaciones actuales del sistema occidental. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, los Códigos Civiles, que regulan la patria potestad como una función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a éste". Y más adelante agrega "la concepción generalizada en el Derecho moderno, de la patria potestad como una función, coincide con las orientaciones cristianas acerca de este instituto". (32).



También debemos anotar que no obstante que la patria -- potestad se ubica exactamente dentro del Derecho Privado, ésta se encuentra de tal manera reglamentada en las legislaciones actuales, que permiten la intervención del Poder Público para los casos de - incumplimiento de los padres en las obligaciones que impone esta - institución, llegando al caso de privarlos de su derecho, así como también se auxilia a los progenitores en el ejercicio de ésta, cuando los hijos son de notoria conducta incorregible, permitiendo a los padres recluír a los hijos en instituciones de rehabilitación.

#### 4.3.2 La patria potestad como derecho subjetivo.

Habiendo estudiado ya el aspecto jurídico de la patria potestad, corresponde analizar su segundo aspecto, es decir, la patria potestad como derecho subjetivo.

Antes que nada debemos determinar que se entiende por - derecho subjetivo desde el punto de vista estrictamente jurídico. - Nos dice Hans Kelsen, en su obra Teoría Pura del Derecho que - "hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de - voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Sólomente cuando una --

norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste". (33)

Partiendo de esta definición dada por Kelsen concluimos - que la patria potestad es un medio dirigido a excitar el cumplimiento de un deber derecho que se traduce en una acción que tienen - los padres para dar cumplimiento a los deberes que impone la institución que venimos estudiando; no se trata precisamente de un interés estrictamente personal, como sería el caso de la libertad de querer en el cuidado de los propios intereses, sino que en este caso, el progenitor está llamado a cuidar un interés ajeno, el de sus hijos menores; en consecuencia, no se trata de una simple libertad de querer, sino más bien de una potestad como derecho subjetivo.

#### 4.4 El organismo llamado "Desarrollo Integral de la Familia" (D.I.F.) como organismo público descentralizado, protector del menor en el régimen jurídico mexicano.

En base a lo anterior preocupado el gobierno por todas estas cuestiones, dentro de la administración del Presidente López -- Portillo y continuando con los lineamientos que se plantearon con la

con la reforma administrativa, se concluyó en crear un solo organismo que fuese más completo y por más eficiente, en razón de -- que con las anteriores Instituciones que hemos descrito a grandes rasgos, en este inicio había por una parte duplicidad e interferencia de funciones y por otra parte, la necesidad de una mejor utilización de los recursos de todo tipo para realizar de manera óptima los programas y actividades, por supuesto en favor de la infancia y la familia encomendados a las dos instituciones.

Los objetivos de este organismo se encuentran plasmados en el nuevo Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de enero de 1977.

Su objetivo específico se encuentra fundamentado en el artículo 2o., del mismo Decreto, siendo los siguientes:

- I.- Promover en el país el bienestar social.
- II.- Promover el desarrollo de la comunidad y fomentar el bienestar familiar.
- III.- Apoyar y fomentar la nutrición y las acciones de medicina preventiva dirigidas a los lactantes y en general a la infancia, así como a las madres gestantes.
- IV.- Fomentar la educación para la integración social a través de la enseñanza preescolar y extraescolar.

- V.- Fomentar el sano crecimiento físico y mental de la niñez y la formación de su conciencia crítica.
- VI.- Investigar la problemática del niño, la madre y la familia, a fin de proponer las soluciones adecuadas.
- VII.- Establecer y operar de manera complementaria hospitales, unidades de investigación y docencia y centros relacionados con el bienestar social.
- VIII.- Fomentar, y en su caso, proporcionar servicios asistenciales a los menores en estado de abandono.
- IX.- Prestar organizada y permanentemente servicio de asistencia jurídica a los menores y a las familias, para la atención de los asuntos compatibles con los objetivos del Sistema.
- X.- Fomentar la formación y la capacitación de grupos promotores sociales voluntarios y coordinar sus acciones, para su participación organizada, tanto en los programas del Sistema, como en otros afines.
- XI.- La coordinación con otras instituciones afines cuyo objeto sea la obtención del bienestar social.

El sistema nacional para el desarrollo integral de la familia está integrado por los siguientes órganos de dirección:

- I.- El Patronato

II. - La Presidencia del Patronato

III. - La Dirección General.

El Patronato será la máxima autoridad del Sistema, y se integrará con un Presidente designado por el Ejecutivo Federal y con los vocales que serán los titulares de las Secretarías de Gobernación, Programación y Presupuesto, Agricultura y Recursos Hidráulicos, Asentamientos Humanos y Obras Públicas, Reforma Agraria, Educación Pública, Salubridad y Asistencia; asimismo por el Director General de la Compañía Nacional de Subsistencia Populares; el Director del Instituto Nacional de la Nutrición y además dos representantes de Instituciones privadas dedicadas a la asistencia, así como también por el Director General del Banco de México que será el Tesorero de dicha Institución y por último el Director General del Sistema que será el Secretario Ejecutivo y concurrirá a las sesiones con voz pero sin voto.

Entre las funciones que se han considerado más importantes y que le son encomendados al patronato, se encuentran entre otras:

I. - Planear y dirigir los servicios que debe prestar el Sistema.

II. - Planear y hacer ejecutar las obras que sean neces-

rias para el cumplimiento de los objetivos del Sistema.

- III.- Coordinar el desarrollo de las actividades del Sistema señalando al efecto los procedimientos para su ejecución, mediante los acuerdos correspondientes.

Corresponde a la Dirección General del Sistema entre otras facultades:

- I.- Cumplir y hacer cumplir las disposiciones y los acuerdos del Patronato y de la Presidencia.
- II.- Extender los nombramientos del personal del Sistema, de acuerdo con las disposiciones jurídicas aplicables.
- III.- Dirigir el funcionamiento del Sistema en todos sus aspectos y ejecutar los programas que los objetivos del mismo requiera.
- IV.- Proponer tanto al Patronato como a la presidencia del mismo las medidas que considere más indicadas para la ejecución de los objetivos del Sistema:
- V.- Someter a la consideración del Patronato el presupuesto correspondiente a cada ejercicio anual.
- VI.- Rendir anualmente en la fecha y con las formalidades que en la presidencia del Patronato y el Patronato mismo señalen, el informe general de actividades

del Sistema, así como las cuentas de su administración.

- VII.- Rendir los informes y cuentas parciales que el patronato le solicite.
- VIII.- Formular, ejecutar y controlar el presupuesto del Sistema en los términos de este ordenamiento y demás disposiciones legales aplicables.
- IX.- Suscribir los convenios de coordinación o de otra naturaleza para el cumplimiento de los objetivos del Sistema.
- X.- Celebrar todos los actos jurídicos de administración y de dominio necesarios para el funcionamiento del Sistema; pero en todo caso, será facultad de la presidencia del Patronato fijar los límites de esta atribución, así como señalar en qué casos se requerirá la previa y especial aprobación de esta autoridad y aquéllos en los cuales puede substituirse el poder que para tales efectos se otorgue a la Dirección General.
- XI.- Suscribir títulos de crédito con arreglo a las disposiciones legales aplicables y previa la autorización de la presidencia del Patronato.
- XII.- Representar al Sistema como mandatario general para pleitos y cobranzas, con todas las facultades genera-

les y las que requieran cláusula especial conforme a la ley.

XIII.- Desistirse del juicio de amparo; substituir y delegar en uno o más apoderados, para que ejerzan individual o conjuntamente los mandatos generales para pleitos y cobranzas; y en general ejercer los actos de representación y mandato para el mejor desempeño de su cargo y se le encomienden, y

XIV.- Desempeñar las demás funciones que este Decreto le señala, las que el reglamento interior indique, o -- aquéllas que por disposición o acuerdos generales o concretos del Patronato o de la Presidencia le competan.

#### 4.5 Características generales de la tutela.

Al iniciar el estudio sobre la tutela, es conveniente analizar en primer término la significación etimológica de la misma.

¿Qué es la tutela? desde un punto de vista estrictamente etimológico la palabra tutela proviene del latín "TUEOR", que significa defender, proteger razón por la cual pudiéramos definir de la siguiente manera como un poder otorgado por la ley a personas ju-



rídicamente capaces para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados. (34)

Ahora bien, en un principio la tutela fue una potestad, un poder encomendado al más próximo varón heredero del tutelado por la que se protegía principalmente el interés del tutor. Por qué era eso? Porque así en esa forma se protegía sobre todo, se conservaba el patrimonio familiar, de tal suerte que se impedía que el incapaz viviese dilapidando sus bienes.

