

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

ANALISIS COMPARATIVO DE LA PATRIA
POTESTAD Y LA TUTELA LEGITIMA EN
NUESTRO DERECHO Y SUS EFECTOS EN
LOS ACTOS DE COMERCIO.

Tesis que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

presenta:

Sergio Armando Escobar Ochoa

México, D. F.,

1970.



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

A mi madre, Sra. Esperanza Ochoa,
con mis más grandes cariño y gratitud.

A mis hermanas Emma y Dolores
A mi tía Amalia Ochoa Torres
A Julio Mendoza Rueda.

A mi madre, Sra. Esperanza Ochoa,
con mis más grandes cariño y gratitud.

A mis hermanas Emma y Dolores
A mi tía Amalia Ochoa Torres
A Julio Mendoza Rueda.

A los señores licenciados
DON MANUEL ROCHA LASSAULX y
DON ROBERTO AYALA GASTÉLUM,
con agradecimiento y admiración.

A los señores licenciados
DON MANUEL ROCHA LASSAULX y
DON ROBERTO AYALA GASTÉLUM,
con agradecimiento y admiración.

I N D I C E

CAPÍTULO I

a).- MATRIARCADO. b).- PATRIARCADO.

CAPÍTULO II

a).- CAPACIDAD JURÍDICA. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Adquisición, extinción y restricciones. b).- INCAPACIDAD JURÍDICA. Causas, clasificación y extensión. c).- REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA. Concepto. Diferencia. Instituciones que de ellas se originan.

CAPÍTULO III

a).- PATRIA POTESTAD. Examen de definiciones: J. Bonnecase, M. Planiol y J. Ripert, E. Calva, M. Mateos Alarcón, R. Couto, Teoría de A. Cicu. b).- TUTELA. Según C. de Diego, J. Bonnecase, - M. Planiol y J. Ripert, E. Calva, M. Mateos Alarcón, R. Couto, Teoría de A. Cicu. c).- DEFINICIONES PROPUESTAS. Patria potestad y tutela de acuerdo con nuestra legislación.

CAPÍTULO IV

a).- GRECIA. b).- ROMA. c).- GERMANIA. d).- EDAD MEDIA.

CAPÍTULO V

a).- LEGISLACIONES PRETERITAS. Derecho Pretorio. Derecho Germá-

nico. Cristianismo. Derecho Canónico. Decreto de 28 de agosto - de 1792. Código de Napoleón. Código Penal Francés de 1810. Ley Francesa de 24 de julio de 1889. b).- TENDENCIAS DE LEGISLACIONES CONTEMPORÁNEAS RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD. 1a.: Francia, España, Italia, Rumania. 2a.: Alemania, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos. 3a.: Rusia, México. c).- ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA. Sistema de la autonomía jurídica de la familia: Código de Napoleón y los que le siguieron. Sistema de autoridad: Códigos de Alemania, Suiza, Italia, México. Sistema mixto: Códigos de Nicaragua, Costa Rica, Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina.

CAPÍTULO VI

a).- DERECHO COLONIAL. Legislaciones que lo integraron. b).- MÉXICO INDEPENDIENTE. Siglo XIX: Leyes de Reforma. Proyecto de -- Justo Sierra. Código Civil de 1870. Código Civil de 1884. Siglo XX: Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Código Civil de -- 1928. Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

CAPÍTULO VII

a).- ACTOS MERCANTILES AISLADOS. b).- EJERCICIO DEL COMERCIO.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

CAPÍTULO I

ORIGEN DE LA FAMILIA

Sumario:

- a).- MATRIARCADO. b).- PATRIARCADO.

ORIGEN DE LA FAMILIA

Durante mucho tiempo privó la hipótesis de la existencia -- de la familia patriarcal en la antigüedad. Los recuerdos clásicos que se refieren a la agnación grecorromana o al patriarcado israelita, impedían concebir un grupo familiar diferente del -- que se comenta en estas autoridades de la civilización: La Biblia, la "Política" de Aristóteles y el Derecho Romano. Pero, -- hace cincuenta años aproximadamente, la investigación etnográfica tomó un camino diferente sosteniendo con Bachoffen: "Que --- siendo la maternidad hecho fisiológico indudable, en tanto que la paternidad escapa a la percepción de los sentidos, debió --- existir el matriarcado anteriormente a la autoridad masculina y ser el propio matriarcado la primera organización de la sociedad humana".

Dentro de esta última hipótesis, la humanidad habría vivido en un estado de promiscuidad general, en que el hombre se -- preocupase poco de los hijos que había engendrado, en tanto que la mujer cuidaría de ellos, convirtiéndose, de tal suerte, en -- el eje de la familia y de la autoridad total.

Pablo Krische sostiene la probable universalidad del ma--- triarcado y agrega: "El matriarcado, propiamente dicho, se inicia cuando la cultura inestable de los cazadores se transforma en la cultura sedentaria de los agricultores". Donde siempre -- estaba la mujer como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos. Cuando los progresos debidos

a la mujer en el cultivo de la tierra, en el tejido y en la alfarería, arrebataron paulatinamente el predominio económico al hombre cazador, dieron a la mujer, como elemento productor y director de la familia, la preponderancia y el mando.

Esta transformación, única en la historia de la cultura, -- que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana, trajo como consecuencia una época clásica de la cultura femenina que, aunque de corta duración, dejó hondas huellas tras sí, cuyos restos se han mantenido hasta nuestros días.

Conforme a lo dicho anteriormente por el mencionado autor -- (1), la fase matriarcal, principalmente, constituye una época -- clásica del dominio absoluto de la mujer no observada antes ni después.

La hipótesis del matriarcado es, no obstante, justamente debatida por algunos sociólogos. Según Muller Lyer (2), es el matriarcado sólo un fenómeno transitorio, al que precedió cierto patriarcado, es decir, la denominación según el nombre general de la horda, primero, y según el padre, después, y al que sucedió un patriarca inequívoco. Franz Carl Muller-Lyer atribuye la institución del matriarcado a influencias económicas, que determina en tres direcciones:

I.- La mujer se hizo sedentaria antes que el hombre, es decir, su vida y su oficio fueron poco agitados.

1.- Pablo Krische. "El enigma del matriarcado". Pág. 96. -- Traducción del alemán al castellano por Ramón de la Serna. Revista de Occidente. Madrid, 1930.

2.- Franz Carl-Lyer. "Die familie". Trad. al castellano por Ramón de la Serna. Pág. 173. Munich, 1912.

II.- La propia mujer es la que inicia la agricultura.

III.- A esto hay que añadir el matrimonio de servidumbre.

Siendo la mujer la primera en establecerse sedentariamente, mientras el hombre continuaba su vida móvil y vagabunda, aquél, para casarse, hubo de trasladarse donde la mujer estaba. Porque siendo ella un valor económico mayor que el hombre, el clan prefería desprenderse de éste, pues el interés del clan era cuidar un elemento de trabajo superior a otro de trabajo inferior.

PATRIARCADO.- El culto a los muertos, a los antepasados, es el soporte religioso del patriarcado, así como la propiedad su soporte económico. La familia uterina y exógama desaparece con el totemismo. En esta fase de la evolución de la sociedad doméstica se confirma ya el trabajo equitativo, la igualdad de derechos y el auxilio mutuo se confunden en un solo resultado: la familia patriarcal.

El parentesco, dice Comte, por la línea materna no puede -- existir, la mujer se somete al varón, y el hijo tiene el dios -- del padre. El patriarca rige la vida social, familiar y política, y al desaparecer, lejos de que mengüe su acción, preside la vida moral de su hogar. Es jefe y dios, todo se le subordina, inevitablemente, en el pasado, presente y porvenir de la comunidad.

En el centro del antiguo mundo, desde las orillas del Mar Negro hasta el corazón de la Mongolia y más allá, se extiende la inmensa pradera que han recorrido los pueblos pastores ejerciendo ya totalmente el padre su entera potestad sobre la mujer y --

los hijos. En estas infinitas estepas, viven hasta nuestros días comunidades sometidas al régimen patriarcal, cada familia se ve obligada a producir por sí misma todo lo que necesita para poder subsistir. El patriarca conserva a su lado a todos sus hijos, célibes o no. Todos los objetos, excepto los de uso personal, así como los rebaños y enseres de la vida pastoral, se poseen en total indivisión entre los individuos, y el patriarca alcanza el poder absoluto sobre su familia, a tal punto, que elige entre sus hermanos quién ha de acompañarlo como jefe en su vejez y reemplazarlo después de muerto. Es a un tiempo padre, educador, magistrado, pontífice y soberano.

Uno de los más antiguos Códigos del Indostán, dice Kovalevsky (3), enumera los individuos que integran el número de parientes asociados: el bisabuelo, el abuelo, el padre, el hijo, el nieto y el bisnieto; lo forman por consiguiente todos los parientes que pueden conocerse en el curso de una sola generación. La comunidad familiar tenía como jefe al más viejo. Al dar el padre la vida a su hijo le transmitía su propio culto, esto es, el derecho de mantener vivo el fuego y tradición sagrada del hogar.

Según Platón, todo provenía, para el hijo, de su padre, y como no se podía pertenecer a dos familias, hacer valer dos hogares distintos, el hijo no tenía más religión ni más familia que la de su padre, es decir, el principio del parentesco no consistía en el acto material del nacimiento sino en el parentesco propiamente dicho. Cuando la religión cambia por influencia del Cristianismo, la familia se modifica. De modo que, desde el pun-

3.- M. Kovalevsky. "Evolución de la familia y de la propiedad". Pág. 82. Trad. de A. Ferrer y Robert.

to de vista sociológico, el parentesco y la autoridad matriarcal del clan, obedecen al mismo principio que el parentesco patriarcal romano, es decir la religión.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA Y PATRIA POTESTAD

Sumario:

- a).- CAPACIDAD JURÍDICA. Capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Adquisición, extinción y restricciones.
- b).- INCAPACIDAD JURÍDICA. Causas, clasificación y extensión.
- c).- REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA. Concepto. Diferencia. Instituciones que de ellas se originan.

CAPÍTULO II

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURÍDICA Y PATRIA POTESTAD

La idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones corresponde como regla general a toda persona, y recibe el nombre de capacidad jurídica. Se adquiere con el nacimiento y se extingue por la muerte (4). Sin embargo, puede ser restringida, entre otras, por razones de edad, estado o enfermedad (5). Así, no se es mayor de edad y se adquiere la capacidad plena hasta los dieciocho años cumplidos. La mujer casada necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato (6); y tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no sepan leer y escribir, los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes (7).

Todas las limitaciones, por extensas o intensas que sean, no llegan a aniquilar la capacidad jurídica ni destruyen la personalidad.

Para algunos autores el concepto de capacidad jurídica, que coincide con el de la personalidad, es también lo que se llama capacidad de obrar, que es la posibilidad que el individuo tiene

4.- Código Civil de 1928, Art. 22.

5.- *Ibidem*, Art. 23.

6.- *Ibid.*, Arts. 646 y 174

7.- *Ib.*, Art. 450.

para ejecutar actos jurídicos por sí mismo y también la de ejercitar esos derechos. Pero si la capacidad jurídica no exige más que la existencia de la persona, la capacidad de obrar exige en cambio una efectiva capacidad de querer, que no todas las personas poseen, pudiendo faltarles, como ya vimos, por motivos de menor edad, estado o salud, entre otros (8).

Casi todas las incapacidades establecidas en el Derecho tienen por objeto proteger a la persona y los bienes del incapacitado, y se han establecido en su propio interés, impidiéndole cometer actos que puedan serle perjudiciales. De tal suerte, las sanciones de esas incapacidades no recaen en detrimento del incapaz sino en el de los terceros, por lo que la organización de las nulidades y de la responsabilidad en esta materia, está enteramente orientada hacia la salvaguarda del propio incapaz (9).

La incapacidad puede ser natural, y arbitraria o legal. La primera, como su nombre lo indica, está en la naturaleza misma del incapacitado; la segunda es obra de la ley, como por ejemplo la de los que sufren condena penal, la de los pródigos, que en nuestro derecho se encuentra reglamentada en el Código Civil de 1870, y la de las mujeres casadas. La causa en las incapacidades arbitrarias es puramente jurídica, tiene su fuente en el matrimonio o en una sentencia; en cambio en las incapacidades naturales como la del menor y el loco, la ley no hace sino sancionar un estado de cosas que existe de antemano y por sí mismo. La incapaci

8.- R. de Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil", Derecho de las personas, p.p. 243-244.

9.- M. Planiol y J. Ripert, "Tratado práctico de Derecho Civil", p.p. 269-270.

dad legal cubre entonces por completo la incapacidad natural.

Cuando las personas no están en estado de proceder por sí mismas, la ley, independientemente de calificarlas de incapacitadas, las coloca bajo la potestad de otra persona, surgiendo entonces las instituciones de la patria potestad, la tutela y la potestad marital, que casi tiende a desaparecer.

Hay una diferencia muy precisa entre la potestad y la incapacidad, que estriba en lo siguiente: la incapacidad se refiere exclusivamente al ejercicio jurídico de los derechos y la potestad recae además sobre la persona misma del incapacitado, que queda sometido al cuidado, guarda y dirección de un protector legal (10).

Federico Portalis, uno de los redactores del Código de Napoleón, afirma: "Las personas son el principio y el fin del derecho; y las cosas nada significarían para el Derecho sin la utilidad que obtienen de ellas las personas" (11). Es decir, que el contenido sustancial del Derecho debe ser el respeto y la protección de la persona humana. Sin embargo la doctrina pura de la Revolución Francesa desarrolló toda su teoría respecto de la protección y respeto del individuo. Todas las reglas del Código de Napoleón fueron establecidas en función de él, todas son un reflejo del artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en otras palabras, el Derecho está elaborado para el hombre y no el hombre para el Derecho, ya que necesitando aquél por su constitución y naturaleza física de prerro-

10.- M. Planiol y J. Ripert, ob. cit. p. 270.

11.- F. Portalis, Discours de presentation du Code Civil, - Discours Rapports, et travaux inédits sur le Code Civil, citado por J. Bonnacase en "La filosofía del Código de Napoleón aplica-

gativas indispensables para existir y desarrollarse, de ninguna manera las reglas de Derecho deben dejar de tomar en cuenta estos hechos básicos, debiendo pugnar por la protección del individuo y por que éste encuentre un medio favorable para ejercer sus prerrogativas. Estas directrices del Código napoleónico se dieron precisamente porque su objeto era luchar contra la opresión de que había sido víctima el individuo en el antiguo Derecho (12).

Mas la corriente de ideas jurídicas que era completamente justificada en la primera década del siglo XIX, ahora, a ciento cincuenta años de distancia, carece por completo de actualidad; por ello pensamos que las ideas deben orientarse hacia una nueva concepción del Derecho, basada en el respeto a la dignidad de la persona humana, siempre en función de la comunidad, teniendo como común denominador de sus miembros ese propio respeto (13).

La noción de la capacidad de las personas se encuentra regida, en primer término, por la noción de persona y, en segundo, por las nociones de derechos familiares y derechos patrimoniales. Estos últimos se subdividen a su vez en derechos reales y derechos de crédito u obligaciones.

Defínese la persona o sujeto de derecho como un ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de derecho o de una

da al Derecho de Familia, p. 86, nota 6.

12.- J. Bonnecase, ob. cit., pp. 86-87.

13.- Ibid., nota 30.

institución jurídica, y de sufrir también eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos (14). Para tener una idea exacta de la capacidad, es necesario relacionar la noción de personalidad con la de derechos familiares y derechos patrimoniales. Por lo que hemos esbozado en capítulos anteriores, tenemos una idea de que los individuos necesariamente se encuentran situados en la familia, que es la primera fase de su ciclo social que deviene de la naturaleza misma de las cosas, mientras alcanzan su plenitud y desarrollo.

La vida familiar se significa por la atribución que hace a sus miembros de una diversidad de prerrogativas, que corresponden a otras tantas obligaciones, que constituyen los derechos de familia. Estos derechos tienen diferentes características: mientras unos son exclusivamente personales, como la patria potestad o la potestad marital, otros tienen en mayor o menor grado un contenido patrimonial, como la obligación alimentaria que tienen los parientes hasta el cuarto grado (15), o el derecho de usufructo legal de los padres respecto de los bienes de sus hijos (16).

Si nos introducimos en el campo de la actividad estrictamente social de la persona, es decir, de las relaciones con sus semejantes, surge inmediatamente a nuestra consideración la idea de patrimonio, constituido por todo aquello susceptible de ser

14.- J. Bonnetcase. Elementos de Derecho Civil, p. 375.

15.- C.C. de 1928, art. 305.

16.- Ib. Art. 425.

valorado en dinero, idea que es símbolo y expresión de las acciones individuales o colectivas obrando sobre los elementos del mundo circundante y sobre los bienes o servicios que tienen su origen en la acción de los demás individuos. Es que la tendencia del hombre, tomado en su índole económico-social, está orientada hacia la apropiación de las riquezas y el aprovechamiento de los servicios de sus semejantes; dicha apropiación, desde el punto de vista jurídico, origina los derechos reales y ese aprovechamiento es causa de los derechos de crédito u obligaciones.

Estas nociones nos llevan de inmediato al concepto de capacidad, que es la aptitud que una persona tiene para ser titular de cualquier derecho de familia o patrimonial y para ejecutar -- por sí misma los derechos de que está investida. Con este alcance generalizado, la capacidad es la expresión total de la actividad jurídica de una persona, susceptible de descomponerse en dos aspectos totalmente diferentes: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio.

La capacidad de goce lleva implícita la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, para obtener un beneficio o para soportar las cargas derivadas de una relación de derecho. La capacidad de goce se equipara entonces con la noción de personalidad, pues no es posible concebir la noción de personas carentes de capacidad de goce. Pero si es verdad que la capacidad de goce de una persona no puede suprimirse, en cambio sí es susceptible de ser restringida. No encontramos incapacidades de goce generales;

pero sí las hay especiales, aunque en número escaso, pues dan la idea de atentar contra la esencia de la personalidad. Como ejemplo de incapacidades de goce, basadas como debe ser en la naturaleza de las cosas, tenemos las disposiciones legales que imponen que se haya cumplido determinada edad para contraer matrimonio (17), o para adoptar hijos (18), actos que no puede ejercitar -- una persona ni por sí ni por medio de representante, en tanto -- no cumpla la edad que indica la ley.

La capacidad de ejercicio puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, interviniendo en una situación o relación jurídica, para obtener un beneficio o soportar las cargas derivadas de una relación de derecho, pero siempre por sí misma. La capacidad de ejercicio es opuesta a la capacidad de goce, y en tanto que el legislador debe ser prudente para menoscabar esta última, so pena de desconocer la esencia de la personalidad, puede afectar con entera libertad la capacidad de ejercicio, ya que aquella capacidad fue establecida con el fin de proteger a la persona que no ha alcanzado su plenitud jurídica y que por tal motivo se denomina "incapaz".

El incapaz, no pudiendo obrar por sí mismo, dispone, para suplir su incapacidad, de un organismo que actúa en su provecho y asegura su completa participación en la vida jurídica.

17.- *Ibidem*, art. 148

18.- *Ibid.* art. 390.

Las causas de incapacidad pueden agruparse en tres categorías, de acuerdo con los motivos que las originen y que el legislador toma en consideración. Una primera causa está constituida por la idea de proteger a la persona por la minoría de edad, la locura o imbecilidad; la segunda causa tiene como base la idea de protección a incapacidades accesorias a condenas penales; y la tercera fincada en la idea de la organización familiar, cual es la incapacidad de la mujer casada, que tiende a esfumarse del Derecho (19).

