

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE DERECHO**



**LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO  
INTERNACIONAL PRIVADO**

**TESIS**

que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO

presenta:

**GRACIA OFELIA MOHENO VERDUZCO**

MEXICO

1970



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

*A mi esposo, Lic. Adolfo Zendejas.*

*A mis padres, Rubén Moheno y  
Celia Verduzco de Moheno.*

*A mis hermanos, José, Martita,  
Rosy, Rubén y Paty.*

***A mis tíos, Daniel y Carmela.***

***Al Sr. Luis Gómez Z.***

*A mis maestros, particularmente  
al Lic. Víctor C. García Moreno.*

# CONTENIDO

## INTRODUCCION.

### CAPITULO I

#### LA PATRIA POTESTAD EN LA HISTORIA

- 1) Pueblos Primitivos.
- 2) Cultura Hebrea.
- 3) Cultura Romana.
- 4) Cultura Germánica.
- 5) Cultura Ibérica.
- 6) Legislación Mexicana.
  - a) Epoca Precortesiana.
  - b) Epoca Colonial.
  - c) Código Civil de 1870.
  - d) Código Civil de 1884.
  - e) Ley de Relaciones Familiares.

### CAPITULO II

#### LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACION VIGENTE

- 1) Concepto.
- 2) Sujetos a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad.
- 3) Efectos de la patria potestad.
  - a) En cuanto a los bienes.
  - b) En cuanto a las personas.

- 4) Intervención de las autoridades.
- 5) Hijos adoptivos y legitimados.
- 6) Extinción, suspensión, pérdida y recuperación de la patria potestad.

### CAPITULO III

#### LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO COMPARADO

- 1) Francia.
- 2) Italia.
- 3) España.
- 4) Uruguay.
- 5) Argentina.
- 6) Chile.
- 7) Alemania.
- 8) Unión Soviética.

### CAPITULO IV

#### LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

##### 1.—Soluciones Clásicas propuestas.

##### A) Estatuto personal.

- a) Ley nacional del padre.
- b) Ley del Domicilio del padre.
- c) Ley del domicilio del padre al nacer el hijo.
- d) Ley del domicilio matrimonial
- e) Ley nacional del hijo.

##### B) Estatuto territorial.

##### C) Postura ecléctica.

##### 2.—Codificaciones.

- A) Tratado de Montevideo de 1889.
- B) Código Bustamante.

- C) Tratado de Montevideo de 1940.
- D) Restatement of de law of conflicts of laws.

3.—Soluciones en derecho positivo mexicano.

- A) Ley aplicable al estado civil y a la capacidad de los extranjeros.
- B) Ley aplicable a los mexicanos en el extranjero.
- C) Territorialidad de nuestro Código.
- D) Bienes.
- E) Forma de los actos.

**CONCLUSIONES.**



## INTRODUCCION

Las legislaciones de cada país establecen de modo diverso las relaciones entre los padres e hijos derivadas de la patria potestad; esas leyes varían de un lugar a otro en razón de que las mismas deben adecuarse a las circunstancias peculiares de cada país, las que se determinan por la situación topográfica, las condiciones climáticas, las tradiciones nacionales, las costumbres de los habitantes, la religión que éstos profesen y el grado de civilización y cultura que hubieren alcanzado. De ahí que una ley adecuada para un estado, pueda ser inconveniente para otro; que una ley cuyos efectos sean benéficos en cierto país, en otro los produzcan desastrosos. Desde otro punto de vista se puede considerar que la variedad en las legislaciones es la base de la evolución del derecho.

El problema medular del Derecho Internacional Privado es la aplicación de las leyes en el espacio; cuando en una situación jurídica interviene un elemento extranjero, surge el problema de determinar cuál de las normas implicadas es la aplicable.

No se presentaría ningún problema en cuanto a nuestro tema de estudio si padres e hijos fueren siempre de la misma nacionalidad, tuvieran el mismo domicilio y nunca salieren al extranjero ni tuviere el menor, bienes fuera del territorio de su patria. Tal supuesto es naturalmente imposible. En el mundo actual el comercio jurídico se hace cada día más intenso y vital y los nacionales de un estado se vinculan con legislaciones extranjeras en razón de su domicilio, de la situación de sus bienes, del lugar donde realizan diversos actos jurídicos, etc.; de esta manera se vinculan también con los nacionales de otros países creándose así el problema que algunos autores han llamado de la relación extranacional.