Actualmente se considera como una de las funciones principales del Estado, ya que el velar por aquellos individuos que, por su corta edad, o por el defectuoso desarrollo de sus facultades mentales, no tienen plena conciencia de sus actos, y que por lo mismo, no pueden conducirse por sí mismos; mientras están sujetos a patria potestad, tienen en la persona del que la ejerce un protector natural que cuide de ellos; pero una vez que pierden esta protección, se encuentran solos, aislados y expuestos a las mil contingencias de la vida; entonces el Estado se encarga de darles una protección, en sustitución de la que han perdido y para asegurárselas, nada ha parecido más eficaz a los legisladores que el declararlos incapaces, poniéndolos al cuidado de un tutor, o sea, de un representante que atienda a sus personas e intereses.

Por lo tanto el fundamento de la tutela es precisamente - la utilidad social, ya que al encontrarse los incapaces abandonados, así mismo, se encuentran ante la sociedad sin apoyo de ninguna índole y es por eso que el legislador tratando de llenar ese inmenso vacío y por la imperiosa necesidad de un guía que los oriente y no se encuentren abandonados, creó la función tutelar y es por esto - que al tutor se le considera como un representante de la sociedad ya que es creado en interés del orden público además de ser un - cargo obligatorio, ya que cuando el tutor es designado por la ley o de la voluntad del hombre, sólomente puede rehusarse al cargo -- cuando presente una de las excusas señaladas en el artículo 511 del Código Civil Vigente.

Así la tutela reemplaza a la patria potestad; pero es preciso, sin embargo, no confundir ambas instituciones; existen muchas analogías entre ellas; pero distan de ser una misma cosa; tanto el - padre que ejerce la patria potestad, como el tutor, representan al menor, y tienen la misión de proteger su persona y sus bienes; pero esta protección es de distinta naturaleza en el uno y en el otro; el padre obra en virtud de un poder, que tiene su origen en la misma naturaleza y que es inherente a su persona; en cambio, el tutor obra en virtud de un mandato proveniente de la ley o de la voluntad del hombre; a diferencia del padre, los fundamentos de su poder es

103

tán fuera de su persona. Esto explica el que las facultades del tutor sean menos extensas que las del padre en términos generales, éste puede educar a su hijo en la forma que mejor le convenga; el tutor en cambio, tiene que hacerlo de acuerdo con la fortuna del menor; por otra parte, en tanto que el tutor está obligado a otorgar una garantía de su manejo con respecto a los bienes del incapacitado, el padre no tiene tal obligación, pues se considera que el natural afecto de los padres para con los hijos es suficiente garantía de que no harán nada que sea contrario a sus intereses, consideración que no puede hacerse respecto de los tutores, que en gran número de casos, son personas extrañas al menor.

Una vez extinguida la patria potestad, quedan los individuos que estaban sujetos a ella fuera de la acción de esa autoridad, pero de esos individuos unos entran en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, y otros por su incapacidad, son inhábiles para atender por sí mismos a sus personas e intereses y necesitan del auxilio y dirección de otros que con su intervención complementen su capacidad jurídica.

De aquí proviene la distinción de las personas en capaces e incapaces, las primeras son aquéllas que tienen el goce y

el ejercicio de sus derechos jurídicos civiles, y las segundas - las que sólo tienen el goce pero no el ejercicio de esos derechos, es decir, que toda persona tiene el goce de los derechos jurídicos, pero no siempre tiene el ejercicio de ellos, pues aquél consiste en la aptitud o facultad para ser titular de derechos o para ser sujeto de obligaciones, capacidad que es común a todas las personas; pero la capacidad de ejercicio consiste en la posibilidad jurídica de la persona para hacer valer directamente sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, ser susceptible de contraer obligaciones y ejercitar las acciones respectivas ante los tribunales.

Los menores y aquellos individuos que se hallan en estado de interdicción tienen el goce de sus derechos jurídicos, pero el ejercicio de ellos corresponde a las personas que los representan. De aquí proviene la necesidad de la creación de un cargo público que se llama tutela, que tiene por objeto la guarda de la persona y de los bienes de los incapaces; pues, toda sociedad bien constituida tiene interés en que las personas que son impotentes para gobernarse por sí mismo no queden abandonadas y expuestas a los peligros propios de su ignorancia o de su inexperience.

Esta necesidad de dar amparo, protección y defensa a los menores e incapacitados es aceptada por todos los legisladores y -

por todos los Códigos.

Ahora bien, nuestro Código Civil aun cuando no ha rehusado definir las diferentes instituciones que crea o reconoce, no ha podido hacerlo siempre, por no incurrir en el defecto de que lo didáctico y técnico ocultase muchas veces su fuerza preceptiva. Por esto, sin duda no define directamente la tutela, pero la determina con toda claridad por razón de su objeto, al declarar en el artículo 449 que "El objeto de la Tutela, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal o sólomente la segunda, para gobernarse por sí mismo. La tutela puede tener también por objeto de la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley".

Comprende, pues, la tutela la suma de facultades y deberes atribuidos por la ley a todo ciudadano en su plena capacidad civil para suplir la falta que de ella tienen los menores e incapacitados que no están sujetos a patria potestad y atender al cuidado de su persona y bienes.

Planiol define la tutela como "Función jurídica confiada a una persona capaz, y que consiste en el cuidado de la persona de un incapaz y en administrar sus bienes". (35)

Julien Bonnecase nos define a la tutela diciendo: "La tutela es un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad, como en casos de interdicción"; o sea que según este autor se substituye a la patria potestad, en los casos en que el padre o la madre han fallecido tratándose de hijos legítimos, o bien también en los casos como la pérdida de la patria potestad o bien cuando se refiere ya no a un menor sino a un incapaz su jeto a interdicción jurídica. (36) Otro autor considera a la tutela como un instituto ordenado por la ley para la protección de aquéllos que, sea por edad, sea por condiciones demente, son incapaces de proveer a la propia persona y a los propios intereses patrimoniales; Otros -- autores la analizan como un cuidado llevado, bajo la inspección del -- Estado, por una persona de confianza (el tutor) sobre la persona y el patrimonio de quien no esté en situación de cuidar de sus asuntos por sí mismo o que por lo menos se le trata judicialmente como si no estuviera en esa situación; y Barasi, ve en la tutela una función de Derecho Público, pues nos dice que, su ejercicio implica un poder que es a la vez una función, por cuanto es obligatoria y se ejercita, no en interés propio, sino en el de otro. Por lo tanto su esencia es una institución de Derecho Público, aun cuando los actos singulares realizados por el órgano público ejecutivo (el tutor) no traspasen las fronteras del Dere cho Privado, y agrega que no es la primera vez que el Estado se sirve de instituciones de Derecho Privado para la consecuencia de sus propios fines. Otros autores también han visto en la tutela una institución

de Derecho Público; concepto erróneo: pues la tutela, como antes dijimos tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los incapacitados, ambas cosas afectan a los intereses particulares de éste y no a los del Estado: es pues, una institución concerniente al Derecho Privado.

Sin embargo, aunque teniendo la tutela por exclusivo objeto intereses privados su organización interesa también, en alto grado, al orden público. Pues la sociedad tiene interés en que no estén sin protección los menores o incapacitados y para asegurarles esta protección que tan necesaria les es, para satisfacer aquel interés, que es propiamente una exigencia social, se ha creado la tutela; ésta, pues, como medida protectora de la familia, base de la sociedad concierne, en cierto modo al orden público. De aquí hay que deducir la consecuencia de que las disposiciones referentes a la tutela están por encima de la voluntad de los particulares quienes, en términos generales, no pueden ampliar ni restringir las facultades y obligaciones de los tutores, ni modificar la forma en que la ley manda que administren los bienes de los pupilos; de este mismo principio de que la tutela tiene por objeto el exclusivo interés de las personas sujetas a ella, hay que deducir que todas las disposiciones que la rigen deben de interpretarse en el sentido que sea más favorable a tal interés.

El artículo 452 de nuestro Código Civil nos dice que "La tutela es un cargo de interés público del que nadie puede eximirse, --

sino por causa legítima". Buscando base a una definición, en la asignación del deber social como exigible a un individuo en pro del interés de todos, es preciso aceptar la definición de Laurent, según la cual la tutela: "Es una carga pública impuesta a una persona capaz de cuidar a otra incapaz y representarla en los actos de la vida social.

La función social, que como necesaria se confiere al tutor, y que envuelve una delegación de facultades para que la protección se realice, y una serie de deberes para garantía del exacto y fiel cumplimiento del cargo, no es rechazable por causas de poca entidad. Por ese deber del Estado de amparar al desvalido, se ha considerado la tutela como una carga pública de la que nadie puede eximirse sino por causa legítima.