Para nuestros fines, la primera causa es la más importante. En efecto, la consideración de la edad como móvil para decidir o no la participación del individuo, tanto en la vida social como en la jurídica, es fundamental para este trabajo; y es precisamente la idea de que no siendo capaz carece de la posibilidad de orientarse directa y efectivamente en esos dos ámbitos, la que ha originado la institución de la minoridad, que debiera tener el principal objeto de hacer proteger a la persona contra su propia inexperiencia y natural falta de discernimiento para conducirse respecto de sí misma, dándole la orientación adecuada, sin abandonarlo, pero no concediéndole la categoría de mayor interés a tutelar, como ha acontecido en la nuestra y otras legislaciones.

La incapacidad de ejercicio que se origina en cualquiera de las tres causas ya indicadas, puede tener una extensión variable, lo que nos hace distinguir, por una parte, la incapacidad gene--

ral, y por la otra, la incapacidad especial.

La incapacidad especial trae aparejada la imposibilidad jurídica de las personas a quienes afecta, de ejecutar válidamente por sí mismas los actos previamente determinados por el legislador. Ejemplos de incapacidades especiales son: la de la mujer casada, que necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato, o para constituirse en su fiadora u obligarse solidariamente con él en asuntos que sean de su interés exclusivo (20); y la del menor emancipado, que no puede efectuar por sí solo los actos a que se refiere el artículo 643 del Código Civil del Distrito Federal.

La incapacidad general, en cambio consiste en la prohibición absoluta que tiene el individuo de participar libremente y por sí en los derechos y obligaciones de su vida jurídica. Ejemplos de esta incapacidad los tenemos en el menor no emancipado y en el loco interdicto.

La incapacidad de ejercicio y las incapacidades que de ella derivan, le han creado al legislador el problema de determinar qué organismo debe suplirlas, a fin de que las personas afectadas por ellas puedan hacer valer los derechos a que son acreedoras en virtud de su capacidad de goce. Dos son las nociones creadas para este objeto, la representación y la asistencia, que se adaptan a cada caso particular.

20.- C.C. de 1928, arts. 174-175.

Cuando el incapaz no tiene ninguna intervención en el ejercicio de sus derechos y obligaciones, y obra en su nombre otra persona, estamos ante la figura de la representación. Por el contrario, cuando el incapaz puede obrar por sí mismo, pero con la colaboración de una persona o de un organismo que le asista completando su personalidad, estamos ante la figura de la asistencia.

La representación tiene lugar cuando la persona es un incapacitado que carece de la inteligencia o del discernimiento necesario para orientar sus actividades, ejercitar sus derechos y asumir sus obligaciones. En otros casos de incapacidad se recurre a la asistencia.

De estas instituciones de la representación y la asistencia se originan: de la primera, la patria potestad y la tutela en sus diversas formas, y de la segunda, la potestad marital y algunas formas de la curatela; pero no asumiendo esta última las características con que está reglamentada en nuestro Derecho, sino la de institución creada especialmente para protección de los mayores de edad sujetos a incapacidad general o especial fundamentada en las ideas del derecho romano.

Estamos ya en condiciones, después de las inferencias realizadas, de entrar al estudio de las dos instituciones que nos interesan, la patria potestad y la tutela.

CAPÍTULO III

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Sumario: a).- PATRIA POTESTAD. Examen de definiciones: J. Bonnecase, M. Planiol y J. Ripert, E. Calva, M. Mateos Alarcón, R. Couto, Teoría de A. Cicu. b).- TUTELA. Según C. de Diego, J. Bonnecase, M. Planiol y J. Ripert, E. Calva, M. Mateos Alarcón, R. Couto, Teoría de A. Cicu. c).- DEFINICIONES PROPUESTAS. Patria potestad y tutela de acuerdo con nuestra legislación.

CAPÍTULO III

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

La patria potestad, según el concepto que de ella se tenía en Roma, era la potestad relativa al padre, y probablemente fue la romana la única patria potestad que realmente ha existido; - pues aunque en el derecho moderno encontramos una institución - semejante que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones de los padres con los hijos, ya no entraña en realidad - potestad de ninguna especie, pues se ha convertido en un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que facilitan el cumplimiento de aquéllas, cuya suma constituye una especie - de sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad (21), según lo veremos en posteriores capítulos.

Puede decirse que lo propio ha acontecido con la tutela, según también lo veremos al estudiar el desarrollo histórico de la misma, y sentada esta premisa, advertiremos que son muchas - las definiciones que se han dado de patria potestad y de tutela por nuestros modernos juristas, de las que examinaremos algunas, principiando por la primera de dichas instituciones por razón - de método.

Julián Bonnecase nos da la siguiente: "En el sentido amplio del vocablo, la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre -- y a la madre, parcialmente a los ascendientes, y subsidiaria---

mente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios" (22).

No aceptamos esta definición del maestro francés porque no se ciñe a la manera como nuestro derecho regula la institución. En efecto, el Código Civil de 1928 para el Distrito Federal, en su artículo 414 en relación con el 420, dispone que los padres - y los abuelos paternos y maternos ejercerán la patria potestad - sobre los hijos de matrimonio, en el orden de preferencia en que han sido mencionados, y que a falta de una de esas personas, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho, por su orden. Luego; entre nosotros, la patria potestad no es ejercida -- parcialmente por los abuelos y tampoco hay terceros que tengan - posibilidad de desempeñarla.

Marcelo Planiol y Jorge Ripert nos dicen: "La patria potestad es el conjunto de los derechos y de las facultades que la -- ley concede al padre y a la madre sobre la persona y los bienes de sus hijos menores" (23) Tampoco esta definición se ciñe a la forma como nuestro derecho entiende a esta institución, ya que - vimos que también a los abuelos es atribuido su ejercicio.

El jurista mexicano Esteban Calva, en el tercer cuarto del siglo pasado, hace suya esta definición de Planiol y Ripert, pero acertadamente agrega la distinción de que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

22.- Julián Bonnacase, Elementos de Derecho Civil, p.p. --- 427-428.

23.- Marcelo Planiol y Jorge Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, p. 312.

Reflejo de su época, apunta asimismo que el poder paterno está fundado en la naturaleza, que con sabiduría puso en el corazón de los padres amor infinito hacia sus vástagos, lo que los hace procurar toda su felicidad, defendiéndolos de los peligros y enseñándoles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público. Cuán lejos nos encontramos ahora, en el tiempo y en el espacio, de esta actitud paternal descrita por Calva, quien señala además que la patria potestad se ha reglamentado reconociendo en ella un elemento de orden en la familia, que a su vez sirve de garantía a la sociedad (24)

Don Manuel Mateos Alarcón, jurista mexicano también, nos refiere acuciosamente que la patria potestad "...es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de los hijos" (25).

Agrega que algunos consideran a la patria potestad en un sentido muy lato, "diciendo que es el conjunto de derechos que la Ley confiere a los ascendientes en sus relaciones con los descendientes" (26); pero que en sentido estricto, manifiestan "que es el derecho que tienen los padres, es decir, el padre y la madre, de educar a sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes" (27).

24.- Esteban Calva, Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, t. 1, p.p. 166-167.

25, 26, 27.- Manuel Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, t. 1, p. 272.

De estas afirmaciones de Mateos Alarcón se deduce que considera que la patria potestad atribuye el ejercicio de los siguientes derechos: 1o.- El de educar a los hijos; 2o.- El de vigilarles y corregirles; y 3o.- El de administrar sus bienes.

Mateos Alarcón glosa los códigos civiles de 1870 y 1884, - que son trasuntos del Código de Napoleón, así que por ello encontramos que en las definiciones que apunta en su obra campea la influencia filosófica de este cuerpo de leyes.

El abogado Ricardo Couto, mexicano también de principios de este siglo, nos dice ya que la patria potestad no es un conjunto de derechos ilimitados de los padres sobre los hijos, y ni siquiera un conjunto de derechos y deberes recíprocos, sino que está constituida por un conjunto de relaciones que son un conflicto de deberes que, por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los hijos que han engendrado. Que es verdad que aquéllos ejercen determinadas facultades sobre los hijos; pero que tales facultades no son propiamente sino medios -- que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto (28).

El criterio antes dicho da la norma para interpretar las disposiciones sobre la materia, cuando de su aplicación resultan conflictos entre el poder del padre y los derechos del hijo; ya que si se considera la patria potestad en la forma precitada, es evidente que todo conflicto que surja entre quien la ejerce y el

28.- Ricardo Couto, Derecho Civil Mexicano, t. II, p. 295.

De estas afirmaciones de Mateos Alarcón se deduce que considera que la patria potestad atribuye el ejercicio de los siguientes derechos: 1o.- El de educar a los hijos; 2o.- El de vigilarles y corregirles; y 3o.- El de administrar sus bienes.

Mateos Alarcón glosa los códigos civiles de 1870 y 1884, - que son trasuntos del Código de Napoleón, así que por ello encontramos que en las definiciones que apunta en su obra campea la influencia filosófica de este cuerpo de leyes.

El abogado Ricardo Couto, mexicano también de principios de este siglo, nos dice ya que la patria potestad no es un conjunto de derechos ilimitados de los padres sobre los hijos, y ni siquiera un conjunto de derechos y deberes recíprocos, sino que está constituida por un conjunto de relaciones que son un conflicto de deberes que, por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los hijos que han engendrado. Que es verdad que aquéllos ejercen determinadas facultades sobre los hijos; pero que tales facultades no son propiamente sino medios -- que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto (28).

El criterio antes dicho da la norma para interpretar las disposiciones sobre la materia, cuando de su aplicación resultan conflictos entre el poder del padre y los derechos del hijo; ya que si se considera la patria potestad en la forma precitada, es evidente que todo conflicto que surja entre quien la ejerce y el

28.- Ricardo Couto, Derecho Civil Mexicano, t. II, p. 295.

hijo sometido a ella, debe interpretarse a favor de éste último (29).

Vemos que Couto va orientando el concepto de patria potestad hacia la meta que ha culminado con las modernas ideas del derecho-deber que actualmente tienen un claro exponente en Antonio Cicu.

En efecto, Cicu afirma que en la patria potestad la relación entre padre e hijo se apoya en el momento del deber, lo que reconoce la doctrina cuando indica que el derecho de patria potestad se apoya sobre el deber (30); que es medio para cumplir un deber (31); que el deber es aquí la causa principal y el derecho no existe más que en razón del deber (32); que en ella el poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico que existe de antemano (33); que es la manera idónea de cumplir obligaciones la que constituye el verdadero fundamento a la atribución de los derechos (34).

29.- Laurent, Principes du Droit Civil Francois, t. IV, - p. 260, citado por R. Couto, op. cit., p.p. 295-296.

30.- Filomusi-Güelfis enciclop., 6a. ed., p. 417, cit. por A. Cicu, El Derecho de Familia, p. 128, nota 1.

31.- Albisson, Discurso al Cuerpo Legislativo (Loché VIII, p. 82), cit. por A. Cicu, op. cit., p. 128, nota 2.

32.- Windscheid, Pandectas, 1, p. 39, cit. por A. Cicu, -- op. cit., p. 128, nota 3.

33.- Vanni, Lezioni di Filosofia del Diritto, cit. por A. Cicu, op. cit., p. 128, nota 4.

34.- Endemann. Lehrbuch, 8o-9o ed. 11, 2, p. 8, cit. por A. Cicu, op. cit., p. 128, nota 5.

Pero este deber a que se refiere la doctrina no tiene correspondencia con un derecho ajeno a quien ejercita el deber; o lo que es lo mismo, a un derecho del hijo, sino por el contrario, corresponde a un derecho del propio progenitor (35). De donde se desprende por sobre todo, que la doctrina está reconociendo la coincidencia en un solo titular de derecho y deber, que sólo es posible por la preeminencia que en la relación tiene la finalidad frente a la voluntad; por lo que el imperativo jurídico debe plantearse de esta manera: "Debes alcanzar este fin observando estas normas". La afirmación del deber resulta de esta manera -- originaria y fundamental, y el derecho no es más que un medio para cumplir el deber (36).

Generalmente no se reconoce al hijo un derecho concomitante con el deber de su progenitor. La razón estriba en que el elemento constitutivo del derecho subjetivo, se considera un poder de voluntad, pues que debe entenderse como derecho en sentido -- subjetivo la facultad derivada de una norma, que una persona tiene de hacer u omitir algo (37); y en esta relación el hijo no -- tiene capacidad para desarrollar ese poder de voluntad. En cualquier otro caso se podría salvar la situación, con sólo transferir a un representante dicho poder; pero en el que nos ocupa no es posible hacerlo, ya que el progenitor es el legítimo representante de su vástago; de donde se admite que el derecho correspondiente al deber del progenitor es derecho del Estado (38); pu---

35.- A. Cicu, op. cit., p. 129.

36.- Dusi, Filiazioni, p. 121, cit. por A. Cicu, op. cit., p. 129.

37.- Eduardo García Máynez, Introducción al estudio del Derecho, p. 190.

38.- Antonio Cicu, El Derecho de Familia, p. 130.

diendo entonces afirmarse que en el Derecho de la Familia todo derecho subjetivo, o bien es poder de voluntad no referido a un interés propio del titular, o está sencillamente dirigido a actuar el cumplimiento del deber, o lo que es lo mismo, una mera acción (39).

El derecho de patria potestad no está fundado en un interés individual del progenitor, ya que éste se encuentra llamado a cuidar de un interés ajeno, y si su poder no deriva de su propio interés, el mismo debe ser poder por sí mismo vinculado (40).

Bajo este aspecto la patria potestad no es libertad de querer, pero es no obstante potestad de querer. No está referida a un interés individual de su titular; pero sin embargo, tiene como fundamento otro interés, el interés familiar. Voluntad e interés de este tipo son elementos de los derechos subjetivos familiares de primera categoría, en sentido y modo diverso de aquel en que lo son en el derecho privado (41); en la relación entre padres e hijos no encontramos voluntades e intereses opuestos, sino voluntades e intereses unitarios, no se da en ella la antítesis de sujetos independientes, que es característica del derecho privado (42), sino que su voluntad e interés se encuentran vinculados al interés superior de la familia, que en esta última instancia es el del Estado, y se encuentra implícito en uno de sus fines, el bien público temporal.

39.- A. Cicu, ob. cit., p. 131.

40.- Ibidem, p. 132.

41.- Ibid., p. 132.

42.- Ibid., p. 133.

Con estos elementos construiríamos una definición de la patria potestad, diciendo que es el conjunto de deberes-derechos que, vinculados a un fin superior, se otorgan legalmente a los padres y a los abuelos, respecto de los hijos menores no emancipados, considerados tanto en sus personas como en su patrimonio, y sólo en ciertos aspectos personales y patrimoniales respecto de los hijos emancipados.

Creemos que en esta definición queda implícita la idea moderna que se tiene del concepto de patria potestad, de acuerdo con las inferencias realizadas por Cícu que aquí estamos examinando brevemente, las cuales están respaldadas por la opinión de juristas de la categoría de los que el mismo cita para apoyar sus afirmaciones; quedando además comprendido en dicha definición el espíritu de las normas que en nuestro Código Civil regulan esta institución.

Si se pudiera lograr que todos estos conceptos de Antonio Cícu se difundieran en alguna forma entre jueces y abogados, otra sería la actitud de los mismos en todos los casos en que tuvieran que intervenir, en los que se controvertieran derechos de menores frente a deberes-derechos de sus progenitores, pues desgraciadamente todavía hay miembros del foro y de nuestra judicatura que entienden la patria potestad con las características que tenía en Roma, pese a los avances que introdujo en esta materia el legislador de 1928.

Se dice que la tutela es un poder otorgado por la ley a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defen-

sa de los menores de edad o incapacitados. O bien, según De Diego, que es un oficio (cargo) civil, obligatorio y gratuito para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad o por otra causa.

Nota fundamental de la tutela es el fin de protección, -- puesto de relieve por su misma etimología (del latín "tueor", - defender, proteger), y que hace de ella la más importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando les falta la patria potestad. Por lo que es una institución subsidiaria de ésta, diferenciándose, según De Diego, en que la patria potestad es de Derecho - Natural, puesto que está directamente organizada por la Naturaleza y sancionada por el Derecho Positivo, en tanto que la tutela está directamente organizada por el Derecho Positivo sobre la base del Derecho Natural.

Salta a la vista, pues, que la tutela es una patria potestad restringida; y como observa De Buen, el tutor tiene mayores límites en su actuación, por inspirar menos confianza, y esto, tanto por lo que se refiere al contenido personal como al patrimonial de la tutela (43).

Julián Bonnecase la define así: "La tutela es un organismo de representación de los incapaces, que se aplica tanto en materia de minoridad como en caso de interdicción. En otros términos, se sustituye a la patria potestad íntegra, por lo menos, respecto a los hijos legítimos, cuando el padre o la madre han

muerto, y también en otros casos especiales, como en los de pérdida de la patria potestad; también se aplica cuando se trata de un incapaz sujeto a interdicción judicial o a interdicción legal" (44).

Planiol y Ripert, por su parte, afirman: "La tutela es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes".

Aclaran que debe definirse así porque no siempre es la tutela una carga legal, y que tampoco debe hacerse entrar en su definición el carácter obligatorio que le corresponde ordinaria -- aunque no forzosamente (45).

Para contar con término de comparación, veamos ahora algunas definiciones de nuestros juristas y de uno español.

Calva nos da un concepto de la tutela al decir que es una de las más antiguas instituciones del derecho civil, que sirviendo de defensa a los huérfanos, sustituye en cuanto es posible el cuidado y vigilancia del padre, habiendo sido creada para el amparo de las personas de los menores principalmente.

Indica que la legislación española anterior al Código de 1870, prescribía que sólo durara mientras el varón llegaba a los catorce años y la mujer a los doce, ya que después de estas edades se proveía a los menores del cuidado de otra persona, que --

44.- J. Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, p. 438.

45.- M. Planiol y J. Ripert, Tratado práctico de Derecho Civil Francés, p.p. 416-417.

llevaba el nombre de curador, el cual velaba con especialidad de sus intereses, ocupándose también, pero de una manera secundaria, de sus personas.

Afirma enseguida que el código mencionado reformó en gran parte lo dispuesto por la referida legislación española, y acepta también la definición que de ella nos da el primero en su artículo 430, que es como sigue: "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 sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos" (46).

Por su parte, Mateos Alarcón nos dice que los menores y aquellas personas que se hallan en estado de interdicción, que carecen de padres y por consiguiente tienen únicamente el goce de sus derechos civiles, deben ejercitarlos por medio de las personas que los representan; que de estas situaciones proviene la necesidad de la tutela, "que es un cargo público que tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los que, no estando sujetos a la patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o sólo la segunda, para gobernarse por sí mismos".

Dicho autor, según vemos, hace suya también, como Calva, la definición que nos daba el artículo 430 del Código Civil de 1870, que reprodujo el 403 del de 1884; pero introduce un elemento nuevo e importante, el de considerarla un cargo público, que es precisamente el que le da el sello de obligatoriedad a esta institu-

46.- E. Calva, Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, t. - 1, p.p. 181-182.

ción, En la nota (1), puesta al pie de la página, nos indica además que a fin de comprender en su definición a la tutela interina, el último de los artículos mencionados se adicionó de la manera siguiente: "La tutela puede tener también por objeto la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley" (47). Este agregado, a nuestro ver, vino a dar mayor amplitud a la definición.

Couto por su parte acoge también la definición de tutela contenida en el artículo 403 del Código Civil del Distrito de 1884 (48), en la forma en que ha quedado descrita.

El jurista español Eloy Escobar de la Riva define la tutela desde un punto de vista general, diciendo que "es un ministerio que, deducido de la ley, se atribuye a los elementos integrantes de aquélla para la representación y protección de un individuo determinado, en el doble orden personal y patrimonial". Hace luego la salvedad de que, según el artículo 199 del Código Civil español, "el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos" (49).

Vemos que en todas estas definiciones, sus autores o quienes las aceptan se fijan con preeminencia en el problema de incapacidad, que la tutela viene a resolver, ya que está referida a determinados estados personales basados en el supuesto de una in-

47.- M. Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, t. I, p. 297.