¿Cuál de las legislaciones implicadas será la indicada para regular las relaciones derivadas de la patria potestad? ¿cuál será su campo de aplicación y cuáles sus límites?

**Los comentarios vertidos sobre los anteriores puntos quieren presentarse bajo la forma de un método casi exclusivamente expositivo. Por intento de análisis, este trabajo a veces presenta un orden de continuidad histórica, otras el carácter monográfico necesario para hacer más definidas las fronteras del tema que nos ha preocupado y, que ahora nos ocupa.**

**Comprendemos que nuestra aportación es pequeña y limitada dentro del tema escogido pero lo presentamos aspirando al menos a entenderlo un poco más, como consecuencia de la lectura de las fuentes diversas a que hubimos de acudir.**

En el presente trabajo se han tratado los aspectos más importantes de la historia de la literatura española durante el siglo XVIII, desde el punto de vista de la evolución de la prosa y de la poesía. Se ha intentado dar una visión general de la producción literaria de este período, destacando los autores más representativos y sus obras más importantes. Se ha tratado de mostrar cómo se desarrolló la literatura española durante este siglo, desde el punto de vista de la evolución de la prosa y de la poesía. Se ha intentado dar una visión general de la producción literaria de este período, destacando los autores más representativos y sus obras más importantes.

El presente trabajo se ha dividido en tres partes. En la primera se trata de la evolución de la prosa durante el siglo XVIII. En la segunda se trata de la evolución de la poesía durante el mismo período. En la tercera se trata de la evolución de la novela durante este siglo.

En la primera parte se trata de la evolución de la prosa durante el siglo XVIII. Se comienza con el siglo de oro de la prosa española, que culmina en el siglo XVII. Después se trata de la evolución de la prosa durante el siglo XVIII, desde el punto de vista de la evolución de la prosa y de la poesía. Se ha intentado dar una visión general de la producción literaria de este período, destacando los autores más representativos y sus obras más importantes.

En la segunda parte se trata de la evolución de la poesía durante el siglo XVIII. Se comienza con el siglo de oro de la poesía española, que culmina en el siglo XVII. Después se trata de la evolución de la poesía durante el siglo XVIII, desde el punto de vista de la evolución de la prosa y de la poesía. Se ha intentado dar una visión general de la producción literaria de este período, destacando los autores más representativos y sus obras más importantes.

## CAPITULO I

### LA PATRIA POTESTAD EN LA HISTORIA

#### 1.—Los Pueblos Primitivos.

Muchos sociólogos plantean como un hecho indiscutible que las sociedades primitivas atravesaron un largo periodo de filiación uterina, en el que la determinación del parentesco se hacía partiendo de la madre que constituía el centro de la familia (1). Una de las notas predominantes de esta organización sería la de que la autoridad sobre los hijos pertenecía a la madre. Se pretende que, en la antigüedad, los pueblos fijaron la situación de sus componentes ante la tribu a través de la sangre de la madre.

Existen diversas teorías acerca del matriarcado, sin embargo a ellas han sido opuestas serias objeciones (2), de manera tal que no puede ser aceptada en la actualidad la existencia de aquella fase con la generalidad y trascendencia que se ha difundido.

Puede aceptarse el matriarcado como un fenómeno que se ha presentado en diferentes lugares y en ciertos momentos aislados, pero no como una etapa obligada y general en la evolución de la familia.

En los tiempos históricos la organización de la familia fue de tipo patriarcal. El matriarcado, dice Krische (3) fue la base para el desarrollo patriarcal posterior. Para Federico de Castro, el tránsito de las formas matriarcales a las patriarcales y de la filiación uterina a la paterna, tuvo lugar en el momento en que el hombre

(1) Castro Pérez, B. "La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad".—Madrid. Ed. Reus, 1950, p. 24.

(2) Krische, P. "El enigma del matriarcado". En *Revista de Occidente*, Madrid, 1930, marzo, Vol. VII, Núm. 28. p. 232.

(3) *Ibidem*, p. 238.

se dedicó a la agricultura ante la escasez de caza (4). El hecho es que el patriarcado resulta ser el régimen más ampliamente conocido, y en él aparecen la madre y los hijos sometidos a la autoridad del padre.