Causa legítima, significa causa admitida por la ley, no ha de bastar, pues, sutiles pretextos y pueriles disculpas para librarse del cumplimiento de un deber social tan importante, y por ello sin ampliación ninguna, sólomente serán eficaces las excusas que taxativamente enumera el artículo 511. Estos motivos servirán para excusarse antes de aceptar el cargo, y para renunciarlo si concurren después de aceptado.

La ley ha querido que en ningún caso y por ningún motivo queden los menores o incapacitados en estado de abandono ni por un solo instante; y con tal fin ha dictado las reglas convenientes, obligando a los jueces a ordenar las providencias necesarias para evitar a --



esas personas todo género de perjuicios. Por esa razón ha ordenado en el artículo 460 "Cuando fallezca una persona que ejerza la patria potestad sobre un incapacitado a quien debe nombrarse tutor, su ejecutor testamentario, y en caso de intestado, los parientes y personas con quienes haya vivido, están obligados a dar parte del fallecimiento al juez pupilar, dentro de ocho días, a fin de que se provea a la tutela, bajo la pena de veinticinco a cien pesos de multa. Los oficiales del Registro Civil, las autoridades administrativas y las judiciales tienen obligación de dar aviso a los jueces pupilares de los casos en que sea necesario nombrar tutor y que lleguen a su conocimiento en el ejercicio de sus funciones". Esta obligación tiene por objeto que el juez provea a la guarda del incapaz y a la administración de sus bienes.

Grave cuidado y responsabilidad atribuye nuestro Código en los artículos 468 y 469 a los jueces, pero lógico es que las autoridades a quienes en primer lugar consta, por razón de su cargo las consecuencias del fallecimiento de una persona, atiendan a salvar el conflicto que resultar pueda.

Ocurrida una defunción, con el objeto de formalizar la inscripción correspondiente y dar la licencia de enterramiento, recibe el oficial del Registro Civil datos valiosos para realizar con eficaz rapidez sus funciones protectoras. Sabe en seguida el nombre, apellido, edad, ocupación y domicilio que tuvo el difunto, el estado civil de éste, si era casado o viudo, el nombre y apellido de su cónyuge, cuántos hijos deja,

etc., (artículo 119) reúne, en fin, cuantos datos le son necesarios para determinar si el caso requiere la intervención del juez pupilar, para el nombramiento de un tutor que provea al ciudadano del incapaz y sus bienes.

A los jueces toca agrupar los cimientos de esta institución, que ha de cuidar la persona del incapaz y atender a la custodia y administración de sus bienes; pero como de descuidar el cumplimiento de un deber tan importante pudieran resultar daños de trascendencia, el Código les hace en el artículo 469 responsables de los mismos en los siguientes términos: Artículo 468 "El juez de lo familiar del domicilio del incapacitado, y si no lo hubiere, el juez menor, cuidará provisionalmente de la persona y bienes del incapacitado, hasta que se nombre tutor". Artículo 469, "El juez que no cumpla las prescripciones relativas a la tutela, además de las penas en que incurra conforme a las leyes, será responsable de los daños y perjuicios que sufran los incapaces".

Claro está que, en misión tan noble y delicada, han de auxiliar a la autoridad judicial los parientes o allegados del incapacitado, participando el hecho de que se deriva la necesidad de atender al amparo de aquél, el juez ha de proceder con rapidez y eficacia, en los términos del artículo 468 antes transcrito.

Al lado de la institución de la tutela existe otra que tiende a hacer más eficaz la protección de los incapacitados: la Curatela. El legislador no ha considerado que estén suficientemente garantizados con la sola

.institución de la tutela, la persona y los incapaces. No contando con el afecto de los tutores, por ser aquéllos, en la mayoría de los casos, -- personas enteramente extrañas a la familia, ha temido que el tutor nombrado no tenga el celo suficiente para cumplir los difíciles y delicados cuidados que impone la tutela, y para asegurar este cumplimiento, ha creído conveniente que al lado del tutor exista otra persona que vigile los actos de éste y cuide de que llene los deberes que la ley impone, -- esta persona es el curador.

Nuestro Código Civil a fin de evitar las consecuencias de las pasiones y debilidades a que puede estar sujeto el tutor, lo somete a -- la vigilancia del curador, sin cuya audiencia e intervención poco puede hacer, exigiéndose en algunos casos su consentimiento expreso. En esta forma el legislador crea con la intervención del tutor, la garantía del incapaz contra los extraños y con la intervención del curador una eficaz garantía contra el tutor a favor de aquél.

Siendo la curatela una garantía creada por la ley en beneficio del incapaz contra el tutor, se infiere lógicamente que una misma persona no puede asumir los cargos de tutor y curador, pues se vendría a destruir esa garantía y por la misma razón no pueden desempeñarse -- esos cargos por personas que tengan entre sí algún parentesco, pues, -- estos vínculos hacen temer complacencia de parte del curador para -- ciertos actos del tutor perjudiciales al incapaz.

Para obviar este inconveniente, el artículo 458 de nuestro Código Civil establece que "Los cargos de tutor y de curador - -

de un incapaz no pueden ser desempeñados al mismo tiempo por una sola persona. Tampoco pueden desempeñarse por personas que tengan entre sí parentesco en cualquier grado de la línea recta o dentro del cuarto grado de la colateral".

Sin embargo, un tutor y un curador pueden desempeñar a la vez la tutela de varios incapaces, porque así no contrarían los preceptos de la ley que exige una garantía para las personas y bienes de los incapaces. Y en efecto el artículo 456 establece "El tutor y el curador pueden desempeñar, respectivamente, la tutela o la curatela hasta de tres incapaces. Si éstos son hermanos, o son coherederos o legatarios de la misma persona, puede nombrarse un solo tutor y un curador a todos ellos, aunque sean más de tres".

En el sistema que ha organizado el legislador para defender la persona e intereses de los incapacitados, existe pues, al lado de la tutela, la curatela, cuya función principal es controlar el manejo de los tutores.

La tutela, dice el artículo 454 "Se desempeñará por el tutor con intervención del curador, del juez pupilar y del consejo local de tutelas, en los términos establecidos en el Código". Así

la función resulta del concurso y enlace de estos cuatro elementos.

Procurando que la guarda del menor o incapacitado se realice en condiciones de ser eficaz, de proceder con rapidez y de ser vigilada constantemente, nuestro Código ha proclamado en el artículo 455 la unidad de la tutela, al prescribir que "Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos".

El legislador previó la posibilidad de que pudiera haber desavenencia y desacuerdo entre los tutores cuando fuesen varios, y que se dificultase en muchas ocasiones en que se reuniesen para deliberar sobre la forma de acudir a las necesidades del menor o incapacitado o para acordar un detalle importante de la administración de los bienes. Para salvar estas consecuencias del desacuerdo de varios tutores, o quizá de su inacción, nuestro Código opta por la tutela unipersonal, obteniendo más sencillez en la administración. Así toda la responsabilidad recae sobre el tutor único, en cual responderá de la gestión de las personas, de quienes tengan que valerse para administrar los bienes que no puedan durar por sí mismo.

Siendo la tutela el remedio de la incapacidad, según sea

el grado de éstas, así será el contenido de ella, es decir, que hay modalidades en la tutela, las cuales atendiendo a su carácter las podríamos clasificar en tutela ordinaria y en tutela especial.

La tutela ordinaria tiene un carácter permanente y general: es permanente, porque subsiste durante todo el tiempo que la hacen necesaria las condiciones que son origen de su institución; es decir, dura mientras dura la incapacidad del tutelado o mientras no se verifique alguna causa especial que haga cesar la tutela, como su muerte o que quede sujeto a Patria Potestad; es general, porque abarca todos los actos civiles que miran a la persona y bienes del incapaz.

Por estos caracteres no se puede confundir la tutela ordinaria que es permanente y general con la tutela especial que siempre es dativa y que no confiere las atribuciones del tutor ordinario, como ejemplo de esta tutela especial tenemos la del emancipado, y la de los casos previstos en los artículos 440, 457 y 651 de nuestro Código Civil.

#### 4.6

#### Personas sujetas a tutela y clases de tutela.

Ya se menciona con anterioridad que el artículo 449 de -

nuestro Código Civil, el cual ya transcribimos textualmente, determinaba con toda claridad el objeto de la tutela. De él se desprende que el objeto de la tutela es la conservación y defensa, que es lo que significa la palabra guarda, de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos, es decir, guiarse en el ejercicio de sus derechos civiles. El verbo gobernarse está colocado en el precepto legal para significar la disminución o pérdida de la capacidad civil, y no el menoscabo de las fuerzas físicas o impedimentos puramente corporales: Ejemplo: a los ciegos, paralíticos, ancianos, etc., qué razón habría para privarles de sus derechos civiles si se hallan en pleno goce de sus facultades mentales.