48.- R. Couto, Derecho Civil Mexicano, t. III, p.p. 5-6.

49.- E. Escobar de la Riva, La Tutela, p. 3.

capacidad natural o legal, o de ambas especies, para efectuar funciones de autodirección, guarda y educación, y para realizar actos jurídicos, que requieren que a la persona afectada se la coloque bajo la protección y vigilancia de otra; siempre en el supuesto de que, los llamados a ejercer la patria potestad, faltan o no tienen posibilidad para llevarla a cabo.

Para Bonnecase la incapacidad del sujeto a tutela se manifiesta por la imposibilidad en que se encuentra de actuar por sí mismo en la vida jurídica, para dar cumplimiento a los actos en que debe participar; por lo que el tutor debe tomarlo a su cuidado y representarlo en todos aquellos actos en que deba intervenir o realizar por sí mismo, bien sea bajo la idea de representación o de asistencia de que hablamos en otro capítulo.

En la definición de Planiol y Ripert vemos que ya introducen expresamente en ella el elemento "cuidado del incapaz" que -- los otros autores cuyas definiciones hemos examinado, subsumen en la idea de guarda de la persona. Esta omisión, y la falta de precisión de las legislaciones al reglamentar la institución que estamos estudiando, incluyendo la nuestra, se reflejan desgraciadamente en la práctica, donde se concede mayor importancia a los aspectos patrimoniales de la tutela, es decir, lo que concierne al manejo de los bienes del menor, en tanto que se descuidan lamentablemente los estrictamente personales, como son la guarda, educación en sus tres aspectos y la dirección de los sujetos a ella.

En la institución tutelar, igual que sucede en las instituciones familiares, no existe una mera relación obligatoria entre

los sujetos, sino que se dan también los mismos derechos-deberes que se traducen en verdaderos poderes, que requieren de la subordinación de las personas a un fin superior, del que ya hemos hablado, al que puedan perseguir las voluntades que se encuentran implícitas en ella.

Dichos poderes tutelares son semejantes a los familiares, por lo que en ellos se da también un aspecto dual, el de las relaciones referentes a las personas y el de las relaciones referentes al patrimonio, como antes dijimos. Además, como en otras instituciones de la familia, la organización de la tutela no tiene más finalidad que proveer al cumplimiento del deber del encargado de ella, precisamente porque falta en uno de los sujetos -- que intervienen en la relación, la capacidad de cuidar por sí -- mismo de su propio interés.

Por otra parte, en la tutela, más que en la patria potestad, el deber del tutor no debe concebirse frente a un derecho del pupilo, sino frente a un derecho de la familia, que en última instancia es del Estado (50); pues el interés familiar es único y coexiste respecto de los individuos, como también coexiste respecto de ellos y sus intereses, el interés estatal. Y es precisamente este interés el que se toma en cuenta tratándose de -- una relación jurídica de carácter familiar, ya se la considere -- en la persona llamada a la función o en la que se encuentre investida de ella; o bien en la persona autorizada u obligada a vigilar su marcha; o en aquella otra interesada directa o indirecta.

tamente en que se observe el derecho objetivo (51).

Del análisis de las definiciones y de las ideas precedentes llegamos a las siguientes conclusiones: la tutela es un cargo público. Por regla general se da en sustitución de la patria potestad. Su objeto es cuidar de la persona y bienes de un incapaz de gobernarse a sí mismo. Ese objeto puede ser también la representación de un incapaz en casos especiales. Como la patria potestad, obedece a un interés superior. Entraña un complejo de deberes-derechos.

Con estos elementos podríamos construir la siguiente definición que sería nuestro concepto personal de tutela, en el cual -- quedarían incluidos la mayor parte de sus aspectos más importantes y característicos:

La tutela es un cargo público que por regla general sustituye a la patria potestad, entraña un conjunto de deberes-derechos vinculados a un fin superior, cuyo objeto es cuidar de la persona y bienes de un menor o de un incapaz de gobernarse a sí mismo, y como excepción representarlos interinamente en los casos especiales que señala la ley.

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Sumario:

- a) .- GRECIA. b) .- ROMA. c) .- GERMANIA. d) .- EDAD MEDIA.

CAPÍTULO IV

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Indudablemente, el pasado nunca muere de modo absoluto para el hombre. Podrá éste olvidarlo, pero siempre mantiene su influencia en sí, ya que tal como se manifiesta en el presente de cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes. Si el hombre desciende a lo recondito de su psique, ahí encontrará e identificará las huellas de esas diferentes épocas, según lo que cada una haya depositado en él.

Pero no están en la naturaleza del Derecho el absolutismo y la inmutabilidad: al través del tiempo se transforma por modificación como toda obra humana. Cada sociedad posee un derecho que se va cifiendo a sus cambios y transformaciones, siguiendo la evolución de sus instituciones, de sus costumbres y de sus creencias.

GRECIA.- Las leyes griegas atribuyeron al padre esa autoridad sin límite de que de antemano la religión le había investido. Según se le considerara como jefe religioso, como dueño de la propiedad o como juez, se le confirieron tres diversas categorías de derechos.

la.- Como sacerdote del hogar, nadie más que él realiza las ceremonias del culto, tal como se las ha visto realizar a su padre, y no reconoce ninguna autoridad superior a la suya. También él solo es responsable de la perpetuación del culto, y de estas situaciones derivan una serie de derechos:

Derecho de rechazar al hijo en cuanto nace, que es reconocido al padre tanto en las leyes griegas como en las romanas, junto

con los otros que a continuación se mencionan.

Derecho de casar a la hija, que implica la cesión a otro de la autoridad que sobre ella tiene.

Derecho de casar al hijo con el fin de perpetuar la familia.

Derecho de emancipar al hijo, excluyéndolo de la familia y del culto.

Derecho de designar al morir un tutor a la mujer y a los hijos.

Todos estos derechos le era concedidos únicamente al padre y a nadie más.

2a.- Como afirma Platón, la fortuna pertenecía a los antepasados y a los ascendientes, pues la propiedad al principio no se concibió como derecho individual. No se la dividía, así que no podía tener más que un propietario que era la familia, y un usufructuario, el padre.

Descansando la propiedad en el padre y con la imposibilidad de dividirla, ni la mujer ni los hijos poseían nada. El hijo no podía ser propietario de nada, el producto de su trabajo o de su comercio eran del padre; si un extraño otorgaba testamento en su favor, era el padre quien recibía lo legado. Si el padre vendía algún bien al hijo, esa venta la realizaba en favor de sí mismo, pues el hijo sólo adquiriría para el padre (52).

3a.- En Grecia el padre podía vender a su hijo (53). El de-

52.- Fustel de Coulanges, La Ciudad Antigua, p.p. 106-108

53.- F. de Coulanges, ob. cit., p. 121.

recho antiguo en Atenas permitía hasta que lo llegara a condenar a muerte (54), pero esta sujeción en que se encontraba desapareció muy pronto.

Se tiene conocimiento de que Solón, con la influencia de -- las nuevas costumbres, llegó a prohibir que el padre vendiera a -- su hija, salvo en los casos en que hubiese cometido una falta grave; y es verosímil que idéntica prohibición amparase al hijo. En Grecia la autoridad paterna fue menguando a medida que la religión antigua perdía su fuerza; pero el derecho ateniense no se -- conformó, como el romano, con establecer que después de una tercera venta el hijo quedaría libre, sino que autorizó que se librara de la autoridad paterna al llegar a determinada edad; y fueron -- las costumbres, más que las leyes, las que poco a poco fueron imponiendo la mayoría de edad del hijo aun durante la vida del padre.

Una ley en Atenas obligaba al hijo a alimentar a su padre -- cuando cayera en vejez o enfermedad, lo que hace presuponer que -- ya aquél podía poseer y en consecuencia estaba emancipado de la -- autoridad paterna (55).

Una vez que destaca la personalidad del hijo de la de sus -- padres y parientes, se advierte la necesidad de organizar la institución tutelar. Se la establece con independencia de la potestad gentilicia y está orientada a la protección del incapacitado que no tiene bienes, designándose para desempeñarla a una persona

54.- Ibid., p. 401.

55.- Ibid., p.p. 401-402.

que se denomina tutor, que es vigilado en sus funciones por la autoridad.

La tutela es establecida por la propia autoridad y ya se ha ce la distinción entre tutor testamentario o legítimo, pero si no existe ni uno ni otro, se designa un tutor dativo a solicitud de quien tenga interés en ello.

La intervención de la autoridad en las funciones del tutor era relativa, pues se efectuaba en caso de existir disensiones -- con él, o cuando defraudara o engañara al pupilo.

Es importante hacer notar que en la protección del tutorea do, se daban acciones populares a cada uno de los ciudadanos en -- contra del tutor, en el supuesto de que realizara sus funciones -- con dolo o negligencia (56).

ROMA.- Ya hemos visto cómo la religión va imponiendo un sello definitivo a la organización familiar en los pueblos primitivos. En la familia romana como en la griega, pero particularmente en la primera, la naturaleza y la religión fueron conformando las relaciones de sus miembros. La naturaleza impuso que el hijo tenga en su padre un protector, un guía, un maestro. La religión, -- por su parte, dispone que el padre sea el jefe del culto y que el hijo sólo le auxilie en sus funciones. La naturaleza, por razones biológicas, sólo impone que el hijo esté en dependencia del padre por cierto tiempo; pero la religión manda que el hogar o "domus" sea indivisible al mismo tiempo que la propiedad; los hermanos no

56.- "Il digesto italiano", vol. 23, parte seconda, Torino, 1926, p. 885, citado por L. Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 57, n. 30.

se separarán a la muerte del padre y menos se alejarán de él en vida. En el derecho primitivo se dispone que los hijos estén sometidos al padre mientras viva, durante toda la existencia de él -- son menores.

Ya hemos dicho que esta sujeción pronto desapareció en Atenas, pero en Roma se conservó íntegra; el hijo no podía alimentar un hogar propio, si el padre vivía; aun casado y con hijos, el padre conservaba el poder sobre todos ellos.

De esta suerte, toda la autoridad paternal estaba basada en el culto doméstico; de ahí que el hijo nacido de concubinato no estaba bajo la autoridad del padre, pues entre ellos no existía -- comunidad religiosa, la paternidad por sí sola no concedía al padre ningún derecho.

La familia fundada en la procreación y regida por la religión, es una pequeña sociedad política con su jefe y su gobierno. Nada en la actual sociedad puede darnos una idea de otra autoridad paterna semejante; el padre, en ella, protege y tiene un poder omnímodo en todos los aspectos, es el sacerdote, el heredero del hogar, quien va a continuar la persona de los abuelos, el tronco de los descendientes, en él se depositan los ritos místicos del culto, toda la religión reside en él (57).

En Roma el padre tenía también las mismas categorías de derechos que hemos encontrado en Grecia; pero particularmente los que ejercía como juez, asumían proporciones desmesuradas. En prin

cipio, ni la mujer ni los hijos podían comparecer ante los tribunales, según nos dice Gayo; si el hijo sometido a la autoridad paterna cometía un delito, la acción recaía en justicia sobre el padre. De toda la familia sólo el padre podía comparecer ante los tribunales y, como consecuencia, la justicia para los hijos y la mujer la realizaba el propio padre y era completa y sin apelación. Valerio Máximo cita a un padre llamado Atilio que mató a su hija culpable de impudicia, y es conocido el caso de otro padre que dio muerte a un hijo suyo, que se había convertido en cómplice de Catilina (58).

Todo lo anterior no quiere decir que el padre tuviera un derecho absoluto de matar a sus hijos. Al condenarlos a muerte sólo actualizaba el derecho de ejercer la justicia. Él estaba sometido al juicio de la ciudad, y su mujer y sus hijos al juicio suyo, -- era su juez.

Pero la autoridad paterna no era un poder arbitrario semejante al del más fuerte, tenía su principio y su límite en las creencias existentes en el fondo de las almas. Es verdad que el padre podía ejercitar el derecho de segregar de su familia a su hijo, pero ese derecho encontraba su limitación en la circunstancia de que si lo hacía actuar sin medida, su familia quedaba expuesta a extinguirse y los Manes de sus antepasados a caer en el olvido. Es cierto que podía introducir a un extraño en la familia por adopción; pero la religión le impedía adoptar si tenía hijos, costumbre que hasta ahora subsiste en nuestro derecho. En un prin

cipio hasta careció del derecho de enajenar los bienes que poseía, de tal suerte que la religión le imponía tantas obligaciones como derechos le había conferido.

Así durante mucho tiempo fue la familia antigua. Bastaron para regirla las creencias alimentadas en el espíritu de los hombres haciendo abstracción de un poder social basado en la fuerza; se constituyó regularmente, se proveyó de una disciplina, de un gobierno y se dio una justicia, poniendo en esta forma los cimientos del actual derecho privado (59).

De acuerdo con lo expuesto, la familia romana estaba compuesta de dos categorías de personas: el "pater familiae", que no dependía de nadie dentro de la organización familiar, por lo que era el único "sui juris", y los "alieni juris", libres o esclavos sometidos a la autoridad paternal. En un principio esta autoridad del padre sobre el conjunto de la familia se llamó "manus", pero después sólo sirvió para designar la autoridad sobre la mujer casada. Posteriormente surge el término patria potestad, para nombrar la que se ejerce sobre los descendientes por línea de varón, y surgen sus especies, "potestas dominica" para designar el dominio sobre los esclavos, "dominium", el poder sobre las cosas, y "mancipium", para referirse a la potestad del jefe de la familia sobre los casi esclavos o sean las personas libres que le eran vendidas. El poder sobre los libertos se llamó "jura patronatus".

De hecho en la vida económica romana se confundían el poder de disponer de las personas y el de disponer de las cosas, ambas

tenían un valor pecuniario. Pero conforme fueron avanzando las formas de la organización social, se fue modificando la institución familiar. La potestad del padre se sometió a la apreciación del censor y su autoridad fue siendo objeto de mayores restricciones; ya no pudo matar, mutilar, ni vender, ni dar en prenda o arrojar de la familia a los "alieni juris" (60).

Apareció expuesta en el Foro la Ley Decenviral, grabada sobre doce tablas de bronce o roble, y aunque su contenido auténtico no ha llegado hasta nosotros, se tiene noticia de ella por fragmentos comprendidos en los tratados de los antiguos jurisconsultos, sobre todo por el comentario de Gayo, que se encuentra en el Digesto de Justiniano. Desde el siglo XVII se ha tratado de reconstituir el contexto de esta Ley. Por ello sabemos que la tabla IV se refería a la potestad paternal y la V a las sucesiones y tutelas (61).

La Ley de las Doce Tablas dispuso que el hijo que había sufrido tres mancipaciones sucesivas era libre. Quedaron prohibidas las ventas de hijos, salvo el apremio de una extrema necesidad, y un padre no pudo más volver a entregar en prenda a un descendiente suyo, precisamente bajo Antonino Caracalla (62).

Si había sido el padre dueño absoluto del patrimonio familiar, con la creación de los peculios, "profecticio", "castrense", "cuasicastrense" y "adventicio", se impuso una limitación a ese

60.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

61.- Eugenio Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, p. 38.

62.- E. Petit, ob. cit., p. 101.

derecho, que abarcaba al principio todo lo que el hijo adquiriera (63)..

Diocleciano prohibió que se enajenara a los hijos, de cualquier manera que fuera; en forma de venta, donación o empeño. --- Constantino volvió a permitirla únicamente al padre indigente que afrontara suma necesidad, siempre que se tratara del hijo recién nacido, con reserva de un derecho exclusivo para poderlo rescatar abonando su precio.

La práctica de abandonar a los hijos se suprimió en el bajo imperio, y Constantino dispuso que el hijo abandonado quedase bajo la autoridad de quien lo hubiera recogido, ya fuera como hijo o como esclavo. Justiniano alivia aún más su situación disponiendo que quedara libre "sui juris" o ingenuo.

El valor de la libertad tenía tal preponderancia entre los romanos, que en ninguna época el padre pudo hacer de su hijo un esclavo (64).

Más tarde, el padre llegó a autorizar al hijo para que contratara con terceros; pudo éste también adquirir responsabilidad civil por sus delitos, comparecer por sí ante los tribunales y, - en cuanto a su condición social, la autoridad paternal dejó también de surtir efectos, pudiendo ya ejercitar sus derechos políticos y ocupar cargos públicos.

La fuente principal de la potestad paterna fueron las "jus-

63.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

64.- E. Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, p. 102.

tae nuptiae", pero podía establecerse también por adopción, y bajo el reinado de los emperadores cristianos, por legitimación - - (65).

La potestad patria, normal y exclusivamente, se extinguía -- con la muerte del padre; pero en forma extraordinaria podía concluir con la del hijo o con la "capitis deminutio" del padre, máxima o media, o del propio hijo. Concluía también por arrogación o adopción, o bien por la obtención de cargos que fueran incompatibles con ella, y por la emancipación (66).

La tutela y la curatela son las dos instituciones del derecho romano en que descansaba el fin tutelar, la primera para los impúberes y la segunda para aquellos que habiendo llegado a la pubertad, están limitados en su capacidad de obrar. Existe una definición de Servio, conforme a un texto de Paulo que obra en el Digesto, según la cual la tutela es: "Vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem (vel sexum) sua sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa". "Derecho y potestad de una persona libre para proteger a aquel o aquella que por su edad (o por su sexo) no puede defenderse, dado y otorgado por el Derecho Civil" (67).

Pero si los principios de la tutela y de la curatela se encuentran de preferencia en el derecho romano, a éste se agregaron elementos del derecho germánico, sufriendo ambas instituciones mo

65.- E. Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano, p. 102.

66.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

67.- Ob. cit., p. 3886.

dificaciones tan importantes, que tal como se las encuentra en el derecho justinianeo apenas se parecen a las que existieron en el periodo clásico y en la época antigua.

Originalmente coexistieron la "tutela impuberum" y la "tutela mulierum", desaparecida con el tiempo, que llegaron a considerarse, más la segunda que la primera, como una potestad de los agnados, creada en su propia ventaja para protección de los intereses familiares y además, como un medio de asegurar los derechos hereditarios del grupo "agnaticio", que tenían una situación de preferencia respecto de los derechos del pupilo (68).

Después se convierte en una especie de presunción por la que se daba protección preferente al interés del tutor, designando para el caso al heredero varón más cercano del tutelado, con objeto de facilitarle mediante la potestad que le confería el cargo, la protección del patrimonio del que debía heredar impidiendo le que lo dilapidase.

Después se da mayor importancia a la protección de la persona del pupilo y la tutela se convierte en un "munus" o deber público, que ya tiende a proveer en grado preferente los intereses y necesidades de éste (69).

De esta manera una institución que comienza en los tiempos primitivos como un poder, se convierte en la época clásica en una carga u obligación que grava a quien la detenta, ciñéndose a las modificaciones que sufre la familia durante estos dos periodos --

68.- Lino Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 58.

69.- Diccionario de Derecho Privado, p. 3886.

históricos (70).

Cambian el aspecto ético y el jurídico de la institución, se da mayor importancia al cuidado de los intereses del pupilo y se incrementan las obligaciones del tutor. Se introducen cambios en cuanto a la designación de las personas llamadas a cumplir con la función tutelar (71), ya no se considera la fortuna del menor como patrimonio del tutor, y la jurisprudencia va admitiendo que la tutela, a diferencia de la herencia, no recaerá en los parientes civiles cuando el padre hubiera designado un tutor testamentario (72).

El Estado comienza a dar al cuidado del menor el carácter de interés público y dicta disposiciones sobre nombramiento de tutores y forma en que debe desarrollarse la función tutelar. Nacen acciones derivadas del ejercicio de la institución, que se dan tanto al tutor como al pupilo y que imprimen a la tutela el carácter de una administración y cuidado de los intereses de éste último.