Este artículo que analizamos señala dos condiciones negativas por parte del tutelado:

a).- El que no esté sujeto a patria potestad, pues de ser así, no haría falta la protección especial de la tutela;

b).- Que sea incapaz de gobernar por sí mismo, pues de lo contrario no haría falta la protección tutelar.

Una vez que hemos hecho este breve comentario, pasaremos al estudio de las incapacidades restablecidas por nuestra ley.

Los artículos 450 y 451 de nuestro Código Civil determinan cuáles son estas incapacidades:

Artículo 450.- "Tienen incapacidad natural y legal: I. Los menores de edad; II. Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; III. Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir; IV. Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

Artículo 451.- "Los menores de edad emancipados por razón de matrimonio tienen incapacidad legal para los actos que se mencionen en el artículo relativo del capítulo I del título décimo de este libro".

Estos artículos están directamente relacionados con el artículo 23 de nuestro Código Civil el cual prescribe "La menor edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley son restricciones a la personalidad jurídica; pero los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes". La interdicción puede definirse diciendo: "Que es el estado de una persona que careciendo de las aptitudes naturales para gobernarse por sí mismo y administrar sus -



bienes ha sido declarada incapaz por sentencia judicial y sometida en consecuencia a la guarda y autoridad de un tutor que la representa legalmente en los actos de su vida civil".

El texto del artículo 23 antes transcrito expresa la limitación del ejercicio de dicha incapacidad; los artículos 450 y 451 - también antes transcritos, acuden al remedio de la situación y se cumple el deber social de darles protección por medio del tutor, - el cual ha de representar al menor o incapacitado en todos los actos civiles, salvo aquéllos que la ley les permita ejecutar por sí - solos.

En párrafos separados, vamos a estudiar estas incapacidades que dan lugar a la apertura de la tutela.

#### 1.- Incapacidad de los menores de edad.

Por razón de su falta de experiencia, la ley coloca a - estos individuos bajo la guarda de un tutor, cuando deja de haber persona que ejerza sobre ello la patria potestad. La existencia de la tutela por edad, se determina por la regla de que la patria potestad constituye la institución civil principal, superior a la tutela e incompatible con ella; la tutela es subsidiaria y parcialmente supletoria. Cuando siendo necesaria la patria potestad por menor de

edad de los hijos, la muerte de los padres, la condena que los priva de su ejercicio, la ausencia, la interdicción civil o la incapacidad que les inhabilita para el poder, hacen imposible esa patria potestad o suspenden su ejercicio, entonces se requiere sustituirla con la -- tutela.

II. - Incapacidad de los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan inter--valos lúcidos.

Dentro del espíritu del precepto legal, el demente o el loco, llámese alienado, idiota o imbecil, en cuanto la perturbación de su -- inteligencia le impida conducirse por sí mismo, ha de tener un tutor\_ que atienda al cuidado de su persona, restablecimiento de su salud y conservación de sus bienes.

La tutela sigue al demente durante toda su enfermedad men--tal, aun cuando ésta no afecte su corazón permanentemente. Esto se -- debe a que es tan difícil apreciar primero y justificar después en el -- demente un intervalo de lucidez, que el legislador, determinando con--secuencias fatales y previendo fraudes posibles, prescribe que están \_ sujetos a tutela los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos.

edad de los hijos, la muerte de los padres, la condena que los priva de su ejercicio, la ausencia, la interdicción civil o la incapacidad - que les inhabilita para el poder, hacen imposible esa patria potestad o suspenden su ejercicio, entonces se requiere sustituirla con la -- tutela.

II. - Incapacidad de los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan inter--valos lúcidos.

Dentro del espíritu del precepto legal, el demente o el loco, llámese alienado, idiota o imbécil, en cuanto la perturbación de su -- inteligencia le impida conducirse por sí mismo, ha de tener un tutor\_ que atienda al cuidado de su persona, restablecimiento de su salud y conservación de sus bienes.

La tutela sigue al demente durante toda su enfermedad men--tal, aun cuando ésta no afecte su corazón permanentemente. Esto se -- debe a que es tan difícil apreciar primero y justificar después en el -- demente un intervalo de lucidez, que el legislador, determinando con--secuencias fatales y previendo fraudes posibles, prescribe que están \_ sujetos a tutela los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos.

III.- Incapacidad de los sordo-mudos que no saben leer ni escribir.

Nuestro Código sujeta a los sordo-mudos a tutela, pero bajo la condición de que no sepan leer y escribir. Los progresos alcanzados por la ciencia han hecho que los sordo-mudos adquieran, al igual que cualquiera otro individuo, una inteligencia que les permita darse cuenta de sus actos; la ley considera que esta inteligencia existe cuando el sordo-mudo sabe leer y escribir; de aquí que no se le repute incapaz y se le sujeta, por lo mismo, a tutela, más que cuando ignora una y otra cosa; esta ignorancia es para el legislador el signo que denuncia la debilidad de espíritu del sordo-mudo, que lo hace merecedor a la protección que debe impartir a los incapacitados; pero si el sordo-mudo ha podido aprender a leer y escribir, se supone en él un desarrollo de sus facultades mentales, se considera que es un ser inteligente y que no hay necesidad de sujetarlo a tutela.

IV.- Incapacidad de los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

El legislador, en este caso, toma a su cargo el deber social de atender principalmente a la guarda de la persona del in-

capaz y su restablecimiento y en segundo lugar a la defensa de su patrimonio, el cual con la prosecución de un vicio se encontraría en peligro de desaparecer, esta protección que les otorga la ley - podemos decir, que es también en beneficio de la familia.

#### V.- Incapacidad de los menores de edad emancipados.

Podemos decir que los menores de edad emancipados no adolescentes de incapacidad, sino de una limitación de capacidad, que no es lo mismo, pues, las incapacidades propiamente dichas son restricciones a la capacidad de ejercicios y se fundan en las circunstancias subjetivas de ciertas personas, que obligan a la ley a retardar o suspender, por un cierto tiempo, la aptitud para realizar actos jurídicos, remediando entre tanto, su defecto de capacidad, con instituciones o medios supletorios, especialmente el de la representación (patria potestad, tutela), las limitaciones de capa cidad, aunque también se refiere a la capacidad de ejercicio, su diferencia de las incapacidades propiamente dichas, en que el limitadamente capaz obra por sí necesitando únicamente para la validez de ciertos actos, que presten su concurso a los mismos, -- otras personas o a la autoridad judicial, salvo para los negocios - judiciales en que él limitadamente capaz requiere estar debidamente representado.

Un ejemplo claro de limitación de capacidad, es el del menor emancipado, el cual no puede celebrar determinados actos sin el consentimiento del padre o de la autoridad judicial, así como intervenir en negocio judicial sin la debida representación que de él haga su tutor. En su oportunidad veremos que la ley reputa emancipados a los menores de edad que han contraído matrimonio y a los que teniendo más de dieciocho años, han dejado de estar sujetos a patria potestad por voluntad de quienes los tenían bajo su dominio. Estos no obstante la emancipación, continúan siendo menores de edad, y por lo tanto, la ley no puede considerar que tenga la experiencia suficiente para poderse conducir al igual que un mayor, por esto, las medidas protectoras de la ley no cesan en lo absoluto respecto del emancipado sino que tan solo son reducidas; en otros términos por virtud de la emancipación el menor adquiere una capacidad limitada, es decir, guarda un estado intermediario entre la capacidad absoluta de los mayores de edad y la incapacidad absoluta de los menores.

La capacidad que les concede la ley no es absoluta, porque les impone tres restricciones. El emancipado tiene según la ley completa su capacidad en el orden personal y familiar, con la sola excepción del emancipado por concesión, el cual requiere del consentimiento del que lo emancipó para contraer matrimonio antes

de llegar a la mayor edad y a falta de éste, el del ascendiente a quien corresponda darlo y en su defecto el del juez. Respecto al orden patrimonial excluyendo los siguientes actos: enajenación, gravamen o hipoteca de bienes y raíces, para los cuales requiere autorización judicial, puede realizar libremente todos aquéllos que sean de administración sobre cualquier clase de bienes y los de disposición cuando se trate de bienes muebles. La tercer restricción a la capacidad del emancipado concierne a su facultad para comparecer en el juicio, debido a las consecuencias tan graves que puede traer consigo, por lo cual la ley lo coloca bajo la protección de un tutor que lo respete.