La tutela se clasificaba en testamentaria, legítima y dativa, según que el tutor fuera nombrado por testamento, o bien por la ley tomando en cuenta el grado de parentesco civil, o por el magistrado.

Si el nombramiento se hacía en testamento, debía ser "certis verbis", después de la institución de heredero y se tenía como v

70.- Lino Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 58.

71.- Diccionario de Derecho Privado, p. 3886.

72.- Lino Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 58.

lido siempre que recayera en un ciudadano romano o latino. Con el tiempo este formulismo desaparece y ya se puede hacer la designación empleando cualquier palabra y antes de la institución de heredero, llegando a tenerse por válido el nombramiento hecho en un codicilo que fuera confirmado en la disposición testamentaria, -- sin necesidad de hacerlo en el propio testamento.

No podían ser tutores los locos, los sordos, los mudos, las monjas, los soldados y los menores de veinticinco años. Contrariando las antiguas disposiciones, que excluían por completo a la mujer de la tutela, se pudieron nombrar a la madre y a la abuela para la tutela confirmativa.

La Ley de las Doce Tablas dispuso que la tutela legítima fuera desempeñada por los parientes, que a falta de herederos testamentarios fueran llamados a la sucesión, recayendo entonces el -- nombramiento en el "agnatus proximus" y en su defecto en los gentiles. Podemos notar que existía un paralelismo entre la designación de tutor legítimo y la de herederos, en estas disposiciones de las Doce Tablas, de lo que deducimos que originalmente se consideró a la tutela como verdadero derecho, lo que hizo posible que fueran válidamente designados tutores el "agnatus" loco y el impúber, y que el tutor legítimo pudiera ceder el cargo a otra -- persona, lo que originó la tutela "cessitia".

A medida que fueron ganando terreno los nuevos conceptos de institución tutelar, fue decayendo la importancia de la tutela legítima y comenzó una especie de aversión hacia ella, que se acentuó en la época clásica y que se origina en el hecho de que, los

llamados a ejercerla, eran los individuos ligados por el parentesco civil (agnatio) cuya importancia había decaído frente al parentesco natural de la sangre (cognatio).

Se comenzó por eludir la tutela "agnaticia" de la mujer, hasta que el emperador Claudio la abolió; la que se ejercía sobre los impúberos se fue menoscabando y perdió mucho de su importancia, pues al aplicarse a esta institución las reglas de la sucesión hereditaria, según las cuales no se debía abrir la sucesión legítima hasta no tener la seguridad de que no existía disposición testamentaria, tampoco se abrió la tutela legítima hasta no tener la persuasión de que no había tutor nombrado en testamento.

Una "Lex Atilia" del siglo VI creó en Roma la tutela dativa, y en las provincias se la introdujo por una "Lex Iulia Titia" a fines de la República, con objeto de que los impúberes y las mujeres "sui juris" no se encontraran faltos de tutor en el caso de no tenerlo testamentario. A partir de entonces adquiere preponderancia la intervención del Magistrado en la delación de tutor, pues se le atribuyen poderes para designarlo a solicitud del propio impúber o de quienes tuvieran interés en ello; llegando a tenerse por tutores a los nombrados imperfectamente, por ejemplo, en un testamento sin validez, por un extraño o por persona carente de potestad sobre el impúber, con el solo requisito de que la designación insuficiente fuera confirmada por el Magistrado. De esta manera nace la tutela confirmativa, que era excluyente de la legítima.

Ya hemos dicho que, por las personas sujetas a tutela, ésta podía ser: a) Tutela de los impúberes, a la que estaban sujetas -

las personas "sui juris" que no habían alcanzado la pubertad y no estaban bajo la patria potestad. b) La "tutela mulierum", para todas las mujeres de cualquier edad que fuesen, que se calificaba de perpetua porque actuaba durante toda su vida, a menos de que la mujer estuviera en la "patria potestas" o en la "manus". Esta tutela perdió importancia desde principios de la República, en -- que se diluye la organización familiar cerrada, la potestad marital va cediendo y la mujer empieza a actuar con libertad en su vida económica, de tal suerte que la "tutela mulierum" llega a constituir un lastre.

Quien ejercita la potestad sobre la mujer puede nombrarle un tutor para el caso de morir, o facultarla para elegirlo. (tutela optiva) por una o varias veces, lo que le daba libertad para sustituirlo. Después fue posible a la mujer cambiar de tutor a voluntad, aunque no estuviera autorizada, para ello se valía de una -- "coemptio fiduciaria"; bastaba que "fiduciae causa" cayera bajo la potestad marital de un tercero, autorizada por su tutor actual, quien además podía ser obligado por el Pretor a dar tal autorización, sin que en realidad se convirtiera en cónyuge; después este tercero la daba en "mancipium" a la persona elegida por ella para tutor, quien a su vez la emancipaba convirtiéndose por este hecho en su cuasi patrono y adquiriría el derecho de ser su tutor legítimo.

La "tutela mulierum" tiene vigencia hasta el periodo clásico, se la halla en uso bajo Diocleciano y probablemente desaparece -- más tarde pues el Código Teodosiano ya no la menciona (73).

73.- Jors-Kunkel, Derecho Privado Romano, p. 431. Citado en el Diccionario de Derecho Privado, p. 3886.

Si originalmente la tutela fue un poder semejante a la patria potestad, en la época histórica es únicamente un poder sobre el patrimonio del tutelado, creado con objeto de complementar la incapacidad de los menores. Esta potestad se descompone en dos: la "auctoritatis interpositio" que se traducía en el auxilio que el tutor, estando presente en el momento de la celebración, daba al pupilo, quien también debía comparecer en el acto jurídico. La otra era la "gestio", que consistía en la administración que el tutor realizaba en los bienes del pupilo, que podía traducirse en actos materiales o en negocios jurídicos.

Estos poderes administrativos, que fueron amplísimos en un principio, sufrieron limitaciones como la impuesta por un senado-consulto de Septimio Severo, que exigió el consentimiento del pretor, vista la necesidad de la operación, para que el tutor pudiera enajenar los "praedia rustica vel suburbana" pertenecientes al pupilo. Más tarde el emperador Constantino involucró en esta prohibición los "praedia urbana" y todos los muebles de valor.

Al principio la tutela se desempeñó con apego a la buena fe, porque su fin fue un verdadero interés en la conservación de los bienes del pupilo; por ello la Ley de las Doce Tablas estableció la "accusatio suspecti tutoris", que era una acción por la cual se solicitaba la destitución del tutor infiel.

El pupilo tuvo además, en caso de ser defraudado por su tutor, la "actio de rationibus distrahendis", que era una acción penal por la que se obtenía el doble de lo defraudado. Estas acciones eran verdaderas defensas del pupilo contra actos ilícitos del

tutor; pero se dictaron otras disposiciones imponiendo la llamada obligación de rendir cuentas.

Fue a fines de la República cuando se creó la "actio tutelae", en virtud de la cual, al finalizar la tutela, podía el tutelado pedir a su tutor la devolución de todos sus bienes, con los aumentos debidos y la indemnización correspondiente a daños sufridos por negligencia en la administración. Esta acción tuvo verdadera eficacia, porque además de obligar al tutor a efectuar las mencionadas devoluciones, de no realizarlas quedaba afectado de "infamia".

En la época clásica, y bajo el reinado de Claudio, se ordenó que los tutores legítimos y en algunos casos los dativos, dieran la "satisfactio rem pupilli salvam fore", que era una garantía para lograr una completa rendición de cuentas de la tutela. Se dio además una acción al tutor dativo, contra los magistrados que hubieran presentado o aceptado tutores o fiadores insolventes.

Con la "actio tutelae", el pupilo pudo resarcirse de los daños causados en su patrimonio por una mala gestión tutelar, con los bienes de su guardador no gravados con hipoteca y con preferencia a otros derechos quirografarios.

Después se impone al tutor la obligación de hacer inventario de los bienes del pupilo al iniciar la tutela, bajo pena de tener por cierto todo lo que éste último afirmara bajo juramento, respecto del estado de esos bienes.

Constantino grava con una hipoteca general tácita todos los bienes del tutor, al comenzar su gestión, con objeto de que respon

da de su manejo, y Justiniano lo obliga a declarar las deudas que existan entre el pupilo y él.

Para beneficio del tutor, se le otorga el derecho de exigir que el pupilo le reintegre todos los gastos realizados durante la tutela, con motivo de ésta.

La tutela cesaba cuando el pupilo alcanza la pubertad; pero - eran también causas de que se extinguiera, la "abdicatio" o renuncia del tutor en caso de tutela testamentaria, la defunción del - tutor o su "capitis deminutio" máxima o media, la muerte del pupi - lo o su "capitis deminutio", la "excusatio", el cumplimiento de - la condición que para dar por terminada la tutela, se hubiera in - cluido en el testamento, y la "remotio tutoris", debida a la acu - sación hecha contra el tutor por sospechas de infidelidad (74).

GERMANIA.- Todas las personas cuyo parentesco entre sí es co - nocido, forman la familia germana en sentido amplio, de este modo se integra el linaje o la "sippe". La familia propiamente dicha - es un grupo más reducido en el que priva una organización militar, el marido ejerce sobre la esposa desde el momento del matrimonio una potestad llamada "munt", en que más tarde quedan involucrados los hijos. Como en Roma, la patria potestad solamente la ejerce - el padre, y sus facultades de corrección pueden llegar hasta la - pena de muerte, así, si sorprende a su hija en adulterio en el ho - gar paterno, la puede castigar en la forma que él quiera.

La aptitud para las armas es la que hace al hijo entrar en -

la mayoría de edad. El padre puede ejercer el comercio de las hijas y el de la patria potestad que tiene sobre ellas; además, sólo pueden contraer matrimonio con su consentimiento.

El contacto entre Germania y Roma influyó en la descomposición familiar de la primera, pues llegó a acostumbrarse el divorcio. Por otra parte, esta influencia fue mutua, según veremos más adelante.

Como dijimos, la familia sufre una marcada influencia militarista, que se da en el espíritu del pueblo germánico de todas las épocas. Sin embargo, la patria potestad se fue suavizando con el transcurso del tiempo e influyó para que a su vez se suavizara la "auctoritas patris" en la familia romana (75).

Caen bajo la tutela en Germania los que estando desprovistos de protección no se encuentran ligados por el "mundium" del padre o del marido, así también los ciegos, sordos, mudos, débiles de espíritu, locos y viejos, cuando no pueden realizar determinadas maniobras ecuestres, están bajo el "mundium" del pariente varón más próximo (76). Entonces el "mundium" es la potestad que los mayores de edad ejercen sobre la mujer, sobre los hijos menores y sobre los incapacitados, de donde los sujetos a tutela lo están por el sexo, por la minoría de edad y por incapacidad. La tutela sobre las mujeres, a semejanza de Roma, es por toda la vida y con las mismas peculiaridades. Los menores estaban sujetos a ella has

75.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

76.- Walter, Corpus Juris Germanicorum, III párr. 777, citado por L. Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 62, n. 41.

ta que no hubieran cumplido los años del "mundium" propio, y los términos para alcanzar la mayoría de edad variaron según los troncos, los más antiguos son de diez y doce años, que se fueron haciendo mayores hasta alcanzar los quince y dieciocho.

La tutela recaía de acuerdo con la costumbre en el más próximo pariente, así podía ser tutor el hermano mayor y siguiendo las modalidades romanas, la finalidad de esta designación se hacía -- con miras a garantizar sus derechos hereditarios sobre los bienes del hermano menor, de tal manera que podía confundir esos bienes con los suyos hasta la mayoría de edad del tutelado (77).

Como la transmisión del "mundium" no podía operarse más que conforme a la costumbre, no se conocía la tutela dativa ni la testamentaria, difiriéndose la que ha quedado descrita que era sin género de duda igual que la legítima de Roma, solamente en provecho del tutor (78).

La tutela en sus orígenes pertenecía a la "sippe" y por ello fue un derecho conjunto de todos los parientes hasta el séptimo grado, que agrupados en forma de asamblea designaban un tutor para que administrara los bienes del menor, de acuerdo con las determinaciones de la propia asamblea; otro tutor se encargaba de la persona del pupilo, siendo designado por sus parientes, que pertenecieran a los cuatro troncos procedentes de sus cuatro abuelos, estando las funciones de ese tutor dirigidas por la "sippe" (79).

77.- Menéndez Pidal y de Montes, citado por L. Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 62, nota 42.
78.- Menéndez Pidal y de Montes, citado por L. Rodríguez-Arias Bustamante, op. cit., p. 63, nota 43.
79.- Menéndez Pidal y de Montes, citado por L. Rodríguez-Arias Bustamante, op. cit., p. 63, nota 44.

A ésta, además de la vigilancia de las funciones de ambos tutores, le correspondía dar consentimiento para el matrimonio del menor y para que pudiera enajenar sus bienes. Podía también destituir al tutor por la mala administración.

Después el poder público concurre con la "sippe" en el ejercicio de las funciones tutelares, iniciándose esta concurrencia en las ciudades. Ello acontece de preferencia donde la "sippe" -- tiene poca importancia. En ocasiones la influencia de ésta llegó a ser tan atenuada, que quedó reducida a un órgano de administración, que mucho se asemeja al actual consejo de familia de algunos derechos, por lo que se considera que éste tiene en el germánico un antecedente (80).

EDAD MEDIA.- Según la síntesis que tan acertadamente hace Solange Réglade, la Iglesia tiene una enseñanza basada en principios uniformes para todos sus fieles, independientemente de su nacionalidad. Estableció también principios uniformes sobre la familia, haciéndolos penetrar en las legislaciones, y a medida que -- fue aumentando su dominio, implantó su propia ley. Así fue como -- impuso el sacramento del matrimonio para toda la vida, por el consentimiento simple de los cónyuges. Suprimió el divorcio, que -- existía desde los tiempos de Roma, y llegó a excomulgar a quienes contravinieran este mandato.

Implantó el principio espiritual de que la patria potestad -- debería considerarse como la base de todos los derechos, y que éstos nacen de la obligación; de tal suerte que si los padres tienen a su cargo la obligación de guarda, alimentación y educación

80.- Bruner, Historia del Derecho Germánico, p. 235 y sig., citado por L. Rodríguez-Arias B., op. cit., p. 64, nota 45.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

Sumario:

- a).- LEGISLACIONES PRETERITAS. Derecho Pretorio. Derecho Germánico. Cristianismo. Derecho Canónico. Decreto de 28 de agosto de 1792. Código de Napoleón. Código Penal francés de 1810. Ley francesa de 24 de julio de 1889. b).- TENDENCIAS DE LEGISLACIONES CONTEMPORÁNEAS RESPECTO DE LA PATRIA POTESTAD. 1a.: Francia, España, Italia, Rumania. 2a.: Alemania, Suiza, Inglaterra, Estados Unidos. 3a.- Rusia, México. c).- ORGANIZACIÓN DE LA TUTELA. Sistema de la autonomía jurídica de la familia: Código de Napoleón y los que le siguieron. Sistema de autoridad: Código de Alemania, Suiza, Italia, México. -- Sistema mixto: Códigos de Nicaragua, Costa Rica, Chile, Paraguay, Uruguay y Argentina.

de sus hijos, tienen también el derecho de ordenarles, corregir-- les e imponerles una dirección, con la intervención de la socie-- dad que sea indispensable (81).

La Iglesia preconizó que la tutela es una obligación respec-- to de los intereses del menor y debe buscar el beneficio de éste. Ordenó que se ejercitara vigilancia sobre los actos del tutor y -- que cuando éste causara perjuicios al pupilo, pudiera el interesa-- do ocurrir ante las autoridades para que se le removiera del car-- go.

En la Edad Media existió un tipo de tutela para la adminis-- tración del feudo, que a veces se daba conjuntamente con la del -- menor y que se llamaba tutela de Baliato. El derecho feudal estu-- vo más bien inspirado en el derecho germánico que en cualquier -- otro (82).

Esta breve síntesis histórica nos ha puesto de manifiesto -- que la institución de la patria potestad tal como se dio en Gre-- cia y Roma, en relación con la que conocemos actualmente, ha su-- frido cambios enormes y que ésta puede considerarse como diame-- tralmente opuesta a aquélla.

Hemos visto también cómo en la Edad Media, los canonistas ya empiezan a vislumbrar la idea del derecho-deber relacionándola -- con la patria potestad, idea que Antonio Cicu ha llevado a su má-- xima expresión actual, iluminando con ella todo el ámbito del De-- recho de Familia.

81.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

82.- Lino Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 64.

de sus hijos, tienen también el derecho de ordenarles, corregirlos e imponerles una dirección, con la intervención de la sociedad que sea indispensable (81).

La Iglesia preconizó que la tutela es una obligación respecto de los intereses del menor y debe buscar el beneficio de éste. Ordenó que se ejercitara vigilancia sobre los actos del tutor y que cuando éste causara perjuicios al pupilo, pudiera el interesado ocurrir ante las autoridades para que se le removiera del cargo.

En la Edad Media existió un tipo de tutela para la administración del feudo, que a veces se daba conjuntamente con la del menor y que se llamaba tutela de Baliato. El derecho feudal estuvo más bien inspirado en el derecho germánico que en cualquier otro (82).

Esta breve síntesis histórica nos ha puesto de manifiesto que la institución de la patria potestad tal como se dio en Grecia y Roma, en relación con la que conocemos actualmente, ha sufrido cambios enormes y que ésta puede considerarse como diametralmente opuesta a aquélla.

Hemos visto también cómo en la Edad Media, los canonistas ya empiezan a vislumbrar la idea del derecho-deber relacionándola con la patria potestad, idea que Antonio Cicu ha llevado a su máxima expresión actual, iluminando con ella todo el ámbito del Derecho de Familia.

81.- Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

82.- Lino Rodríguez-Arias Bustamante, La Tutela, p. 64.

En cuanto a la tutela, al estudiar los perfiles que tuvo en Roma, encontramos que muchos de ellos están vivos en nuestro Derecho y que, probablemente, nada más han sido objeto de una reglamentación más a tono con las necesidades de la vida moderna, despojándoseles de aspectos superfluos y perecederos, pero conservando la estructura que tuvieron en aquellos tiempos.

CAPÍTULO V

DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA

De todas las instituciones del Derecho Civil, pocas o tal vez ninguna han sufrido las profundas modificaciones que a través de su evolución histórica, han variado y variarán todavía la organización jurídica de la familia.

No tomemos como punto de comparación con la familia actual -- las que existieron en Grecia y Roma, pues entonces las diferencias serían enormes en grado extremo. Tomemos a la familia mexicana organizada tal como lo estaba a mediados del siglo pasado y encontraremos que respecto de la que contemplamos, hay diferencias que saltan a la vista del menos perspicaz.

Las instituciones familiares del mundo, reguladas en sus inicios principalmente por el Derecho Pretorio y el Derecho Germánico, sufren después la influencia sucesiva del Derecho Canónico y del Código de Napoleón, habiéndose reflejado la de éste último en forma tan importante en muchas legislaciones europeas y americanas, que relegó, en el caso particular nuestro, a la legislación española que nos trajeron los conquistadores, que a su vez había desplazado a nuestro Derecho Indígena.

Dichas instituciones familiares, a través de todas esas influencias, fueron quedando tradicionalmente encuadradas en el ámbito del Derecho Privado; unas veces entregadas a sí mismas, otras, dominadas en varios de sus aspectos, principalmente en los del ma-

rimonio y la filiación, por las teorías de la Iglesia; hasta que rotas las murallas que las reducían, han tomado un acusado matiz comunitario en función del fin superior que constituye su aspiración, afirmándose con las características de instituciones de tipo sui generis, que han hecho pensar, según lo hemos expuesto, -- que el Derecho de Familia debe ocupar una categoría diferente al lado de las tradicionalmente establecidas.

Hemos esbozado las formas que asumía la patria potestad en los pueblos primitivos, en que se consideraba un verdadero privilegio dado en favor de quien la ejercía, y cómo en Roma constituyó el poder absoluto de una sola persona respecto de todos los miembros de la familia, mayores y menores, libres y esclavos, teniendo aparejado un arbitrio de vida o muerte sobre todos los que estaban sometidos a ella.

Vimos también que el Derecho Pretorio fue suavizando y modificando la organización de la antigua patria potestad, y que a su vez el Derecho Germánico y el Cristianismo la transforman sustancialmente. Se van cercenando poco a poco los derechos absolutos que implicaba la autoridad paternal y al mismo tiempo se les transforma en deberes que cumplir.

Con la Revolución Francesa y sus principios se promulga el decreto de 28 de agosto de 1792, que suprime la patria potestad tal como se la concebía en Roma, suprimiendo también muchas de las facultades otorgadas al poder paterno, y en particular el usu fructo concedido sobre los bienes de los hijos menores.

En 1804 se promulga el Código de Napoleón, que afirma que la patria potestad es una protección establecida en favor de los hijos, pero que por otra parte otorga al padre múltiples derechos y en particular el de usufructo legal sobre los bienes de sus hijos menores, que debe ser ejercitado en defecto suyo por la madre, como una manera de compensarles por los deberes de cuidado y administración a que quedaban sujetos (83). En otros aspectos de las relaciones entre ascendientes y descendientes realiza un verdadero reto al buen sentido y, a pesar de haber adoptado como punto de partida la doctrina del individualismo, producto de la época, se complace en negarlo en la forma más contundente. Como no había tomado en consideración los abusos de la patria potestad, sacrifica a los hijos a padres criminales, e infiriendo una deshonra más a la doctrina individualista, despoja a la madre de la patria potestad en provecho del progenitor. Por otra parte prevé la detención del hijo con mal comportamiento si el padre la solicitaba, y no contiene ninguna disposición referente al padre indigno o desobediado, y si acaso, algunos años más tarde, en 1810, el Código Penal remediaría esa omisión, prescribiendo que fueran castigados los ascendientes que en determinadas condiciones incitaran a sus vástagos a la corrupción.

Casi un siglo debía transcurrir para que la ley de 24 de julio de 1889 dispusiera en Francia que se privara de la patria potestad al padre que no la ejercitara debidamente. La acción del padre en el ejercicio de la potestad paternal, tal como estaba dispuesto en el Código napoleónico, no podía ser equilibrada por

83.- Luis Fernández Clérigo, El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, p. 278.

la acción de la madre, pues su artículo 373 ordena que sea el padre quien únicamente la ejerza durante el matrimonio, y como si esta disposición no fuera suficiente, el 384 prescribe que el usufructo legal de los bienes de los hijos hasta los dieciocho años, corresponde a quien ejerce la patria potestad (84).

El Código de Napoleón difundió ampliamente su doctrina por el mundo, pues, arquetipo de su época, fue seguido por casi todas las legislaciones de los pueblos latinos de Europa y por la mayoría de las repúblicas indoamericanas.

En cambio en los países de la Europa septentrional, se desarrolla una patria potestad atenuada por la influencia del Derecho de los pueblos germanos, con la característica esencial de impartir protección y ayuda a los menores. Las legislaciones que se orientan en este sentido, entre las cuales deben mencionarse la austríaca y la prusiana, imponen a los padres deberes que cumplir en vez de armarlos de enérgicos derechos, para lograr un mayor desenvolvimiento en la personalidad del niño.

El moderno Código Civil Alemán es uno de los que en mayor grado sigue esta orientación, pues si bien admite el usufructo legal del padre mediante una bien desarrollada teoría legal de los peculios, excluye de él muchos de los bienes pertenecientes al menor, en su artículo 1651. Además, el Tribunal Tutelar ejerce el control de la patria potestad y claramente deja determinado que es el interés del hijo el que tiene mayor importancia, no solamente con vista a la protección debida a los menores, sino con rela-

84.- Julián Bonnecase, La Filosofía del Código de Napoleón - aplicada al Derecho de Familia, p. 133.

ción a los fines sociales más altos.

Este código sigue el sistema de imponer a cada derecho que otorga al padre un deber correlativo en favor del menor, lo que hace más flexible y familiar la institución, y además, aunque en forma subordinada, hace que la madre participe de los cuidados que la patria potestad implica respecto de los hijos.

El Código Suizo, aunque trata de equilibrar la tendencia latina y la germana en materia de familia, asume en lo que respecta a la patria potestad, los mismos lineamientos que el Código Alemán. De este modo las reglas relativas a esta institución la hacen asemejarse a la tutela, concediendo a las autoridades tutelares una ingerencia por demás acentuada en el desarrollo de la patria potestad.

Las legislaciones inglesa y norteamericana siguen orientaciones semejantes a las del Código Suizo, tratan igualmente a la patria potestad como si fuera función tutelar sobre los menores, sometiendo a la vigilancia de autoridades y jurisdicciones especiales, no otorgando generalmente a los padres ningún derecho de usufructo sobre los bienes de sus hijos.

En estas legislaciones se han regulado en normas especiales los derechos de la madre y el control a que está sometida la patria potestad, así como las sanciones para los casos de incumplimiento y negligencia en que incurran los encargados de ella, determinándose también la forma en que deben actuar los organismos sociales encargados de vigilancia y protección.

El Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela, de la U.R. S.S., no regula propiamente la patria potestad, pues dicha institución no existe en su organización; pero encontramos que otorga conjuntamente a ambos padres un cuidado y guarda de los hijos, para su educación y alimentación, cuando existen, son conocidos y están de acuerdo en ejercerlo de esta manera (85); pues en caso de discrepancia, ordena también que sea la autoridad de tutelas quien, oídos los interesados, resuelva lo procedente (86).

Esta legislación, además de no regular, como hemos dicho, un verdadero derecho o deber de patria potestad, tampoco establece respecto del padre y de la madre la facultad de corregir y castigar a sus descendientes; ello, sin perjuicio de que las autoridades tutelares puedan adoptar las medidas que reclame la conveniencia o el interés de la educación del hijo (87).

Pero a pesar de que tan pocas y restringidas facultades concede a los padres, atendiendo a la protección del interés de los hijos que campea en su articulado, dispone el artículo 43 del ordenamiento antes citado, que aquéllos tienen la facultad de representar a éstos frente a la justicia y ante otras instituciones, sin perjuicio de que, al llegar el hijo a determinada edad antes de su mayoría, pueda contratar por sí mismo aprendizaje o trabajo, de acuerdo con las disposiciones que regulan estas materias (88).

Las legislaciones más adelantadas en este aspecto que veni--

85.- Luis Fernández Clérigo, El Derecho de Familia en la Legislación Comparada, p.p. 288-289.

86.- L. Fernández Clérigo, op. cit., p. 285.

87.- Ibidem, p. 298.

88.- Ibid., p. 300.

mos examinando son la soviética y la mexicana, según veremos más adelante al estudiar a ésta última.

En las modernas legislaciones del mundo, la patria potestad solamente rige hasta que los sujetos a ella adquieren la mayoría de edad, aunque algunas, como la española, prolongan sus efectos en forma leve después de adquirida esa mayoría. Por otra parte, - ha dejado de ser ese poder absoluto de tipo característicamente - privado, otorgado en favor del padre, para convertirse en una función tutelar para beneficio de los menores, con caracteres casi - públicos y eminentemente sociales, que se ejercita con el control más teórico que práctico de determinadas autoridades.

Tal como está regulada actualmente, y de acuerdo con la orientación doctrinaria de las legislaciones, podemos anotar tres diferentes tendencias:

I.- Aquellas que atribuyen la patria potestad y gran parte de los derechos inherentes a ella, exclusivamente al padre, acusando una evolución poco desarrollada, entre las que encontramos a la legislación francesa, la española, la italiana, la rumana y algunas latinoamericanas que siguen lineamientos de las anteriores.

II.- Aquellas más evolucionadas que establecen órganos y autoridades sociales para controlarla, considerándola una función tutelar y pública y que en alguna forma admiten la intervención de la madre, tales como la legislación alemana, la suiza, la inglesa y la norteamericana.

III.- Las que casi equiparan los derechos del padre y la madre en el ejercicio de la patria potestad, que se consideran las más

adelantadas por haber acentuado las características mencionadas - en el inciso anterior, entre las que se encuentran el Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela para las Repúblicas Soviéticas, y el mexicano para el Distrito y Territorios Federales (89).

No son numerosos los códigos que regulan con la debida amplitud y cuidado los deberes de educación e instrucción de los hijos, que los padres deben cumplir, y ninguno hace hincapié en la dirección moral que esa educación debe tener como requisito principal. Probablemente en épocas anteriores no fue necesario que una regla de Derecho ordenara a los padres que debían educar a sus hijos dentro de los principios de la más sana moral, pues el medio social estaba saturado de ella en una proporción bastante alta, pero ahora que esa proporción ha tenido un descenso alarmante, entendemos que es preciso que el Estado tome las medidas pertinentes.

El Código Suizo, que es el mejor orientado y el más cuidadoso de todos en este aspecto, dispone que el padre y la madre deben educar al hijo de acuerdo con sus posibilidades, dándole una instrucción adecuada si estuviera enfermo o fuera débil mental -- (art. 275).

Dispone también que el Tribunal de Tutelas a quien corresponda, debe vigilar y controlar el cumplimiento de esos deberes que establece el propio Código, pudiendo tomar a instancia de parte - o de oficio las medidas protectoras que juzgue necesarias para beneficio del hijo, cuando el padre y la madre no cumplieren los de

beres que les incumben, con arreglo a las disposiciones legales y a las circunstancias (art. 283).

El Código Suizo penetra hasta el ámbito de la educación religiosa de los menores, previniendo que el padre y la madre disponen igualmente la educación religiosa de su hijo, pero velando -- por su autonomía de conciencia; añadiendo con tal objeto, que son nulas las convenciones que limiten la libertad del hijo a estos -- respectos, disponiendo igualmente que a los dieciséis años cumplidos puede el hijo elegir por sí mismo su religión (art. 277).

El Código Alemán dispone que el cuidado y guarda de la persona del hijo incluye el derecho y el deber de educarle, de vigilarle y de fijar el lugar de su residencia; y que en el ejercicio -- del derecho de educación, el padre puede usar de los medios de corrección convenientes (art. 1588).

El Código Español no es más cuidadoso que el alemán, pues -- brevemente consagra el deber que tienen los padres de educar e -- instruir a sus hijos con arreglo a su fortuna, dando mayor importancia a la situación económica de los progenitores que a la orientación que debe tener la educación que impartan a sus hijos (art. 159).

El Código Peruano, uno de los más recientes, indica (art. -- 398) que es deber de los que ejercen la patria potestad, dirigir la instrucción profesional de los hijos conforme a su vocación y aptitudes, es decir, más bien se refiere al aspecto escolar de la educación sin preocuparse del moral (90).

El Código Soviético, bastante explícito a estos respectos, -- en su artículo 33 dispone que: "Los derechos paternos han de ejercerse exclusivamente en interés de los hijos, y en caso de ejercerlos en contra de lo establecido por las leyes, se concede al Tribunal la facultad de privar a los padres de sus derechos" (91). Luego, en su artículo 41, ordena: "Los padres han de cuidar de -- sus hijos menores de edad y en particular de su educación y preparación para actividades socialmente útiles" (92).

Al puntualizar el código que comentamos que los menores deben ser educados y preparados por sus padres para actividades socialmente útiles, está poniendo un límite definitivo al libre arbitrio que para educar a sus descendientes, dejan los otros códigos del mundo a sus progenitores.

Luego en su artículo 46 agrega: "En caso de incumplimiento -- por los padres de sus obligaciones o del ejercicio de sus derechos paternos, en contra de lo establecido por las leyes, así como en el caso de trato cruel a los hijos, el Tribunal resolverá -- separar a los hijos de sus padres y ponerlos bajo la tutela de -- los organismos de tutela y curatela. El Tribunal puede atribuir -- a ambos padres la obligación de mantener a los hijos"

Se advierte del último párrafo del artículo 46, que el Tribunal podrá imponer a ambos padres de los menores a quienes se haya separado de su lado, la obligación de continuarlos alimentando a pesar de esta medida.

91.- Miguel Lubán y otros, Legislación Soviética Moderna, p. 35.

92.- M. Lubán, op. cit., p. 36.

Igualmente, el código que venimos estudiando autoriza a los organismos de tutela y curatela, para adoptar antes de la resolución del Tribunal en el sentido de separar a los hijos de sus padres, una resolución semejante para alejarlos de ellos o de las personas bajo cuya tutela se encontraren, si la permanencia a su lado fuera peligrosa para los niños (93).

La tutela, en la forma en que la establecen las legislaciones modernas, ha dejado de ser una institución destinada a cuidar exclusivamente del patrimonio del menor, con vista a la posibilidad del tutor de sucederles hereditariamente; para asumir un concepto de representación legal, de guarda, cuidado y educación de la persona, al mismo tiempo que de administración de sus bienes. La función del tutor no encuentra su fundamento en la voluntad de los padres del menor, ni en la del consejo de familia que admiten algunas legislaciones, ni en las disposiciones legales reflejo de la voluntad del Estado; ya que la tutela responde a una necesidad que tiene su base en la naturaleza misma de los seres y debe organizarse conforme a la misma, por lo que en las reglas de Derecho que la establecen debe ser expresión clarísima de los mandamientos de la ley natural.

Hemos dicho antes que la tutela actual atiende a razones de menor edad, enfermedades y condenas penales, pero en este trabajo sólo examinaremos la que se da por la primera razón, en una de sus especies.

Dos son los sistemas que orientan la organización de la tute

la en las modernas legislaciones. El primero se basa en el principio de que el individuo constituye por sí mismo un Estado individual, que existe paralelamente con el Estado social (94), (familiar o doméstico, municipal, nacional, etc.), tan autónomo el primero como los segundos, e igualmente indivisibles, en su vida y derechos internos; sin desentenderse de que las relaciones de subordinación que deben existir respecto de todos entre sí, atendiendo a su jerarquía, mantienen una esfera de actividad propia especificada en funciones (legislativa, ejecutiva, etc.) que deben ser ejercitadas por sus propios órganos, sin que ningún Estado extranjero pueda subrogarse en esta actividad interna propia de su privativa esfera; de donde la familia debe considerarse un Estado -- tan soberano como el Estado Nacional.

Este principio fue el que animó el postulado de la autonomía de la voluntad, base del individualismo, que reconoció a la familia autonomía jurídica dentro de su propia esfera, por lo que conforme a estos puntos de vista, la tutela debe ser organizada de modo que en el seno de la propia familia debía formarse el órgano supremo y fundamental de aquélla.

El Código de Napoleón, movido por estos fines, instituyó el consejo de familia como asamblea deliberante y suprema para regir la vida de la tutela, junto con el "subrogé tuteur" que debe actividades de fiscalización, y que unidos a su vez al tutor a quien se conceden funciones ejecutivas, complementan los elementos de que consta el sistema de tutela de familia (95). Con la influen--

94.- Costa; Teoría del Hecho Jurídico Individual y Social, - p. 69 y s., citado por Eloy Escobar de la Riva, La Tutela, p. 10.

95.- Eloy Escobar de la Riva, La Tutela, p.p. 11-12.

cia que, como hemos afirmado, tuvo el napoleónico en la formación de los códigos civiles de numerosos países, podremos comprender - lo extendido que está dicho sistema.

El otro sistema es el de autoridad, que parte del principio de que la organización de la tutela atiende a un interés superior familiar, que es al mismo tiempo el de toda la colectividad, por lo que el Estado lo asume como interés propio. Organizan la tutela conforme a este principio los códigos de Alemania, de Suiza, - el de Italia, que en 1938 introdujo la importante innovación de - concentrar en el Juez de Tutelas los poderes de la organización, dirección, vigilancia, decisión y autorización, necesarios en la marcha de la tutela, y, además, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales (96), que es modelo de la mayor parte de los que rigen en los otros estados de la República Mexicana.

Hay un tercer sistema denominado mixto, que participa en -- conjunto de caracteres de los dos sistemas antes mencionados, en el que están comprendidos los códigos de Costa Rica, Chile, Para guay, Uruguay y Argentina. (97).

96.- E. Escobar de la Riva, op. cit., p. 12.

97.- Castán, Hacia un Nuevo Derecho Civil, t. I., p. 208, ci tado por E. Escobar de la Riva, op. cit., p. 14.

CAPÍTULO VI

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA LEGÍTIMA EN NUESTRO DERECHO

Sumario:

- a).- DERECHO COLONIAL. Legislaciones que lo integraron.
- b).- MÉXICO INDEPENDIENTE. Siglo XIX: Leyes de Reforma, Proyecto de Justo Sierra. Código Civil de 1870. Código Civil de 1884. Siglo XX: Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Código Civil de 1928. Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

CAPÍTULO VI

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA LEGÍTIMA EN NUESTRO DERECHO

Sumario:

- a).- DERECHO COLONIAL. Legislaciones que lo integraron.
- b).- MÉXICO INDEPENDIENTE. Siglo XIX: Leyes de Reforma, Proyecto de Justo Sierra. Código Civil de 1870. Código Civil de 1884. Siglo XX: Ley sobre Relaciones Familiares de 1917. Código Civil de 1928. Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

CAPÍTULO VI

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA LEGÍTIMA EN NUESTRO DERECHO

El territorio que hoy ocupa la República Mexicana fue primitivamente sede de varios pueblos indígenas, los cuales, después de consumada la conquista de Anáhuac, quedaron sometidos a la dominación española, que hizo un desplazamiento casi general de sus instituciones jurídicas. La Colonia que la Corona formó con esos territorios recibió el nombre de Nueva España.

Varias han sido las legislaciones que han tenido imperio en el territorio de nuestra patria. Trataremos de examinarlas en forma sucinta.

El Derecho Indígena, que rigió a los pueblos anteriores a la conquista, influyó con alguna importancia en la legislación del México colonial, ya que ésta confirmó muchos usos y costumbres de los pobladores nativos, siempre que no se opusieran a la religión católica, ni a la Legislación de Indias (98).

Pero esa influencia es casi nula en la legislación posterior al México independiente, sobre todo en lo concerniente al Derecho Privado, cuyas instituciones están informadas en otros antecedentes, como se verá después y ya ha sido apuntado. Tal vez en la Legislación Agraria sí encontremos alguna reminiscencia: del "Calpulli", de nuestros antepasados.

98.- Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, Libro 20., título 10., Ley IV, de 6 de agosto de 1555, p. 218, y libro 50., título 20., Ley XXII de 12 de julio de 1530, ps. 120 y 121.

En los diversos territorios indígenas con que se formó la Nueva España, rigió en un principio el derecho común vigente en la Metrópoli, e igual sucedió con las otras colonias españolas de América.

Más tarde los reyes expiden una legislación especial, para todas sus posesiones americanas, y otras destinadas particularmente para alguna o algunas de ellas.

De esta suerte el Derecho Colonial de Nueva España se integró del modo siguiente:

- a).- Con las leyes españolas, que tienen vigencia en su territorio.
- b).- Con las leyes dictadas para todas las Colonias de España en América.
- c).- Con las leyes expedidas especialmente para ellas.

Pero, realmente, el núcleo principal de todo ese derecho -- que tuvo vigencia en el ámbito novohispano, lo constituyó el existente de antemano en la Metrópoli, por lo que es conveniente analizar sus antecedentes.

Los primitivos pobladores de la Península Ibérica fueron -- los pueblos celtas e iberos, cuya organización jurídica tiene rasgos de importancia, ya que conocieron el matrimonio monogámico y el contrato de esponsales que lo precedían, practicando además un régimen de propiedad comunal, según muchas probabilidades.

Sin embargo, con la colonización de que fueron objeto por -

parte de los fenicios y los cartagineses, sus instituciones jurídicas sufrieron el primer impacto, seguido del que les produjo el dominio de Roma, que convierte a Iberia en una de sus provincias, haciendo que el Derecho Romano se aplicara en el territorio conquistado.