Esta capacidad limitada de que gozan los emancipados es distinta de la incapacidad de los menores, pues en tanto que los menores no pueden, en términos generales ejercer ningún acto civil, los emancipados no son considerados incapaces más que para determinados actos. Esta diferencia explica la distinta denominación que da la ley a la incapacidad de unos y otros, llamando a la de los menores, incapacidad natural y legal y a la de los emancipados, incapacidad legal.

Cuando el incapacitado tiene hijos menores no puede ejercitar la patria potestad sobre éstos, pues siendo incapaz para pro-

tegerse así mismo, con mayor razón lo será para proteger a los demás. Por esto el artículo 465 de nuestro Código Civil declara que "Los hijos menores de un incapacitado quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda conforme a la ley, y no habiéndolo, se le proveerá de tutor".

El artículo 491 complementa el anterior precepto, estableciendo que "El tutor del incapacitado que tenga hijos menores bajo su patria potestad, será también tutor de ellos, si no hay otro ascendiente a quien la ley llame al ejercicio de aquel derecho", es oportuno aclarar que este precepto sólo tiene aplicación, cuando se trate de la tutela legítima de los dementes, idiotas, imbeciles, sordomudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes.

Respecto a los hijos del emancipado, éste, sí ejercita la patria potestad sobre ellos, pues como quedó dicho en líneas anteriores, éste es considerado capaz en todo lo relativo al orden personal y familiar, por lo que, tiene a su cargo la representación de sus hijos, con la sola restricción de no poderlos representar en caso de juicio.

Una de las condiciones más importantes que existen para



que se abra la tutela, es la de que quede comprobado el estado de incapacidad del que ha de quedar sujeto a ella; al respecto prescribe el artículo 462: "Ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella".

El artículo 903 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece: que tratándose de menores, esta comprobación se hará por la presentación del acta de nacimiento y a falta de ésta por el aspecto del menor y por último por medio de información de testigos, con respecto a los dementes, este mismo Código establece en el artículo 905 fracción III que, el estado de dementes puede probarse por cualquier medio idóneo de convicción, pero en todo caso se requiere la certificación de tres médicos por lo menos, preferentemente alienistas.

Verificada la comprobación de la incapacidad, el juez hace la declaración de estado del incapacitado y defiere la tutela en la persona quien corresponda conforme a la ley.

Nuestro Código Civil reconoce expresamente tres clases de tutela en el artículo 461 el cual declara: "La tutela es testa--

mentaria, legítima o dativa". Siendo la testamentaria la que se refiere por voluntad del que ejerce la patria potestad, la legítima la que se defiere por la ley y la dativa la que se refiere por nombramiento judicial.

TUTELA TESTAMENTARIA.- El legislador concede preferencia a esta clase de tutela, con respecto a las otras dos clases, por el siguiente motivo que es fácil de explicarse: si hay algún consuelo para el padre moribundo que deje a sus hijos en tierna y peligrosa edad, es sin duda alguna el poder que tiene de elegir entre sus parientes o amigos, la persona que por su inteligencia y probidad le inspire mayor confianza para encomendarle la guarda de las personas y de los bienes de esos hijos. Y si la voluntad del que muere merece respeto, esta última manifestación de la ternura paterna lo reclama mayor, porque tiene por objeto el bien de seres débiles y porque el ejercicio de ese derecho de elección no es más que una consecuencia justa del de patria potestad.

Por lo que sólo corresponde al ascendiente que sobreviva de los dos que en cada grado tengan el ejercicio de ésta, así lo dispone el artículo 470 que dice: "El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad conforme a lo dispuesto en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuere

menor, de nombrar tutor en su testamento a aquéllos sobre quienes la ejerza, con inclusión del hijo póstumo".

La circunstancia de que la persona que ejerce la patria potestad sea menor no impide, en modo alguno, según el texto -- transcrito, el que pueda nombrarle tutor al hijo, en su testamento, porque aquel derecho es, como acabamos de decirlo, una consecuencia del poder paterno, para cuyo ejercicio no es un inconveniente la minoría de edad.

Es tal la confianza que el legislador tiene en el acierto del nombramiento hecho por el ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada grado deben ejercer la patria potestad, que no ha vacilado en sacrificar los derechos de los demás ascendientes a quienes correspondería el ejercicio del poder paterno a falta de aquéllos, excluyéndolos en lo absoluto de tal ejercicio, tan es así, que el artículo 471 dispone: "El nombramiento de tutor testamentario, hecho en los términos del artículo anterior, excluye del ejercicio de la patria potestad a los ascendientes de ulteriores grados".

Puede suceder que el nombramiento de tutor testamentario hecho por el ascendiente que sobreviva, de los que en cada grado ejerzan la patria potestad, obedezca a la circunstancia de --

que los que debieran ejercer la patria potestad estén impedidos temporalmente para ello. La ley presupone que así es, cuando media esta última circunstancia, e interpretando racionalmente la voluntad del testador en el sentido de que no hubiere nombrado tutor testamentario, si el ascendiente llamado a ejercer la patria potestad no hubiera estado impedido para ejercerla, declara que censado el impedimento, queda insubsistente el nombramiento de tutor hecho; - pero si a pesar de mediar aquella circunstancia el testador expresa su voluntad de que la tutela continúe, aun cuando cese el impedimento, deja de tener razón de ser la presunción legal, y hay que atenerse a la voluntad manifiesta del que otorgó el testamento.

Siguiendo este criterio, nuestro artículo 472 prescribe: --  
 "Si los ascendientes, excluidos estuvieren incapacitados o ausentes, la tutela cesará cuando cese el impedimento o se presenten los ascendientes, a no ser que el testador haya dispuesto expresamente que continúe la tutela".

La razón de esto, es el deseo del legislador de que los huérfanos queden bajo la guarda de las personas que mejor puedan atender a sus necesidades; y es evidente que, cuando los abuelos, - por su edad o por otras causas no son a propósito para el ejercicio de la patria potestad, asiste al padre un justo motivo para elegir -

un tutor cuya intervención evite graves perjuicios a sus hijos.

La facultad de nombrar tutor, es como varias veces lo - hemos dicho, una consecuencia del ejercicio de la patria potestad atento esto, no corresponde dicha facultad, más a los que estén en ese ejercicio. Sin embargo, por un principio de respeto al derecho de propiedad, nuestro Código reconoce a todo testador el derecho de imponer condiciones en orden a la disposición de los bienes que testa, entre las que, por sanción de la ley, se encuentra la de nombrar un tutor para la administración de los bienes respecto de los cuales ha instituido heredero a un incapaz.

Confirmando lo anterior, el artículo 473 dice: "El que en su testamento, aunque sea un menor no emancipado, deje bienes ya sea por legado o por herencia, a un incapaz que no esté bajo su patria potestad ni bajo la de otro, puede nombrarle tutor sólomente para la administración de los bienes que le deje".

Es muy justo, que el que hace un beneficio a un menor - tenga derecho de proveer a la conservación de los bienes que deja, ya para que el mismo heredero no los dilapide, ya que los que le - representen, no los conviertan en su propio provecho. El tutor -- nombrado en estas condiciones, no es propiamente un tutor, sino -

administrador de los bienes dejados al incapaz; en efecto, la tutela es una institución que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los menores y demás incapacitados, que no están sujetos a patria potestad, es una continuación, por decirlo así del ejercicio del poder paterno; ahora bien, una tutela como ésta, que tan sólo tiene por objeto la administración de algunos de los bienes -- que forman el patrimonio del incapaz, una tutela que no comprende la guarda de la persona del incapaz, su educación, su representación en la mayoría de los actos de su vida civil, no puede decirse que sea proporcionante una tutela.

Que no es una verdadera tutela, nos lo demuestra el texto del artículo 455 que dice: "Ningún incapaz puede tener a un mismo tiempo más de un tutor y de un curador definitivos". Si se -- considera que la persona nombrada por el testamento para administrar los bienes legales al incapaz, es un tutor, resultará contrario a aquel texto, supuesto que el incapaz se verá con dos tutores: -- uno para administrar determinados bienes, y otro para cuidar de su persona y de los demás intereses que posea; admitiendo que el tutor nombrado por el testador que instituyó como heredero a un -- incapaz, es un solo apoderado para lo que concierne a la administración de una parte de su patrimonio; el principio de la unidad tutelar no queda en modo alguno contravenido.

131

La ley ha querido respetar en todo caso el derecho de patria potestad, y por tal motivo, no conceder al extraño que instituye su heredero o legatario a un incapaz, la facultad de nombrarle tutor testamentario, sino cuando, hallándose fuera de la patria potestad, está sujeto a tutela.

La tutela testamentaria tiene lugar, no solamente respecto de los menores de edad, sino también respecto a los individuos sujetos a interdicción por incapacidad intelectual; así lo determina el artículo 475: "El padre que ejerza la tutela de un hijo sujeto a interdicción por incapacidad intelectual, puede nombrarle tutor testamentario si la madre ha fallecido o no puede legalmente ejercer la tutela. La madre, en su caso, podrá hacer el nombramiento de que trata este artículo".

Si el interdicto tiene cónyuge o hijos, no puede nombrarse tutor testamentario, debido a que en tales casos, no puede ser el padre o la madre tutor de dicho interdicto, y no siéndolo, claro está que no podrá; en primer lugar: al marido que es tutor legítimo y forzoso de su mujer y ésta de él; los hijos mayores son de su padre o madre viudos; cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en compañía del padre o de la madre y siendo éstos varios, el juez elegirá al más apto.

Nada dice nuestro Código Civil respecto a la forma del -  
testamento, por lo que éste puede revestir cualquiera de las formas  
que el Código reconoce en los artículos 1500 y 1501 las cuales son:  
Público abierto, Público cerrado, Ológrafo, Privado Militar, Maríti-  
mo y Hecho en país extranjero.

En cuanto a modalidades, entendemos que las admiten to-  
das en tanto que no prohíbe ninguna.

Siguiendo el orden establecido en el artículo 461 antes --  
transcrito, veremos a continuación en una forma general la tutela\_  
legítima, después de haber tratado anteriormente la tutela testamen-  
taria que es la primera, y a falta de la cual tiene lugar ésta, como  
la segunda en orden.

**TUTELA LEGITIMA.**.- Es aquélla que confiere la ley, en  
defecto de la testamentaria, a los parientes más próximos del me-  
nor e incapacitado, tiene pues, un carácter subsidiario.

El artículo 482 de nuestro Código Civil, nos dice expresa-  
mente cuando procede la tutela legítima al declarar "Ha lugar a tu-  
tela legítima: I. Cuando no hay quien ejerza la patria potestad ni  
tutor testamentario; II. Cuando debe nombrarse tutor por causa de



divorcio".

Ahora bien ¿Cuándo no hay tutor testamentario? Pues se presentan los siguientes casos: a) Si los que ejercían la patria potestad murieron sin testamento o no hicieron en él el nombramiento de tutor; b) Si el que deja al menor herencia o legado no hace uso de la facultad que le concede el artículo 473 para nombrarle tutor; c) Si habiéndolo nombrado, muere el tutor antes de la persona que hizo su nombramiento; d) Si el que hizo el nombramiento, pierde por cualquier causa legal la potestad sobre el hijo, porque entonces no puede legalmente nombrar tutor; e) Siempre que el tutor testamentario dejase de serlo por fallecimiento, excusa, remoción, ausencia, etc.

Dentro del género de la tutela legítima, reconoce nuestro Código Civil tres especies, las cuales son: la de los menores abandonados; a continuación vamos a ocuparnos de la primera especie.

De la tutela legítima de los menores. - Empezaremos por hablar de las personas llamadas al desempeño de esta tutela, el artículo 483 de nuestro Código Civil nos señala el orden en que son llamados los parientes y cuáles de éstos: "La tutela legítima corresponde: I. A los hermanos, prefiriéndose a los que lo sean

por ambas líneas; II. Por falta o incapacidad de los hermanos, - a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive". El principio que ha guiado al legislador en la fijación de las personas llamadas a la tutela de menores, es la relación de mayor afecto e intimidad que existe entre parientes. Respecto a la fracción primera, la ley supone mayor cariño en los hermanos unidos por un vínculo más estrecho, esto es, cuando son hijos de un mismo padre y de una misma madre, que cuando son hermanos, uterinos o hijos de distinta madre; y prefiere a aquéllos por el mayor bien del menor. Respecto a la fracción segunda, parece desprenderse de las palabras de la ley, que son llamadas indistintamente al ejercicio de la tutela los tíos del menor, cualquiera que sea la línea a que pertenezcan, paternos o materno, y que no pueden pretender el derecho de preferencia los de la primera sobre los de la segunda.

Es lo regular, sin duda, que quienes más y de un modo más sincero ha de interesarse por la persona del menor, desprovisto de la tutela natural y de más alto alcance que representa la patria potestad, serán aquellas personas unidas a él por vínculos - cercanos de familia por comunidad de sangre y tradiciones; y aun cuando esto no incluye la existencia de casos en que los individuos señalados por esta condición de parentesco no sean los únicos, ni los más estrechamente unidos por afecto y desinteresado apego al

menor, la ley tiene que referirse siempre al orden normal de la vida, que es también el efectivo en los más de los casos, sin cerrar por esto la puerta a todo remedio de posibles males que al menor pudieran ocasionarse.

Puede suceder que haya varios parientes del mismo grado, que estén en aptitud de desempeñar la tutela; en tal caso la ley deja al prudente arbitrio judicial el elegir entre los parientes que concurran al que consideren más apto, pero si el menor ha cumplido ya los dieciséis años, como se le supone con el discernimiento necesario para saber quién de sus parientes siente más afecto por él, se le deja la libertad de elegir al que le convenga, limitándose el juez a confirmar la elección, así lo previene el artículo 484 que dice: "Si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pero si el menor hubiere cumplido dieciséis años, él hará la elección".

A continuación, empezaremos el estudio de la segunda de las especies de tutela legítima, de que hablamos en líneas anteriores, es decir de la tutela legítima de los mayores de edad incapacitados.

Tratándose de la tutela de los menores de edad, la tutela

testamentaria ocupa el primer lugar y la legítima el segundo. En la tutela de los dementes, idiotas, imbeciles, sordo-mudos, ebrios y de los que habitualmente abusan de las drogas enervantes, pasa lo contrario: la tutela legítima ocupa el primer lugar, quedándose relegada al segundo lugar la testamentaria cuya aceptación está restringida, al caso previsto por el artículo 475 de nuestro Código Civil, el cuál ya transcribimos con anterioridad, o sea para el caso en que sean los padres del interdicto los que ejerzan la tutela legítima, pues, sólo así podrán nombrar tutor testamentario.

Los menores de edad pueden adolecer también de las causas de incapacidad, que afectan a los mayores, pero nuestro Código Civil, mientras son menores, tengan o no tengan esas causas de incapacidad, los someta a la tutela de menores. Si llegan a la mayoría de edad y continúa el impedimento, los sujeta a una nueva tutela, previo juicio de interdicción, así lo señala el artículo 464 que dice: "El menor de edad que fuere demente, idiota, imbecil - sordo-mudo, ebrio consuetudinario o que habitualmente abuse de las drogas enervantes, estará sujeto a la tutela de menores, mientras no llegue a la mayor edad. Si al cumplirse ésta, continuare el impedimento, el incapaz se sujetará a nueva tutela, previo juicio de interdicción, en el cual serán oídos el tutor y el curador anteriores". La prevención que hace este artículo es perfectamente -

lógica, pues lo primero que hay que probar es la procedencia de la tutela, y ésta claro, es que no resulta necesaria mientras la lo cura, la demencia o la sordomudez, etc., no sean tales que incapaciten al paciente para gobernarse por sí mismo, debiendo esta circunstancia acreditarse legalmente, y al efecto el artículo 462 establece: "ninguna tutela puede conferirse sin que previamente se declare, en los términos que disponga el Código de Procedimientos Civiles, el estado de incapacidad de la persona que va a quedar sujeta a ella". Según este artículo, no se puede nombrar tutor a -- los dementes, idiotas, imbéciles, sordo-mudos y viciosos sin que proceda la declaración judicial de que son incapaces.

Veamos ahora, en qué orden llama la ley a los parientes del incapacitado al ejercicio de esta tutela.

En primer término entra a este ejercicio, el esposo del interdicto, artículo 486 "El marido es tutor legítimo forzoso de su mujer y ésta lo es de su marido". A falta del cónyuge la ley llama al ejercicio de la tutela legítima, a los hijos mayores de edad, artículo 487: "Los hijos mayores de edad son tutores de su padre o su madre viudos". La ley prevé el caso, que el padre interdicto tenga varios hijos en aptitud de ejercer la tutela en el artículo 488: "Cuando haya dos o más hijos, será preferido el que viva en com-

pañfa del padre o de la madre; y siendo varios los que estén en el mismo caso, el juez elegirá al que le parezca más apto". No teniendo el interdictado cónyuge, ni hijos que puedan desempeñar la tutela, la ley confiere su ejercicio a uno de sus padres, artículo - 489: "Los padres son de derecho tutores de sus hijos, solteros o viudos, cuando éstos no tengan hijos que puedan desempeñar la tutela, debiéndose poner de acuerdo respecto a quién de los dos ejercerá el cargo".