Cuando la Península Ibérica fue posteriormente invadida por los bárbaros, sus instituciones jurídicas sufren nuevamente la influencia extranjera, ya que los godos hacen coexistir su derecho - al lado del ibero.

Es el Código de Eurico, probable obra de juristas romanos - que lo elaboraron bajo la dirección del Ministro de ese nombre, - (467-485), la primera muestra que se conoce en Iberia del Derecho godo. Surgen después el Código de Alarico o Breviario de Aniano - (506), y otro con marcada influencia romana, el de Leovigildo - (568-586), pero esos Códigos no lograron opacar la grandeza del Fuero Juzgo (554), producto de la conjunción del derecho romano y del germánico, en el que cobró importancia suma el primero, suavizada a su vez por la filosofía del Derecho Canónico. Es el Fuero Juzgo el primer cuerpo de leyes que rigió para vencedores y vencidos (99).

La patria potestad en el derecho hispano-godo, no estaba basada en los principios que fundamentaron la que fue contemplada - por derechos anteriores, en él los hijos quedaban sujetos tanto a la potestad paterna como a la materna, y el padre ya no los podía

99.- Trinidad García. "Apuntes de Introducción al Estudio - del Derecho", p. 64.

vender, como acontecía en el Derecho Romano.

Con la invasión árabe, que trató de arrojar de España el do minio godo, se inició un movimiento de conquista y reconquista, -- que permitió que el Fuero Juzgo continuara teniendo vigencia en su territorio, pero la falta de unidad no permitió echar de una vez -- por todas al invasor y prohió la decadencia de la unidad jurídi-- ca; con ella, los Fueros Municipales, que comenzaron a tener vida en el siglo VIII, cobraron importancia, como manifestaciones de -- fuerza de las distintas regiones y ciudades, que se oponían a la -- exagerada influencia política de la nobleza y a la omnipotencia -- del poder central. Ejemplo de estos cuerpos de leyes es el Fuero -- Viejo de Castilla, modificado durante el reinado de Pedro I, en el siglo XVI, cuya importancia es más bien histórica, ya que es un mo delo de incongruencia, pues comprende disposiciones que abarcan to das las ramas del Derecho.

Bajo el reinado de Alfonso X, tuvieron vigencia el Fuero -- Real (1254), prototipo del antiguo Derecho Español, El Espéculo, y las Partidas (1256-1263), que presentan en cambio una acusada in-- fluencia romano-canónica. El Espéculo, que no llegó a tener carác-- ter de ley, es una especie de antecedente de las Partidas, y éstas sólo lo tuvieron en virtud del Ordenamiento de Alcalá que así lo -- dispuso. Las leyes dictadas por Alfonso X se completan con la ju-- risprudencia, para la aplicación del Fuero Real, contenida en las Leyes de Estilo (100).

El Derecho expedido por este rey se singularizó por su uni--

100.- García, Trinidad. Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, ps. 65 y 66.

dad, alejándose del vicio en que cayeron los Fueros, y se complementó con el Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI y con las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento Real, dictado con autoridad por los Reyes Católicos.

Las Siete Partidas, aun cuando no constituyeron un monumento legislativo, como los de los juristas romanos, es una magna obra del derecho español, que tiene una gran importancia para el derecho mexicano, por haber regido en nuestro territorio cuando aún no habían surgido los legisladores mexicanos, posteriores a la consumación de la Independencia. En materia de patria potestad, se inspiraron en el Derecho Romano, pues mientras la ley 3a. Título 17 - Partida IV, declaraba que el poder paterno no es como el que tiene el Señor sobre sus esclavos, ni semejante a la jurisdicción de los magistrados, ni a la sumisión que se debe al Obispo; sino que la potestad se toma por "Ligamiento de Reverencia, e de subiecion e de castigamiento que debe haber el padre sobre su hijo". Las leyes 2a. y 8a. del mencionado título no permitían a la madre el ejercicio de la patria potestad y autorizaban al padre para que vendiera en caso de miseria extrema, y de comérselo antes que entregar el castillo sin mandato de su señor.

Sin embargo, estas leyes no llegaron a otorgar al padre el derecho de vida o muerte que tenía el "pater familiae" romano sobre la persona del hijo, pero tampoco pusieron término al ejercicio de la patria potestad, ya que ni la mayor edad, ni el matrimonio, impedían que se prolongara. Fueron las Leyes de Toro, precisamente - la 47, en donde se ordenó que eran libres o emancipados de la patria potestad, los que se velaran o casaran de acuerdo con los or-

dad, alejándose del vicio en que cayeron los Fueros, y se completó con el Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI y con las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento Real, dictado con autoridad por los Reyes Católicos.

Las Siete Partidas, aun cuando no constituyeron un monumento legislativo, como los de los juristas romanos, es una magna obra del derecho español, que tiene una gran importancia para el derecho mexicano, por haber regido en nuestro territorio cuando aún no habían surgido los legisladores mexicanos, posteriores a la consumación de la Independencia. En materia de patria potestad, se inspiraron en el Derecho Romano, pues mientras la ley 3a. Título 17 - Partida IV, declaraba que el poder paterno no es como el que tiene el Señor sobre sus esclavos, ni semejante a la jurisdicción de los magistrados, ni a la sumisión que se debe al Obispo; sino que la potestad se toma por "Ligamiento de Reverencia, e de subiecion e de castigamiento que debe haber el padre sobre su hijo". Las leyes 2a. y 8a. del mencionado título no permitían a la madre el ejercicio de la patria potestad y autorizaban al padre para que vendiera en caso de miseria extrema, y de comérselo antes que entregar el castillo sin mandato de su señor.

Sin embargo, estas leyes no llegaron a otorgar al padre el derecho de vida o muerte que tenía el "pater familiae" romano sobre la persona del hijo, pero tampoco pusieron término al ejercicio de la patria potestad, ya que ni la mayor edad, ni el matrimonio, impedían que se prolongara. Fueron las Leyes de Toro, precisamente la 47, en donde se ordenó que eran libres o emancipados de la patria potestad, los que se velaran o casaran de acuerdo con los or-

denamientos de la madre iglesia (101).

Desde 1505, los Reyes Católicos habían ordenado la elaboración de unas leyes que pusieran término a las contradicciones existentes entre las diversas legislaciones del reino, que eran -- más notables en materia civil, originándose por este motivo las -- Leyes de Toro, que junto con las otras leyes expedidas con posterioridad y que tuvieron vigencia en el territorio español, se reunen en la llamada Nueva Recopilación (1567). Esta obra tuvo por -- objeto refundir en un solo Código todo el Derecho Positivo, pero no logró su finalidad.

Cuando al contenido de la Nueva Recopilación se agregaron -- las leyes que se fueron emitiendo posteriormente, en una diferente codificación, se produjo la Novísima Recopilación (1805), que incurrió en los mismos vicios de la anterior y no marcó ningún adelanto ni trascendencia esencial en materia de Derecho Privado.

Las leyes de la Metrópoli, que tuvieron vigencia en nuestro país durante la dominación española, se aplicaron de acuerdo con lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá, que respetó las Leyes de Toro y las Recopilaciones. En las postrimerías de la Colonia -- se observó, en primer lugar, la Novísima Recopilación, y en lugares subsiguientes, por razones prácticas, el Fuero Real, los Fueros Municipales, no teniendo éstos últimos, por razón natural, -- una aplicación generalizada. La aplicación de las leyes antes mencionadas se complementó con las Leyes de Partidas.

101.- Mateos Alarcón, Manuel. Lecciones de Derecho Civil, --
p. 273.

Del Derecho creado especialmente por España para que rigiera en sus colonias, tuvieron aplicación en el territorio novohispano, las Leyes de Indias, expedidas por Isabel la Católica, y recopiladas por Carlos II en 1680. Estas leyes contienen fundamentalmente disposiciones de Derecho Público, y son en las que se manda que las Colonias de América se rijan principalmente por la Recopilación de Indias y por todas las demás disposiciones dictadas para esos territorios, y supletoriamente por las Leyes de Castilla, de acuerdo con la prelación que establecieron las Leyes de Toro.

El rey Carlos III dio en Madrid, el 4 de diciembre de 1786, la Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Ejercito y Provincia en el Reino de la Nueva España, que contiene disposiciones de Organización Judicial, Política y Administrativa y -- persiguen como fin principal unificar la jurisdicción, suprimiendo los Corregimientos y Alcaldías Mayores (102).

Esta Ordenanza es una de las leyes dictadas especialmente para la Nueva España.

Una vez consumada la Independencia, la República continuó aplicando el derecho colonial; sobre todo en materia civil, se siguieron utilizando las Partidas hasta 1859, en que Juárez promulgó en Veracruz las Leyes de Reforma, que modificaron muchos y muy importantes aspectos del Derecho Privado.

Juárez encargó a Justo Sierra, en el propio año de 1859, la redacción de un proyecto de Código Civil, que fue terminado y pu-

102.- Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes, etc., ps. 409 y 410.

blicado en 1861. Sirvió de guía para escribirlo el proyecto de Código Español formulado por García Goyena, el cual a su vez se basó en el Código de Napoleón.

El proyecto de Justo Sierra tuvo gran influencia en la redacción del Código Civil mexicano de 1870, que entró en vigor el 1.º de marzo de 1871. Tiene sus fuentes de inspiración más importantes en los Códigos Francés y Portugués, y en el proyecto de García Goyena, aunque también toma antecedentes del Derecho Romano y de los Códigos de Cerdeña, Austria y Holanda.

El mencionado Código, al disponer en sus artículos 390 y 391 que los hijos menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes correspondiera ejercerla según la ley, y que aquélla se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los ilegítimos o reconocidos, nos da la idea de que consideró en general a la patria potestad como una suma de poderes otorgados a los padres respecto de la persona y de los bienes de los hijos; en lo que también está de acuerdo su comentarista Mateos Alarcón cuando afirmó que, en sentido estricto, la patria potestad es el derecho que tienen los padres de educar a sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes (103).

Sin embargo, del articulado contenido en el capítulo denominado "De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos", concluimos que otorgó a los padres tres tipos de derechos y una sola obligación:

103.- Mateos Alarcón, Manuel. Lecciones de Derecho Civil, p. 272.

- a).- El derecho de vigilarles.
- b).- La obligación de educarles.
- c).- El derecho de corregirles.
- d).- El derecho de representarles en juicio y darles su consentimiento para contraer obligaciones.

El derecho de vigilancia estaba sancionado en el artículo 394 del Código Civil de 1870, que indica que mientras el hijo esté bajo la patria potestad no podrá dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste o decreto de autoridad competente. Efectivamente, teniendo el padre la obligación de educar al hijo, y entendiéndose racionalmente por educación el desarrollo de las facultades morales, intelectuales y físicas del menor, y no solamente lo primero, como manifiesta la mayoría de los tratadistas que se ocupan de este tema y todas las legislaciones, un control completo y lo más exacto posible de todos y cada uno de los actos del menor de edad, y para que ese control fuera efectivo, éste tenía la obligación de vivir a su lado.

El menor solamente podía abandonar la casa del que ejercía la patria potestad, con su permiso o con el de la autoridad competente, de donde es fácil concluir, que si por algún motivo llegaba a alejarse de ella, sustrayéndose al derecho de educación, el padre podía ocurrir a la autoridad administrativa para que lo reintegrara a su lado.

Pero podía darse el caso de que el menor abandonase la casa - en que debía vivir, debido a los malos tratos del que le tuviera -

bajo la patria potestad, entonces la propia autoridad administrativa estaba autorizada para poner en conocimiento del C. Agente del Ministerio Público tal circunstancia, para que procediera conforme a sus facultades.

El derecho de vigilancia llevaba implícitas todas las atribuciones para obtener una debida conformación moral e intelectual -- del menor.

La obligación de educación, a pesar de que el artículo 395 -- del Código que se comenta la establece en forma textual, es considerada indebidamente por el tratadista Mateos Alarcón como un derecho (104).

Ya se ha dicho que esta obligación se traduce en la orientación racional del desarrollo de las facultades morales e intelectuales de la persona sujeta a la patria potestad, de tal suerte -- que, cuando el artículo que se ha citado dice textualmente que "al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente", parece ambiguo, ya que tratándose de una obligación de tanta trascendencia, debía puntualizar sobre los aspectos que abarca esa educación: moral, intelectual y físico.

Esa falta de precisión de que adolece el artículo mencionado, que se repite en la mayoría de los Códigos del mundo en la actualidad, es causa de que la doctrina al referirse al derecho de educación, haga hincapié exclusivamente en el aspecto intelectual de la misma, para determinar si el padre o quien ejerce la patria potes-

104.- Mateos Alarcón, Manuel. Lecciones de Derecho Civil, p.

tad, puede imponer una carrera al menor o dejarle elegir, pero sin referirse jamás a los otros dos aspectos que se han aludido.

El derecho de corrección se encontraba consignado en los artículos 396, 397 y 398 del Ordenamiento estudiado, y los mismos establecen que el padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente; que para el ejercicio de esta obligación, las autoridades lo auxiliarán de manera prudente y moderada cuando sean requeridas para ello, y que dicha facultad será asumida en defecto del padre, por el ascendiente a quien corresponde el ejercicio de la patria potestad de acuerdo con la designación que contiene el artículo 392.

De lo dicho se infiere que dio un nuevo concepto de la institución, mucho más avanzado que el contenido en las Partidas, que le precedieron en vigencia, y mucho más flexible que el establecido por el Código napoleónico.

Este derecho era concomitante del de vigilancia y de la obligación de educación. Se puede afirmar que uno sin los otros no podría dar los resultados apetecidos y su mecanismo se reduciría a una breve fórmula: vigilar para educar y educar corrigiendo.

Este derecho, tal como lo estableció el artículo 396, debía ser ejercitado con el equilibrio y la inteligencia necesarios para no caer en vicios que acercaran a la patria potestad a las formas que tuvo en la antigüedad, pero no creemos que debiera usarse de él sin rigor como quieren algunos juristas. Claro que ese rigor debería ser como lo aconseja Lord Chesterfield, "Suaviter in modo, - fortiter in re", suave en el modo, fuerte en la sustancia. "El "sua

viter in modo" degenerará en complacencia tímida y abyecta, si no se sostiene y dignifica con el "fortiter in re", que también tocará en el extremo opuesto de impetuosa brutalidad si no se temple y neutraliza con el "suaviter in modo", aunque sea rara la combinación de ambos" (105).

Cuando las faltas que el hijo cometiera fueran de tal manera graves que debieran ser reprimidas con severidad, el padre tenía la facultad de ser auxiliado y respaldado en el ejercicio de sus funciones por la autoridad pública, quien debería prestarle auxilio al ser requerida para ello, también en forma moderada y prudente, según la ambigua expresión que utiliza. En la época de vigencia de este Código, no tenemos noticia de que existiera ninguna disposición más a este respecto; probablemente no se necesitaba, porque las condiciones etnográficas y sociales eran diferentes de las actuales y los padres cumplían debidamente su cometido. Sin embargo, en Francia, desde mucho tiempo antes existían disposiciones que facultaban al padre y con alguna diferencia a la madre, para que si tenían motivos de grave descontento respecto del hijo, y éste era menor de dieciséis años, el primero, por vía de autoridad, podía hacerlo detener por un espacio de tiempo no mayor de un mes, debiendo librar el Presidente del Tribunal auto de formal prisión en su contra a pedimento del progenitor.

Desde los dieciséis años hasta la mayor edad o emancipación, el padre únicamente podía obtener la detención del menor por seis meses a lo sumo, con autorización judicial, quien después de con-

105.- Conde de Chesterfield, en Cartas completas de Lord --
Chesterfield a su Hijo Felipe Stanhope, p. 430.

ferenciar con el Ministerio Público, debía librar o negar la orden de arresto, pudiendo reducir el tiempo de prisión solicitado por el progenitor. La madre, en ambos casos, sólo podía obtener la detención por la segunda forma, y tanto ella como el padre quedaban obligados a subvenir a las necesidades del hijo detenido, y podían reducir el tiempo de la detención (106).

El legislador de 1870 no consideró prudente, tal vez por los motivos antes mencionados, seguir estos derroteros que consignaba el Código de Napoleón.

El derecho de representar a los menores en juicio y darles su consentimiento para contraer obligaciones, se encuentra establecido en el artículo 399, y se daba a quienes ejercían la patria potestad como un complemento de los derechos y de la obligación que se viene estudiando. De nada hubiera servido el control sobre la persona del hijo, que establecen los artículos anteriores, si hubiera podido libremente y por sí contestar demandas, ser objeto de querellas y asumir toda clase de obligaciones a espaldas de los encargados de su guarda y educación. Además este derecho es complemento también de los que se les otorgaban respecto de los bienes del menor.

Respecto a las personas que debieran ejercer la patria potestad, dispone el artículo 392 que son por su orden:

- 1.- El padre.
- 2.- La madre.

106.- Bonnacase, Julián. Elementos de Derecho Civil, ps. 474 y 475.

- 3.- El abuelo paterno.
- 4.- El abuelo materno.
- 5.- La abuela paterna.
- 6.- La abuela materna.

Y que solamente por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrarían a ejercerla los que le siguen, en el orden establecido (art. 393).

Otra particularidad del Código que se examina, es la de que facultaba a la madre, a los abuelos y abuelas, para renunciar a su derecho a la patria potestad o su ejercicio, en cuyo caso recaería en el ascendiente a quien correspondiera de acuerdo con la prelación anterior a derecho (art. 424). Lo singular de esta disposición es que no sujeta dicha renuncia a condición de ninguna especie, lo que nos hace pensar que este Código, por la influencia del derecho español y del Código napoleónico, continuaba a pesar de sus disposiciones de otra índole, considerando que en la persona del padre era en donde la institución encontraba su máximo exponente, y que respecto de las otras personas llamadas a su ejercicio, carecía de importancia que efectuasen o no la función. Aún más, el artículo 425, complementando al anterior, disponía que la persona que renunciaba a la patria potestad, no podía volver a ejercerla.

El hecho de dar a luz a un hijo ilegítimo, y el de contraer segundas nupcias, eran también causas de pérdida de los derechos de patria potestad en el Código Civil de 1870, y motivo, en su caso, de que se abriera la tutela legítima (arts. 426-427).

Lejos estaba este cuerpo de leyes de considerar los derechos que otorgan las relaciones familiares, como verdaderos deberes en función del interés de la familia, diferente del interés individual de sus miembros, junto a los cuales se encuentra el interés superior del Estado, quien tiene verdadero empeño en que las funciones que derivan de la relación familiar se cumplan estrictamente en la forma debida.

Sin embargo, el legislador de 1870 vislumbraba ya la necesidad de que los efectos de la patria potestad, respecto de las personas de los hijos, se realizaran adecuada y concienzudamente, -- cuando en su artículo 417 disponía que los Tribunales podían privar de ella al que la ejercía o modificar su ejercicio, si no educaba, o imponía preceptos inmorales o daba consejos o ejemplos corruptores a quienes se encontraran bajo su ámbito (art. 417).

En cuanto a la tutela legítima de los menores, expresamente disponía que en caso de suspensión, pérdida o impedimento de quien debía ejercer la patria potestad, había lugar a abrirla, que debería recaer, en primer lugar, en los hermanos varones, prefiriéndose se a los que lo fueran por ambas líneas y en segundo, por falta o incapacidad de los mencionados, en los tíos, hermanos del padre o de la madre (art. 546), dejando además una amplia libertad de acción al Juez, para elegir al tutor legítimo más apto, en caso de que hubiera varios hermanos de igual vínculo o varios tíos del -- mismo grado (art. 547).

Observamos que el espíritu del ordenamiento que se comenta -- buscaba ya, en la naturaleza de los seres, la orientación para --

designar a las personas capaces de sustituir a quienes tuvieran el ejercicio de la patria potestad, en caso de que se les desposeyera de ella por no ejercitarla en forma debida.