El cónyuge, los hijos y los padres del interdictado son, en el orden en que los hemos mencionado, sus tutores legítimos y forzosos.

La tutela que ejercen, el cónyuge o los hijos no puede ceder a ningún nombramiento de tutor testamentario, pues, ni el cónyuge, ni los hijos, tienen facultad de nombrar tutor a la persona sobre quien ejerce la tutela; de manera que ni el cónyuge puede privar de la tutela a los hijos, ni éstos pueden privar de ella a los padres, pero los padres sí pueden nombrar tutor testamentario a sus hijos a interdicción por incapacidad intelectual, y el nombramiento que hagan excluye de la tutela a los demás tutores legítimos a quienes aquélla corresponde.

Faltando el cónyuge, los hijos, los padres y no habiendo nombramiento de tutor testamentario, la ley confiere la tutela del interdicto, en primer término al abuelo paterno, en segundo, al materno, después a los hermanos del incapacitado, y a falta de ellos, a los demás colaterales, dentro del cuarto grado inclusive, dice a este respecto el artículo 490 "A falta de tutor testamentario y de persona que con arreglo a los artículos anteriores deba desempeñar la tutela, serán llamados a ella sucesivamente: los abuelos, los hermanos del incapacitado y los demás colaterales a que se refiere la fracción II del artículo 483; observándose en su caso lo que dispone el artículo 484".

Para la designación de las personas que deben desempeñar la tutela legítima de los mayores de incapacidad, la ley ha tomado como base, al igual que en la de los menores, el afecto que se presume debe existir en ellos, más tibio a medida que es más lejano el grado de parentesco que los liga al incapacitado. Por este motivo, llamó primero a la mujer y al marido, en quienes supone su amor vivo y el mejor interés por el bienestar y prosperidad de la familia, y en quienes existen además obligaciones, por el vínculo de matrimonio, de ayudarse a llevar las cargas de la vida, con sus adversidades y placeres; y buscando la línea recta, porque en ella es aquel afecto más intenso, y en defecto colateral.

140

Para que los esposos e hijos puedan ser tutores, es preciso que sean mayores de edad, pues la tutela nunca puede recaer en menores de edad aunque guarden la condición de emancipados.

Ahora pasaremos a ocuparnos de la tercera especie de tutela legítima, o sea de la tutela de los menores abandonados.

De la tutela legítima de los menores abandonados bajo el nombre de expósitos, conoce la ley a los abandonados por sus padres, a quienes la caridad privada o pública se encarga de reconocer para darles alimento y educación. El legislador no podrá también abandonarlos y dejarlos sin la protección y ayuda de un representante que les es tan necesario o mayor que para cualquier otro menor, por el absoluto estado de abandono en que se encuentra. El artículo 492 declara: "La ley coloca a los expósitos bajo la tutela de la persona que los haya acogido, quien tendrá las obligaciones, facultades y restricciones establecidas para los demás tutores".

Si un particular acoge a un expósito, quién mejor que él para cuidar de su persona, ya que ha dado muestra de ser caritativo, que desprendiéndose de toda idea egoísta, se ha echado encima voluntariamente la carga de mantenerlo y educarlo. Si es una casa de beneficencia la que se encarga de recibir al menor, quién más



apto y apropiado para representarlo, que el director del establecimiento, en quien por su mismo cargo, deben suponerse sentimientos de afecto y cariño hacia la humanidad desvalida, al respecto, - establece el artículo 493 "Los directores de las inclusas, hospicios y demás casas de beneficencia donde se reciban expósitos, desempeñarán la tutela de éstos con arreglo a las leyes y a lo que preven- gan los estatutos del establecimiento".

Por último, veamos quién nombra al tutor legítimo.- Especifica el Código en los artículos 483, 486, 487, 489, 490, 491, - 492 y 493, quiénes pueden ser tutores legítimos en los diferentes - casos que ocurren; pero no indica, en ninguno de ellos, quién ha de nombrarlos, o mejor dicho, quién ha de confirmarlos, pues el nombramiento lo hace la ley, dando eficacia a su derecho y reconociéndolo, para que pueda ser admitido legalmente y posesionado en su cargo. No se confunda para esto, el acto de nombrar al tutor con el de deferir la tutela, que el mismo Código atribuye a los funcionarios judiciales, ni se entienda que basta la posesión del derecho, por estar la persona incluida en cualquiera de los grados de parentesco a que los aludidos artículos se refieren, para que sin, otra formalidad, amén de las garantías que la ley manda, comience su ejercicio. Sino que se requiere la confirmación del juez de lo familiar la que hará pronunciando un auto de discernimiento y publi-

cándolo en los términos que dispone el Código de Procedimientos - Civiles, así lo determina el artículo 89 de nuestro Código Civil.

Se da el nombre de discernimiento al acto por el cual el juez da al tutor las facultades necesarias para representar al menor o incapacitado con arreglo a las leyes, y para cuidar de su persona y bienes. Para terminar con este título, nos ocuparemos ahora del estudio de la tutela dativa.

TUTELA DATIVA.- Se ha entendido generalmente por tutela dativa aquélla que tiene su origen en el nombramiento judicial considerándola como subsidiaria de la testamentaria y la legítima y como un deber por parte del Estado de no dejar en desamparo a los huérfanos menores de edad y a las personas en quienes concurre alguna incapacidad de las que son causa de tutela, decimos generalmente, porque en ciertos casos, el juez no hace más que confirmar el nombramiento del tutor, hecho por el mismo menor, y porque el caso del menor emancipado, la tutela dativa no supe a la testamentaria o legítima, sino que se abre de un modo principal.

Esta tutela tiene tres características: a) Es la nombrada por el juez; b) Es subsidiaria de la tutela testamentaria y legítima; c) Puede recaer en cualquier persona que tenga capacidad -

pero sin sujeción a orden alguno, como las anteriores.

Establece el artículo 495 de nuestro Código Civil que -  
"La tutela dativa tiene lugar: I. Cuando no hay tutor testamentario ni persona a quien, conforme a la ley, corresponda la tutela legítima; II. Cuando el tutor testamentario esté impedido temporalmente de ejercer su cargo y no hay ningún pariente de los designados en el artículo 483". La primera fracción supone el caso de nombramiento definitivo de tutor; la segunda, el de nombramiento provisional; pero ambos casos son la confirmación de que la tutela dativa tiene por objeto suplir a la testamentaria y a la legítima. Existe, sin embargo, un caso en que la tutela dativa se abre, no para suplir la falta de tutor testamentario o legítimo, sino de un modo principal; tiene lugar cuando se nombra tutor a los menores de edad emancipados para los representantes en juicio, dice el artículo 499 "Siempre será dativa la tutela para asuntos judiciales del menor de edad emancipado".

El legislador en los casos de la tutela dativa ha querido amparar a los menores o incapacitados que, por cualquier causa - han quedado abandonados y evitarles los males que necesariamente les producirá su abandono. Por tal motivo, dispone en el artículo 496 que: "El tutor dativo será designado por el menor si ha cum-

plido dieciséis años. El juez de lo Familiar confirmará la designación si no tiene justa causa para reprobala. Para aprobar las --  
ulteriores designaciones que haga el menor, el juez oirá el parecer del Consejo Local de Tutelas. Si no se aprueba el nombramiento --  
hecho por el menor, el juez nombrará tutor conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente".

La ley presupone que el menor que ha cumplido dieciséis años es apto para escoger a la persona más apropiada para el --  
desempeño de la tutela; pero como pudiera serle perjudicial la elección, no le quita al juez la facultad de reprobbar el nombramiento --  
hecho, si considera que hay motivo fundado para ello, esta reprobación al nombramiento hecho por el menor, da lugar a un nuevo nombramiento que éste haga, teniendo el juez que oír el parecer del --  
Consejo Local de Tutelas para aprobarlo o reprobbarlo.

Fundado en el artículo 496 antes transcrito, el cual faculta a los mayores de dieciséis años para nombrar al tutor, sometiendo a la aprobación judicial el nombramiento, creo firmemente que el --  
menor emancipado tiene esta facultad.

El artículo 497 establece: "Si el menor no ha cumplido --  
dieciséis años, el nombramiento de tutor lo hará el juez de lo Fa-

miliar de entre las personas que figuren en la lista formada cada año por el Consejo Local de Tutelas oyendo al Ministerio Público, quien debe cuidar de que quede comprobada la honorabilidad de la persona elegida para tutor".

Esta tutela no tiene como las anteriores, por fundamento el cariño presunto de la persona nombrada; y por ello el legislador ha querido que llegando el menor a la edad en que esté dotado de discernimiento, elija él mismo a su tutor, pues se halla entonces en aptitud de conocer la persona que mayor afecto le profesa y de quien puede esperar mayores consideraciones en su orfandad.

N O T A S

- 1.- SCHULTZ, FRITZ, Derecho Romano Clásico, Tr. de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960 pág. 99.
- 2.- Bonfante, Pietro, Historia del Derecho Romano, Tr. de José Santa Cruz Teigeiro, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado Vol. I, pág. 92
- 3.- Margadant S. Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, como introducción a la cultura jurídica contemporánea. 2a. ed., México Editorial Esfinge 1965, pág. 144
- 4.- Sohn, Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano: Historia y Sistema 17a. ed. Tr. de W. Roces, Madrid, - Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, pág.- 491.
- 5.- Op. cit, pág. 147.
- 6.- Cfr. Petit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, México, Edinal, 1959, pág. 137.
- 7.- Op. cit, pág. 494
- 8.- Ibidem
- 9.- Petit, Eugene, op. cit., pág. 155
- 10.- Idem, pág. 143
- 11.- Fustel de Coulanges, Numa Dionisio, La Ciudad Antigua, - Tr. de Carlos A. Martin, Barcelona, Editorial Iberia 1971, pág. 54
- 12.- Cfr. Idem, passim.
- 13.- Floris Margadant S. Guillermo, Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, UNAM, 1971, pág. 25
- 14.- Idem, págs. 29 y s.s.
- 15.- Código Civil del Distrito y Territorio de la Baja California, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.
- 16.- Mateos Alarcón, Manuel, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal, promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código Civil de 1884, México, Librería de J. Valdés y Cueva, 1885, Tomo I Tratado de las Personas, pág. 279.
- 17.- Op. cit, pág. 268
- 18.- Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado por Manuel Mateos, México, Ch. Bouret, 1904, Tomo I, págs. - 207 y 208.
- 19.- Cfr. Ley sobre Relaciones Familiares de 1917, comentada por Eduardo Pallares, México, Librería de la Vda. de Ch. - Bouret, 1917.
- 20.- Código Civil para el Distrito Federal de 1928.
- 21.- Castan Vázquez, José Ma., La Patria Potestad, Madrid, - Editorial Revista de Derecho Privado, 1960, pág. 13 y sigs.

- 22.- Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, Tr. de Eduardo García Maynes, México, UNAM, 1969, pág. 20.
- 23.- D.O. 29-XI-1973
- 24.- Op. cit. pág. 5
- 25.- Colín y Capitant, citado por Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil: Primer Curso, Parte General, Persona, Familia, México Porrúa, 1975, pág. 629.
- 26.- Planiol, Marcel, citado por Galindo Garfias, cit.
- 27.- Op. cit. pág. 40
- 28.- Ibidem
- 29.- Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, - Derecho de Familia, Tr. ed. México, Porrúa, 1980, pág. 67 y sigs.
- 30.- Ibidem
- 31.- Op. cit.
- 32.- Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Tr. de Roberto J. - Vernengo, México, UNAM. 1982, pág. 138.
- 33.- Valbuena, Manuel de Diccionario Latino Español, Madrid, Im prenta de Don Manuel Salvá, 1870
- 34.- Planiol, Marcel, citado por Galindo Garfias, cit.
- 35.- BONNECASE, Julien, citado por Rojina Villegas, cit.



## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La tutela y la patria potestad son dos instituciones jurídicas ideadas y configuradas por el legislador dentro del Derecho Familiar para proteger al menor.

SEGUNDA.- Dentro de la concepción humanística del Derecho se ha estimado que a una mejor protección jurídica del menor corresponderá una mejor proyección de la persona humana no sólo dentro de la familia sino también dentro de la sociedad civil.

TERCERA.- La evolución jurídica de las instituciones a través de la historia, muestran la preocupación que desde los antiguos pueblos griego y romano se ha dado por atender los derechos del menor, considerando a éste como un ser que posteriormente revertirá sus convicciones y aplicará sus esfuerzos en bien de la colectividad.

CUARTA.- La experiencia jurídica ha sido aplicada al mejoramiento de las instituciones protectoras del menor en forma dinámica y constructiva. Vemos así cómo las instituciones no han quedado estáticas e inmutadas. El ejemplo más destacado en este orden de ideas lo vemos en la figura jurídica como la tutela que en Roma

había sido organizada paralelamente para dar cuidado, con la tutela a la persona del menor, y con la curatela, a sus bienes (por eso decían: "Tutor datun personae, - curator rei": El tutor se da para la persona y el curador para los bienes); y una evolución de las ideas hizo\_ que el moderno Derecho Mexicano configurara la tutela para cuidar tanto la persona como los bienes del menor, pero dejando la figura del curador para que vigile al -- tutor.

QUINTA.- La evolución histórica y jurídica de la patria potestad ha sido laudable. Nuevas ideas sobre la persona humana no sólo desplazaron en el Derecho Moderno al - ius vitae ac necis (derecho de vida y muerte) de la patria potestad romana sino que más que contemplarla - como un derecho la consideran una obligación, como - una misión muy delicada y muy llena de responsabili-- dades.

SEXTA.- Por ser la patria potestad uno de los pilares del Dere-- cho de familia, para que la sociedad sea sana y robusta, el orden jurídico moderno ha elaborado todo un trata--- miento técnico de dicha institución en el marco legal, -

precisando quiénes son los titulares de ella, cuál debe ser su comportamiento, cuáles sus alcances y límites. Tan completa ha sido la regulación que el legislador moderno ha querido dar a esta institución, que parece que no ha querido dejar nada en el tintero. Sin embargo, dado que toda obra humana es perfectible, propugnamos porque el legislador no considere su obra perfecta y según las circunstancias se idéen nuevas formas de fortalecimiento de la tutela y de la patria potestad como instituciones protectoras del menor.

SEPTIMA. - Hacemos patente nuestra convicción de que todo lo que se haga por mejorar la condición jurídica y material del menor redundará en el beneficio integral de éste y, en definitiva, de la sociedad toda.

## BIBLIOGRAFIA

## I. FUENTES LEGALES

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, México, Tip. de Aguilar e Hijos, -- 1879, 368 P.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, México, Imprenta de Francisco Díaz (Díaz de León, 1884, 416 P.).

Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado - por Manuel Mateos Alarcón, México, Ch Bouret, Tomo I 569 P.

Ley de Relaciones Familiares de 1917. Código Civil del Distrito Federal de 1928.

## II FUENTES DOCTRINALES.

Bonfante, Pietro. Historia del Derecho Romano, Tr. de - José Santa Cruz Teigeiro, Madrid, Editorial Revista de - Derecho Privado, 2 Vols.

Castán Vázquez, José Ma. La Patria Potestad, Madrid, - Editorial Revista de Derecho Privado

Fustel de Coulanges, NUMA Dionisio, La Ciudad Antigua, Tr. de Carlos A. Martín, Barcelona, Editorial Iberia, -- 1971, 506 P.

Galindo Garfias, Ignacio, Derecho Civil; Primer Curso - Parte General, Personas, Familia; México, Porrúa, 1973, 724 P.

Kelsen, Hans. Teoría General del Derecho y del Estado, México, UNAM, 1968, 477 P.

Vernengo Roberto J., de. Teoría Pura del Derecho, Tr. - México, UNAM, 1982, 364 P.

Margadant S, Guillermo Floris, El Derecho Privado Romano, México, Editorial Esfinge, 1960, 524 P.

Introducción a la Historia del Derecho Mexicano, México, UNAM, 1971, 268 P.

Mateos Alarcón, Manuel, Estudios sobre el Código Civil del Distrito Federal promulgado en 1870, con anotaciones relativas a las reformas introducidas por el Código Civil de 1884, México, Librería de J. Valdés y Cueva, 1885, - Tomo I Tratado de las Personas, 480 P.

Código Civil del Distrito Federal concordado y anotado por Manuel Mateos Alarcón, México, Ch. Bouret, Tomo I 569 P.

Petit, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, - México, Edinal, 1959, 766 P.

Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, T a. ed., México, Porrúa, -- 1980, 803 P.

Schultz, Fritz, Derecho Romano Clásico, Tr. de José - Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch, 1960, 620 P.

Sohm, Rodolfo, Instituciones de Derecho Privado Romano: Historia y Sistema, 17 ed., Trat. de W. Roces, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, 711 P.

Valvuenas, Manuel , Diccionario Latino Español, Madrid, Imprenta de Don Manuel Salva , 1870