El Código Civil de 1884, que modificó en algunos aspectos al de 1870, pero que por el hecho mismo de su expedición catorce años después, deja de manifiesto que aquél no llenaba su cometido, fue promulgado por don Manuel González, comenzando a tener vigencia el primero de junio de 1884, derogando toda la legislación civil expedida con anterioridad.

Del articulado contenido en el capítulo que hemos estudiado - del Código anterior, sólo modificó al artículo 397, ampliando el ejercicio de todas las demás facultades que la ley concedía a los padres, el auxilio que las autoridades debían prestarles con objeto de llevarlo a cabo, siempre que lo requirieran; dejándoles por consiguiente la obligación y la suma de derechos que aquél les confería (que ya hemos estudiado pormenorizadamente), sin modificación de ninguna especie (arts. 363 y sigts.).

Igualmente, no introdujo modificación de ninguna índole en la designación de las personas que debían ejercer la patria potestad, y que podían ejercerla la madre, los abuelos y las abuelas, dejando subsistentes las mismas disposiciones (arts. 397 y 398).

La tutela legítima ocupa la segunda categoría entre las diversas clases de tutela, ya que tiene preferencia sobre ella la tutela testamentaria, en la cual la designación del tutor es realizada en su testamento por quien tenía el ejercicio de la patria potestad.

En cambio, la tutela legítima, que por disposición de la ley recae en los parientes más próximos del menor con la preferencia - que la propia ley determina, de tal suerte que está basada en la - naturaleza misma de los seres, ya que nadie cuidaría con mayor celo de la persona y bienes del tutelado, que aquellos que están ligados a él por el vínculo de la sangre, sustituyéndose, por razón natural, al afecto, celo y cuidados de los llamados a ejercer la - patria potestad.

El Código de 1884 no modificó la forma en que el de 1870 regulaba esta institución, pues la única diferencia que introdujo fue agregar en su artículo 447, equivalente al 547 de este último ordenamiento, la facultad del menor que hubiere cumplido catorce años, para designar tutor legítimo.

Se abría la tutela legítima, según el artículo 445 del Código que se estudia: I.- En los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad o de impedimento del o los que deban ejercerla; II.- Cuando no hay tutor testamentario, y III.- Cuando deba nombrarse tutor a causa de divorcio.

Como regla general, se debe advertir que la patria potestad - es excluyente de la tutela, de manera que la tutela legítima no se abre sino cuando no haya persona que deba ejercer la patria potestad, bien porque todos hayan desaparecido, o bien, porque los que existan hayan sido condenados a perderla en los casos previstos -- por la ley.

Los llamados a ejercer la tutela legítima en el ordenamiento

que se estudia eran: I.- Los hermanos varones, prefiriéndose a los a los que lo fueran por ambas líneas, y II.- Por falta o incapacidad de los hermanos, los tíos, hermanos del padre o de la madre -- (art. 466).

Se daba preferencia a los hermanos varones, porque siendo indudablemente el afecto fraternal el que sigue en intensidad al paterno, son los hermanos los más indicados para ejercer las funciones de los padres y abuelos que ya no existen. Además, se prefería a los varones porque en esa época, como en la de vigencia del Código anterior, se consideraba que el sexo masculino tenía superioridad sobre el femenino, para todos los actos de la vida.

Se prefería a los hermanos que lo fueran por ambas líneas a los medios hermanos, indudablemente porque se suponía que los primeros desarrollarían en mayor grado su afecto y cuidados, en todo lo concerniente a la persona y bienes del tutelado, desentendiéndose completamente de razones de edad, siempre que fueran aptos para el desempeño de la tutela.

Por los mismos motivos, a falta de hermanos se hacía recaer la tutela legítima en los tíos, hermanos del padre o de la madre, en este caso sin preferencia de ninguna especie, ya que el Juez, - igual que para el caso de que hubiera varios hermanos en las mismas condiciones de ejercerla, podía designar en ambas hipótesis al que le pareciera más apto, con la salvedad en este Código de que, si el menor había cumplido catorce años, como ya se indicó, sería él quien hiciera la elección.

Si por cualquier motivo o circunstancia el llamado se encontraba ausente y su ausencia debía prolongarse, o no había adquirido la mayoría de edad, esa ausencia o falta de capacidad temporales, se suplía en los términos que se han dejado detallados de acuerdo con lo dispuesto por los artículos que hemos venido mencionando, (art. 448), sin perjuicio de que al estar presente o capacitado, el abogado ocupara desde luego su cargo, cesando de inmediato el designado para suplirlo.

La Ley sobre Relaciones Familiares, que fue promulgada por don Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, vino a modificar muchos de los aspectos del Derecho de familia, tal como estaban regulados en el Código de 1884, otorgando determinadas prerrogativas a la mujer, con ánimo de borrar la situación de inferioridad en que se encontraba respecto del hombre, tanto en dicho Código como en las legislaciones anteriores. Modificó también las disposiciones referentes al matrimonio y las que regían respecto a la legitimación, para proteger la filiación de los hijos naturales, suprimiendo la designación de espurios.

Introdujo la adopción, no consagrando con ello la libertad de contratación como se afirma en su capítulo de consideraciones (107), pues se la sujetó a una serie de formalidades, en que se daba al Juez una intervención preponderante, pero, eso sí, dando un paso enorme dentro del terreno de la protección de los menores, que en esta forma encontraron quizá un hogar, afectos y orientación que antes de ser adoptados no tenían.

107.- Pallares, Eduardo. Ley de Relaciones Familiares comentada, etc., p. 30.

El fin del legislador al dictar esta ley fue sin duda el de hacer llegar, en forma rápida, a la masa social, las ventajas derivadas de las innovaciones que en ella introdujo, que de otra manera, sólo hubiera alcanzado su objeto tardíamente mediante el sistema de reformas al Código Civil.

En su Capítulo Décimo Quinto, denominado "De la patria potestad", que consagra los mismos derechos y la obligación de los padres, respecto de las personas de sus hijos (arts. 238 y 246), que el anterior Código regulaba en sus artículos 363 y 373, introdujo algunas variaciones e hizo supresiones:

a).- Sustituyó el artículo 363 del Código de 1884, con su artículo 240, que dispone que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los legitimados, de los naturales y de los adoptivos, dando fin, en esta forma, a la limitación contenida en el artículo sustituido y permitiendo que se extendieran a todos los hijos, los beneficios de la potestad paterna, al suprimir la designación de espurios, equiparándolos con los naturales.

b).- El artículo 366 del Código citado fue sustituido por el artículo 241, modificando el orden de las personas que aquél designaba para asumir la patria potestad, disponiendo que ésta se ejercía por: I.- El padre y la madre; II.- El abuelo y la abuela paternos; III.- El abuelo y la abuela maternos; igualando en esta forma los derechos del hombre y la mujer, acabando de una vez por todas con la situación de inferioridad en que se encontraba en estos aspectos, aunque en una forma más atenuada que la que se conoció en

el Derecho Romano.

c).- Sustituyó también el artículo 367 del Código por su artículo 242, dando mayor generalidad a la disposición en aquél contenida, cuando dice: "solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán en el ejercicio de la patria potestad, los que sigan en el orden establecido en el artículo anterior", suprimiendo por consiguiente el agregado que aquél contenía en el sentido de que, en caso de renunciar la madre o los abuelos al derecho de ejercer la patria potestad, los sustituiría el que les siguiera en el orden que establecía.

d).- Resumió en su artículo 244, los artículos 369 y 370 del Código, modificando su sentido como consecuencia natural de la igualdad en que colocó a la madre y a las abuelas para entrar al ejercicio de la patria potestad, al mismo tiempo que sus maridos. - De tal suerte dicho artículo disponía que a los que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbía la obligación de educarle convenientemente y tenían, al mismo tiempo, la facultad de corregirlo y castigarlo templadamente y con mesura. Como consecuencia lógica de esta modificación, suprimió el artículo 372 del Código anterior.

e).- Suprimió también el derecho que la madre tenía para renunciar a la patria potestad, que si era un derecho en los Códigos de 1870 y 1884, hemos visto que estaba muy lejos de parecerlo, en la moderna filosofía que se desarrolla en el campo del Derecho de familia, pudiendo considerarse ahora como una verdadera inmoralidad tal renuncia. Por lo demás, dejó que los abuelos y las abuelas

pudieran voluntariamente abstenerse de ejercerla, tal como lo disponía la legislación anterior.

f).- En lo que se refería a la tutela legítima, dejó subsistentes todas las disposiciones del Código, sustituyendo únicamente el artículo 445 por su artículo 333, que indicaba en su fracción primera, que había lugar a la tutela legítima en los casos de suspensión o pérdida de la patria potestad, o de impedimento del que debía ejercerla; como consecuencia también de la igualdad de derechos que para su ejercicio otorgó al hombre y la mujer, dejando que subsistieran en forma idéntica las otras dos fracciones.

Fue el Código de 1928, vigente hasta nuestros días, el que introdujo grandes innovaciones en el Derecho de familia, ya que presenta una acusada orientación hacia la idea de que la libertad de querer y obrar, en el investido de la función familiar, es libertad de accionar, conforme al fin superior, que el agregado familiar, la colectividad y en consecuencia el Estado, se han propuesto o por lo menos deben proponerse, y que la familia debe cumplir, siendo, como afirma Fernández Clérigo, uno de los Códigos más avanzados del mundo.

Fue promulgado por don Plutarco Elías Calles, en su calidad de Presidente de la República, el 30 de agosto de 1928. Entró en vigor el 10. de octubre de 1932. Derogó toda la legislación civil anterior, dejando vigentes las disposiciones del Código de 1884 que expresamente determina. Transformó el exagerado individualismo, heredado del Código de Napoleón, que aquél contenía, en normas más flexibles en que se da valor primordial al interés de la

colectividad sobre el interés individual, introduciendo nuevas disposiciones, más en armonía con el concepto de solidaridad social.

El lapso de un poco más de cuatro años, transcurridos entre la fecha de su promulgación y la fecha en que entró en vigor, se debió precisamente a la serie de enconadas discusiones y a la reacción popular que produjeron algunas de sus disposiciones relacionadas con el derecho de familia y el de los bienes.

Ahora, a treinta y siete años de distancia, nos encontramos con que algunas de esas disposiciones, que entonces se consideró exageraban la intervención del Estado en el ámbito de la familia, ya no llenan su cometido, porque las modificaciones que ha experimentado el medio social precisan de otras más rigurosas, ya que - las orientaciones y objetivos que entonces se encontraban latentes en la unidad psíquica constituida por los padres de familia, en relación con la guarda y educación de los hijos, les movía a - conducirlos, instintivamente, con esmero y en forma adecuada, se ha ido borrando, por lo que es necesario que ahora el Estado se - las puntalice y establezca su obligatoriedad en normas de derecho, como una forma de impedir que ese descuido cause mayores daños a la colectividad y continúe incrementándose en el tiempo con los nefastos resultados que conocemos.

Este Código, en el Capítulo Primero del Título Octavo de su Libro Primero, reglamenta los efectos de la patria potestad. Respecto de sus predecesores hace importantes modificaciones.

Consagra, como lo hicieron las tres legislaciones anteriores,

el deber que tienen los hijos, cualesquiera que sean su edad y condición, de honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. -- Únicamente omite señalar a qué sanción se hacen acreedores quienes no la cumplan, por lo que, como en las otras codificaciones, sólo tiene la validez de una disposición (art. 411).

Suprime diversas denominaciones que se daban a los hijos, al disponer que los menores de edad no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la ley (art. 412).

Como puso fin a las distinciones que se hacían en las diversas denominaciones de los hijos de acuerdo con su filiación, en su artículo 413, equivalente al 240 de la Ley de Relaciones Familiares, dispone que la patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos y que su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que se dicten de acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Pero dicha Ley, promulgada también por Calles, el 30 de marzo de 1928, y que tuvo vigencia a partir del 1.º de octubre del mismo año, no señala normas para la educación de los menores, pudiendo darnos cuenta del espíritu que la anima por el contenido textual de sus artículos primero, sexto y vigésimo segundo, que dicen:

"Artículo 1.º.- En el Distrito Federal, los menores de quince años de edad no contraen responsabilidad criminal, por las infracciones de las leyes penales que cometan; por lo tanto no podrán --

ser perseguidos criminalmente ni sometidos a procesos ante dichas leyes penales, o los reglamentos, circulares y demás disposiciones gubernativas de observancia general, quedan bajo la protección directa del Estado, que previa investigación, observación y estudio necesarios, podrá dictar las medidas conducentes a encauzar su educación y alejarlos de la delincuencia.

El ejercicio de la patria potestad o de la tutela quedará sujeto en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las resoluciones que dicte el poder público, de acuerdo con la presente ley".

"Artículo 6o.- Se establece en el Distrito Federal un Tribunal para Menores dependiente del Gobierno del Distrito".

"Artículo 22o.- Si de las investigaciones y del estudio practicados, resultare que las infracciones cometidas por los menores o el abandono material o moral de éstos se deben a causas imputables a sus padres o tutores, a negligencia o falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes a su investidura, el Tribunal podrá conminarlos al cumplimiento de sus deberes o imponerles algunas de las correcciones administrativas a que se refiere el artículo 21 de la Constitución General de la República o consignarlos al Ministerio Público cuando los actos u omisiones constituyan un delito penado por la ley.

Toda resolución del Tribunal que imponga una corrección administrativa, podrá ser revisada por el Gobernador del Distrito a -- instancia de parte".

En su artículo primero transitorio dice: "1o.- La presente -- ley comenzará a regir el día 1o. de octubre del año en curso y de- roga todas las disposiciones del Fuero Común".

De los artículos transcritos se desprende que el espíritu de esta ley no tiende a señalar a los padres modalidades para educar a los menores, sino que más bien tiende a reprimir los actos delictivos que éstos cometan, que en muchas ocasiones, pero no en todas, pueden achacarse a una mala formación en el seno de la familia, -- siendo ésa la razón de que se creara el Tribunal para Menores.

Ello quiere decir que el ordenamiento en cuestión ataca el -- mal de fuera hacia dentro, toma al menor ya convertido en delin- -- ciente, en lugar de evitar que llegue a serlo, no disponiendo, co- mo debería disponer, que la persona que tenga el ejercicio de la - patria potestad y no realice la guarda y educación de los sujetos a ella, conforme a las normas que la propia ley debió establecer, se hará acreedor a tal o cual sanción.

El párrafo final de artículo 1o. de la ley que comentamos nos da la impresión de que se pensó en tales normas, pero crea al mis- mo tiempo confusión al respecto, cuando dispone textualmente, que esa guarda y educación se sujetará a las resoluciones que dicte el poder público, de acuerdo con la propia ley.

¿En qué forma se iban a dar a conocer a los encargados de la patria potestad tales resoluciones? ¿De qué tipo de resoluciones se trata, y cuál iba a ser el órgano encargado de dictarlas? Indu- dablemente que tendrían que ser resoluciones individualizadas, en cuyo caso darían bases para prevenir, si es que llegaban a darse -

otras situaciones con características similares. ¿Y la enorme cantidad de casos con características diferentes, cómo se resolverían?

El aspecto positivo de esta ley estriba en la creación del Tribunal para Menores, que es un organismo destinado a reprimir la delincuencia juvenil. Pero en lo referente a la forma en que los encargados de la patria potestad y la tutela deben llevar al cabo la guarda y educación de los sujetos a ellas, nos parece que es letra muerta, y prueba de ello es que no tiene aplicación en este sentido, ya que el abandono o descuido en que una gran cantidad de padres de familia tienen en la guarda y educación de sus descendientes, con los nefastos resultados para la sociedad que todos conocemos, lo deja de manifiesto.

Estimamos que el deber que tienen los encargados de la patria potestad de educar, moral, intelectual y físicamente, a los menores sujetos a su dirección, que es la contrapartida de un indudable derecho de éstos últimos a esa misma educación, debiera agregarse en una fracción más al artículo 31 de la Constitución General de la República, para dejar nacionalmente establecido ese deber en nuestro máximo cuerpo legal.

Si se han elevado a la categoría de garantías constitucionales los derechos de los trabajadores, el derecho de los mexicanos para participar en la propiedad de la tierra monopolizada, los derechos de los burócratas, con tanta o mayor razón debería incluirse en nuestra Carta Magna el derecho de los niños mexicanos a ser educados -moral, intelectual y físicamente- por quienes los tengan

en custodia, si de esa educación depende principalmente la estabilidad de la sociedad en que van a actuar y mucho del futuro de la Nación.

En el caso particular del Distrito Federal, debiera también reformarse el artículo 431 del Código Civil, dándole mayor precisión y certeza en este mismo aspecto de la educación y guarda de los menores.

Pero, volviendo a nuestro estudio del Código mencionado, su artículo 411 respetó la innovación que introdujo el 241 de la Ley de Relaciones Familiares, en cuanto a la designación y prelación de los que deben ejercer la patria potestad.

Introdujo otra innovación, al disponer en sus artículos del 415 al 418, quiénes debían ejercer la patria potestad sobre los hijos fuera de matrimonio, pues equiparó sus derechos a los de los vástagos habidos de la unión conyugal, borrando hasta donde fue posible las clasificaciones que en materia de descendencia contenían las anteriores legislaciones.

Indudablemente con ánimo de evitar controversias y discusiones inútiles, dispone también, en su artículo 419, que sobre el hijo adoptivo solamente ejercerán la patria potestad quienes lo adopten.

En el artículo 420 reprodujo el 242 de la Ley de Relaciones Familiares, disponiendo además que si sólo faltare algunas de las personas a quines corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio del derecho, acabando de consa---

grar de esta manera la igualdad del hombre y la mujer en este aspecto.

Consagra asimismo, en su artículo 421, el derecho de vigilancia que ya hemos estudiado al tratar de las legislaciones que se ocupan de la patria potestad, en las cuales se hace hincapié en -- que los que ejercen la patria potestad tienen, entre otras obligaciones, la de educar al hijo convenientemente, sin precisar cómo -- debe hacerlo y qué debe entenderse por convenientemente (art. 422). Hace intervenir, con tal objeto, dos órganos de control: el Consejo de Tutelas y el Ministerio Público, ordenando que cuando los -- Consejos de Tutelas, a los que crea en su artículo 631 y atribuye funciones de vigilancia e información en el 632, tengan conocimiento de que esas personas no cumplen su obligación, lo avisarán al -- Ministerio Público para que promueva lo que corresponda.

Las posibilidades de actualización de los presupuestos contenidos en el mencionado artículo 422, son poco menos que ninguna, -- por los siguientes factores determinantes:

a).- El Consejo Local de Tutelas del Distrito Federal, ya que no hay municipios, está compuesto, según el artículo 631 del Código Civil vigente, por tres personas: un presidente y dos vocales.

b).- En 1960 el Distrito Federal tenía una población aproximada de 4.829,402 habitantes, según dato sujeto a rectificación del censo de esa fecha, dentro del cual se encontraban aproximadamente 956,328 jefes de familia, que potencialmente tenían la patria potestad sobre sus vástagos y por ende la obligación de guardarlos y e-

ducarlos convenientemente.

¿Sería posible que el Consejo Local de Tutelas ejerciera una vigilancia, así fuera mínima, sobre esos 956,328 jefes de familia, para cerciorarse de que cumplían debidamente sus obligaciones de guarda y educación respecto de sus descendientes, para que en caso contrario diera el aviso respectivo al Ministerio Público, y que éste a su vez promoviera lo que correspondiera según dispone el Código Civil?

Claro que no. Además, se nota en las disposiciones existentes en nuestra legislación y en las de otros países, referentes a la educación y guarda de los menores, una tendencia a resolver, en una forma única, los dos aspectos del problema, el civil y el penal, regla de la que parece escapar la Legislación argentina.

El primer aspecto se presenta cuando el menor, antes de cometer actos delictivos, no está siendo debidamente formado por quien tiene los deberes que impone la patria potestad, bien porque atienda a su instrucción, descuidándose el aspecto moral de su educación, bien porque se desatiendan ambos aspectos. Y no siempre pensemos encontrar actos positivos como síntomas de que se está desvirtuando la formación moral del menor; hay abstenciones que producen tanto o más daño a esa formación que el ejemplo de las costumbres más depravadas. Para ejemplificar un caso de abstención, nos referimos al de los encargados de la patria potestad que, agobiados por el trabajo y las necesidades, unos, por el apremio de una vida social muy intensa, otros, y otros más, por simple falta de responsabilidad; lejos de su hogar de la mañana a la noche, dejan

a sus menores hijos en manos de nadie, o bien, por toda una tarde o una mañana, si es que asisten a la escuela, a merced de la influencia de las malas compañías, o de los malos vecinos, o de la soledad o el ocio, que son perniciosos tanto como aquéllos. La prensa ha dado a conocer, frecuentemente, los resultados de éste y otros tipos de abandono, así que no se necesita puntualizarlos más.

El segundo aspecto se presenta cuando el menor, como resultado de esos factores que se han mencionado o de otros semejantes, parecidos o distintos, comete algún acto antisocial que lo hace caer dentro de la jurisdicción del Tribunal para Menores. El menor es ya un delincuente, aun cuando jurídicamente no se le considere así, en virtud de las leyes dadas en su protección, entonces deben emplearse procedimientos para readaptarlo y convertirlo en un elemento útil a la sociedad y a sí mismo.

Son dos momentos completamente distintos. En el primero se va a tomar el menor, antes de que se le influya indebidamente por descuido de los encargados de la patria potestad, promoviendo la pérdida de ésta, en un juicio en que podrán ser oídos, para que los sustituya en ese ejercicio un tutor legítimo, que designará el Juez. Primer momento que se desarrolla por completo dentro de la jurisdicción del Derecho Civil.

En el segundo momento, se toma al menor ya convertido en delincuente de hecho, debiéndose emplear en su tratamiento disposiciones y procedimientos que caen bajo la jurisdicción del Derecho Penal, por más que se intente darle otro matiz.

Entonces, si dichos aspectos están completamente determinados, y en la organización de nuestras jurisdicciones hay una separación tajante, que tiene como base la índole de los asuntos que deben conocer, no se explica por qué, en asunto de tanta trascendencia como éste, se hace una mezcla de los dos aspectos, creando una confusión inexplicable.

Una debe ser la legislación civil que se dicte para proteger a los menores, y otra la legislación penal que se ocupe de esa protección, pero ambas individual y tajantemente determinadas.

Hasta por la necesidad de la especialización de los profesionales que se dediquen o vayan a dedicarse a estos menesteres, debe existir esa separación de una vez por todas.

Para concluir el estudio del capítulo de nuestro Código Civil vigente que se ocupa de los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos, cabe agregar que incluye también la facultad, que debió ser un deber, de los que tienen el ejercicio de la patria potestad, para corregir y castigar a sus hijos - mesuradamente, con el auxilio de las autoridades en caso necesario, quienes harán uso de amonestaciones y correcciones para prestar apoyo suficiente a la autoridad paterna (art. 423), dándoles de ese modo una mayor precisión y amplitud a las disposiciones -- equivalentes que tenían las legislaciones anteriores.

Consagra asimismo, en su artículo 424, el deber de representación que tienen los que ejercen la patria potestad, en relación con los sujetos a ella, al disponer que éstos no pueden comparecer un juicio, ni contraer obligaciones, sin el expreso consenti-

miento de aquéllos; pero tomando al mismo tiempo una medida precavida en favor del menor, al prescribir que en caso de irracional disenso, resolverá el Juez, a quien constituye en órgano de decisión.

A pesar de todas las innovaciones y la tendencia sociológica que desarrolla el Código de 1928, no llega a concebir por completo a la patria potestad como una suma de deberes-derechos que deben cumplir los encargados de ejercerla, en favor de los sujetos a ella, sino que continúa hablando únicamente de derechos y facultades. -- Muestra de esa actitud son sus artículos: 412, que desarrolla el mismo espíritu que ya notamos al ocuparnos del 390 del Código de 1870, que se repite en el final de su artículo 420; en el 423, que califica como una facultad el deber de corregir y castigar; y en el 424, que dispone que el sujeto a ella, es decir, a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni asumir obligación alguna, sin el consentimiento del que la ejerza.

Omitimos analizar en este trabajo la tutela legítima, tal como está reglamentada en nuestro Código Civil vigente, porque dicho punto sería materia de otra labor de investigación para tesis profesional.

CAPÍTULO VII

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA CON REFERENCIA A LOS ACTOS DE COMERCIO

Sumario:

a).-- ACTOS MERCANTILES AISLADOS. b).-- EJERCICIO DEL CO
MERCIO.

CAPÍTULO VII

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA CON REFERENCIA A LOS ACTOS DE COMERCIO

Los actos jurídicos mercantiles se relacionan con las dos instituciones que venimos estudiando en cuanto que ellas confieren a los que las ejercen obligaciones y facultades respecto de la persona y los bienes de los incapaces, y los actos de comercio caen necesariamente en su ámbito patrimonial.

Nuestro derecho mercantil regula tanto los actos aislados de comercio como los que se practican habitual o profesionalmente. -- Son, pues, sujetos de las relaciones mercantiles, quienes realizan accidentalmente actos de comercio (108), y los comerciantes (109).

Examinemos cuál es la capacidad de ejercicio que la ley comercial establece para unos y otros, ocupándonos en primer lugar de los actos eventuales.

Tratándose de éstos, el profesor Mantilla Molina (110) formula la siguiente regla de capacidad: "En todo caso en que no exista una disposición legal expresa en contrario, los actos de comercio pueden ser celebrados por cualquier persona física no incapacitada civilmente".

108.- Código de Comercio, Art. 4o.

109.- Ibid., Art. 3o.

110.- Roberto L. Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", p. 75

Ahora bien, de acuerdo con el derecho civil (111), son incapaces: los menores de edad -la mayoría de edad empieza a los dieciocho años cumplidos, a partir de la reforma del artículo 646 -- del Código Civil, por decreto de 29 de diciembre de 1969, publicado en "Diario Oficial" de 28 de enero de 1970-; los mayores de -- edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir, los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

Resulta claro que esas personas no pueden celebrar, por sí -- mismas, actos mercantiles válidos: han de hacerlo por medio de -- quienes bajo cuya patria potestad o tutela se encuentren.

Empero, los ascendientes y tutores no están facultados por -- el derecho civil para realizar, a nombre y por cuenta de sus representados, cualesquiera actos de comercio, sino únicamente los tendientes a la conservación de su patrimonio, regla que excluye los actos que tiendan a incrementarlo, que entrañen un riesgo para el mismo; en razón de que tal conservación es el objeto de las normas que establecen sus atribuciones acerca de los bienes de sus hijos menores no emancipados o pupilos.

No quedan excluidos los actos absolutamente mercantiles, en virtud de que, prescindiendo del propósito con que se lleven al -- cabo, y aunque en ellos no existiere peligro alguno para los bienes de los incapaces, conservan siempre tal carácter y no pueden ser de otra especie por disposición de la ley (112).

111.- Código Civil, Art. 450.

112.- R. L. Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", p. 76.

En consecuencia, a los que tienen el ejercicio de las instituciones citadas, les está permitido celebrar, supliendo la incapacidad de sus representados, entre otros, los actos comerciales siguientes:

Depositar en un banco el dinero de los incapaces (113);

Librar cheques disponiendo de ese dinero (114);

Dar en préstamo el dinero de sus hijos o pupilos, siempre -- que se garantice mediante hipoteca (115);

Invertirlo en bonos, cédulas u obligaciones hipotecarias - - (116);

Obtener préstamos, pudiendo suscribir, para conseguirlos en mejores condiciones, letras de cambio, pagarés, etc., con autorización judicial (117);

Vender títulos de crédito, al precio de plaza del día en que se efectúe la venta, sin que sea necesaria autorización judicial (118).

A la inversa, no están autorizados para realizar adquisiciones para enajenar o alquilar, o comprar una negociación.

Debemos añadir que, vistos desde el punto de su validez, los actos de comercio celebrados por los ascendientes o tutores, exce- diendo las facultades señaladas, son nulos, puesto que estarían -

113.- Ley General de Tits. y Operac. de Crédito, Arts. 10.-267.

114.- Ib., Arts. 10.-175.

115.- Código Civil, Arts. 436-557.

116.- Código de Comercio, Art. 75, Frac. III.

117.- Código Civil, Art. 575.

118.- Ib., Arts. 436-563.

ejecutados contra el tenor de leyes prohibitivas o de interés público (119).

Por lo que hace a los comerciantes, los elementos que fija el artículo 3o. del Código de Comercio para poseer ese "status", son tener capacidad legal para ejercer el comercio, y hacer de él ocupación ordinaria.

La capacidad para ser comerciante la tienen como regla general todas las personas, puesto que se trata de una capacidad de goce, distinta de la capacidad para ejercer el comercio, que lo es de ejercicio (120), la cual, conforme a nuestro derecho, corresponde a los mayores de dieciocho años, no declarados en estado de interdicción (121).

De lo anterior se sigue que los incapaces objeto de nuestro estudio, que se hallen bajo patria potestad o tutela, no pueden ejercer el comercio por sí mismos, sólo que sus ascendientes o tutores exploten en su nombre una negociación mercantil tendrán el carácter de comerciantes (122).

Los principios según los cuales están autorizados para hacerlo, lo explica así el maestro Vivante:

"Los representantes del incapaz no pueden nunca iniciar el ejercicio de un comercio, bien con la adquisición o bien con la implantación de una hacienda, porque dicha iniciación no tiene ja

119.- Código Civil, Art. 8o.

120.- R.L. Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", p. 77.

121.- Código de Comercio, Art. 5o.

122.- R.L. Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", p. 78.

más los caracteres de necesidad o de evidente utilidad que consti-
tuyen los límites de toda administración legal. No es lícito aven-
turar el patrimonio del administrado en una empresa de utilidad -
problemática, cuando no se sabe si, llegado éste a la capacidad,
tendrá las aptitudes necesarias para continuar el negocio. Sólo -
quien es capaz de hacerle marchar puede desear tal iniciación del
comercio, con tanto mayor motivo cuanto que con ella se cambia el
estado profesional de una persona y se le imponen obligaciones --
que la perseguirán aun después de haber sido librada de la incapa-
cidad.

Sin embargo, cuando se trate de continuar, no de iniciar, un
establecimiento comercial recibido por herencia o por donación, -
el legislador socorre al incapaz, considerando que la liquidación
de la hacienda podría resultar ruinosa o imposible dadas las obli-
gaciones contraídas por el causante respecto de terceros" (123).

En nuestro derecho, es el artículo 556 del Código Civil el -
precepto que acoge la doctrina citada, al disponer que: "Si el pa-
dre o la madre del menor ejercían algún comercio o industria, el
juez, con informe de dos peritos, decidirá si ha de continuar o -
no la negociación; a no ser que los padres hubieren dispuesto algo
sobre este punto, en cuyo caso se respetará su voluntad, en quan-
to no ofrezca grave inconveniente a juicio del juez".

Aunque literalmente prevé sólo el supuesto de que un menor he-
rede de sus padres un comercio establecido anteriormente por ellos,

123.- César Vivante, "Tratado de Derecho Mercantil", pp. 183-
184, t. I.

en su espíritu están comprendidas otras hipótesis que pueden darse en la realidad, ya que, interpretándolo extensivamente y por mayoría de razón, es aplicable en el caso de que cualquier incapaz adquiriera el comercio por herencia de personas distintas de sus padres, o por donación, es decir, gratuitamente, o cuando a un comerciante le sobreviene alguna de las enfermedades generadoras de incapacidad (124).

Por tanto, los que ejercen la patria potestad y la tutela no están facultados para iniciar una negociación mercantil a nombre de sus representados; pero sí pueden, con autorización judicial, continuar el ejercicio de un comercio existente con anterioridad, que haya entrado al patrimonio de los hijos menores no emancipados o pupilos a título gratuito, y también si al titular de una negociación se le declara en estado de interdicción.

En último análisis es el principio de la conservación del patrimonio de los incapacitados el que determina cuáles actos comerciales pueden celebrar aisladamente, y si continúan o no ejerciendo el comercio en nombre de ellos sus ascendientes o tutores.

Para terminar, cabe mencionar que la derogación de los artículos 60. y 70. del Código de Comercio (por decreto de 30 de diciembre de 1969, publicado en "Diario Oficial" de 27 de enero de 1970), indudablemente como consecuencia de la reforma al artículo

124.- R. L. Mantilla Molina, "Derecho Mercantil", pp. 78-79.

646 del Código Civil, según el cual la mayoría de edad se alcanza a los dieciocho años cumplidos, pone fin, por razones obvias, a - diversas cuestiones que se planteaban respecto de los menores de veintiún años, pero mayores de dieciocho, quienes podían ser co--merciantes previa emancipación, habilitación de edad o autoriza--ción de los que ejercieran la patria potestad.

CONCLUSIONES

I.- La primera agrupación de la sociedad humana fue el matriarcado, trayendo como consecuencia una época clásica de la cultura femenina que, aunque de corta duración, dejó hondas huellas.

II.- La organización del patriarcado marca la evolución de la sociedad doméstica. El patriarca rige la vida social, es jefe y dios, conquistando, como se sabe, el universo.

III.- La patria potestad en Roma era un poder establecido en interés del padre que la ejercía, quien tenía un poder absoluto sobre sus hijos, tanto que le era permitido enajenarlos como esclavos o cambiarlos como cosas, y aún darles muerte.

IV.- La definición aceptada para nuestro estudio es la de Bonnacase, modificada a criterio del sustentante, que dice: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre conjuntamente, tratándose de hijos legítimos; a aquel de los progenitores que primero hubiera reconocido al hijo natural; a ambos cuando el reconocimiento fuere simultáneo, y subsidiariamente en uno y otro caso a los abuelos paternos y maternos, respecto de sus hijos menores no emancipados, tanto en sus personas como en sus patrimonios".

V.- La tutela es una institución establecida por la ley para suplir la incapacidad civil de las personas, con la finalidad

CONCLUSIONES

de protegerlas en la celebración de los actos jurídicos en general, con un sentido de interés público.

VI.- La institución de la patria potestad evolucionó de tal manera que, en la actualidad, conserva ese nombre únicamente por efecto de la tradición; pero dista mucho de tener los alcances de la romana, más aún, no entraña siquiera una verdadera potestad sino un conjunto de obligaciones a las que acompañan algunos derechos que permitan su cumplimiento a los padres.

VII.- La evolución de la tutela ha sido en un sentido semejante a la de la anterior; su nota fundamental es su fin de protección, que hace de ella la más importante institución de guarda legal.

VIII.- La tutela se ejerce sólo a falta de patria potestad; es, pues, subsidiaria de ésta.

IX.- Se distinguen, además, las dos instituciones, en que la patria potestad está organizada por la naturaleza y sancionada por el derecho positivo; diferentemente, la tutela está organizada por el derecho positivo sobre la base del derecho natural; aquélla es, por lo tanto, de derecho natural, ésta de derecho positivo.

X.- En todos los bienes que el hijo adquiere por su trabajo, la administración y el usufructo le pertenecen; en los que -

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

adquiere por herencia, legado o donación, la administración y la mitad del usufructo pertenecen a los padres o a las personas que legalmente ejerzan sobre ellos la patria potestad.

XI.- Sería conveniente crear Juzgados Pupilares en cada uno de los Estados de la República, para dar a los incapacitados en general la protección suficiente, toda vez que los Jueces Civiles y Mixtos de Primera Instancia, por exceso de trabajo, no cumplen debidamente su función de supervigilancia en los asuntos de la tutela.

XII.- Los que ejercen la patria potestad y la tutela pueden celebrar, a nombre y por cuenta de sus representados, los actos de comercio aislados que requiera la conservación de su patrimonio, no los que por su naturaleza lo pongan en peligro, así tendrían a incrementarlo.

XIII.- Asimismo, en función del principio de conservación del patrimonio de sus hijos menores no emancipados o pupilos, los ascendientes y tutores pueden ejercer el comercio en su nombre, -- continuando, nunca iniciando, una negociación mercantil que aquellos adquieran a título gratuito, o si el titular de un comercio es declarado en estado de interdicción. El juez decide, en todo caso, si se sigue explotando o no la negociación.

BIBLIOGRAFÍA

- I.- BONNECASE, JULIÁN. "Elementos de Derecho Civil". Traducción por el Lic. José M. Cajica, Jr. Editorial José M. - Cajica, Puebla, 1945.
- II.- BONNECASE, JULIÁN. "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia". Traducción por el Lic. José M. Cajica, Jr. Editorial José M. Cajica, Puebla, -- 1945.
- III.- CALVA, ESTEBAN. "Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California". Editorial Imprenta de Díaz de León y White, México, 1874.
- IV.- CICU, ANTONIO. "El Derecho de Familia". Traducción de -- Santiago Sentis Melendo. Ediar Soc. Anón. Editores, Buenos Aires, 1947.
- V.- COUTO, RICARDO. "Derecho Civil Mexicano". Editorial "La - Vasconia", México, 1919.
- VI.- CHESTERFIELD, CONDE DE. "Cartas completas de Lord Chesterfield a su hijo Felipe Stanhope", vertidas del inglés por Luis Maneiro. Editorial Diana, S. A., México, 1949.
- VII.- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. Editorial Labor, S. A., Barcelona, 1960.
- VIII.- ESCOBAR DE LA RIVA, ELOY. "La Tutela". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- IX.- FERNÁNDEZ CLÉRIGO, LUIS. "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada". Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1947.
- X.- FUSTEL DE COULANGES, NUMA DIONISIO. "La Ciudad Antigua". Traducción del francés por Carlos A. Martín. Editorial - Iberia, S. A., Barcelona, 1965.

B I B L I O G R A F Í A

- XI.- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S. A., México, 1956.
- XII.- GARCÍA, TRINIDAD. "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S. A., México, 1965.
- XIII.- KOVALEVSKY, MÁXIMO. "Orígenes y Evolución de la Familia y de la Propiedad". Traducción por Antonio Ferrer y Robert. F. Granada y Ca. Editores, Barcelona.
- XIV.- KRISCHE, PABLO. "El Enigma del Matriarcado". Estudio sobre la primitiva época de acción y valimiento de la mujer. Traducción del alemán al castellano por Ramón de la Serna. - Revista de Occidente, Madrid, 1930.
- XV.- LUBÁN, MIGUEL. "Legislación soviética moderna". Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1947.
- XVI.- MANTILLA MOLINA, ROBERTO L. "Derecho Mercantil". Editorial Porrúa, S. A., México, 1970.
- XVII.- MATEOS ALARCÓN, MANUEL. "Lecciones de Derecho Civil". Editorial Librería de J. Valdés y Cueva, México, 1885.
- XVIII.- MULLER LYER, FRANZ CARL. "Die familie". Traducción al castellano por Ramón de la Serna. Munich, 1912.
- XIX.- PALLARES, EDUARDO. "Ley sobre Relaciones Familiares comentada y concordada con el Código Civil vigente en el Distrito Federal y leyes extranjeras", 2a. edición, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1923.
- XX.- PETIT, EUGENIO. "Tratado Elemental de Derecho Romano", -- Editora Nacional, S. A., México, 1953.
- XXI.- PLANIOL, MARCELO y RIPERT, JORGE. "Tratado práctico de Derecho Civil Francés". Traducción española del Dr. Mario Díaz Cruz. Editor: Juan Buxó, Habana, 1927.
- XXII.- RODRÍGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, LINO. "La Tutela", Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1954.