## 2.—Derecho Hebreo.

El padre israelita, antes de la aparición de la Ley Mosaica, dice Goldstein (5), era al mismo tiempo magistrado, sacerdote y señor de vida y haciendas de sus hijos; su poder era absoluto y omnipotente. Se consideraba como un delegado de Dios, mismo que le había conferido poderes excepcionales sobre el hijo engendrado. Moisés respetó la autoridad paterna, pero le puso coto mediante la institución de leyes y jueces. Si bien los padres conservaron el derecho de traficar con sus hijos, la Ley Mosaica limita grandemente las facultades de los padres respecto de la vida de sus hijos, ya que ni estando ambos padres de acuerdo podían eliminar al infante, sino que debían llevarle a los tribunales de la ciudad.

La Biblia autoriza la venta de los hijos, particularmente la de las mujeres, aún cuando establece restricciones, tales como la venta por segunda vez.

En el derecho antiguo la autoridad paterna era incuestionable y absoluta; Israel no se diferenció de otros pueblos en lo que se refiere a nuestro tema de estudio, si bien, gracias a la obra del legislador, se fueron limitando paulatinamente las omnímodas facultades del jefe de familia.

Si siguiendo a Goldstein diremos que "esa fue la situación que encontró Moisés cuando se propuso legislar sobre la autoridad del padre en el seno de la familia. Normas antiquísimas autorizaban un régimen despótico y brutal que si no se cumplía en la práctica, gracias a los frenos e inhibiciones morales, no por eso constituían menos un peligro de discrecionalismo y barbarie. Correspondió a Moisés la misión de amoldar dentro de los cánones ancestrales, un sistema de frenos y contrapesos, para hacer respetar las normas sin vulnerar el derecho de la personalidad humana" (6).

---

(4) Castro, Federico de. "Derecho Civil en España". Madrid. Ed. Reus, Tomo II 1952, p. 239.

(5) Goldstein, Mateo. "Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud", Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1947. p. 169.

(6) Goldstein. op. cit., p. 171.

Respecto a la facultad que tenía el jefe de familia tratándose del comercio de los hijos, podemos decir que la ley establecía restricciones, pues sólo en caso de extrema pobreza le era permitido.

Por lo que hace a la edad hasta la cual se encontraban los hijos sujetos a la autoridad paterna, podemos decir que era aproximadamente de trece años; tratándose de niñas, la autoridad paterna desaparecía totalmente pasando a la tutela del marido quien además se hacía cargo de los bienes que adquiriría su esposa por cualquier concepto; en cuanto a los varones, al llegar a la mayoría de edad podían contraer por sí, y adquirían cierto carácter de libertad a los ojos de la religión y de la ley.

Los deberes de los padres para con los hijos eran principalmente de tipo religioso y educacional. La obligación de impartir instrucción a los hijos era común, es decir, corría a cargo tanto del padre como de la madre y debía brindarse tanto a los hijos como a las hijas.

Por lo que hace a alimentos, sólo en caso de extrema pobreza, aunado a cierta edad de los hijos, podía eximirseles a los padres de esa obligación.

Vemos así que en derecho hebreo se encontraba perfectamente delimitada la autoridad paterna y que al correr del tiempo y con la aparición de la ley Mosaica fueron restringiéndose poco a poco las extensas facultades con que en un principio se había dotado al jefe de familia.

Sin embargo, con toda la rigidez de la Ley Bíblica nunca entre los israelitas el jefe de familia llegó a asumir mayor número de potestades que las concedidas por el derecho romano al "pater-familias", como veremos enseguida.

### 3.—Roma.

Roma comenzó organizando las relaciones paterno-filiales sobre bases o principios de unilateralidad. El padre lo era todo en el primitivo derecho de esta cultura, quedando los hijos reducidos a la condición de instrumentos de adquisición al servicio de su progenitor y no saliendo de su poder hasta su muerte.

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

Los hijos de familia ocupaban la segunda clase entre los "alieni juris", o sea entre las personas sometidas a la autoridad de otro; sobre ellos ejercía el pater—familias la patria potestad. Cabe señalar que en este derecho no era pater—familias el que tenía hijos bajo su dependencia, sino el ciudadano verdaderamente libre, es decir, aquél que no dependía de la voluntad de otro.

La dependencia del hijo en relación con el padre era semejante a la del esclavo con respecto al señor; se trataba de una verdadera propiedad del pater—familias, el cual podía matarlo, azotarlo, emplearlo en cualquier trabajo y aún le era permitida la exposición del recién nacido bajo determinadas circunstancias. Así pues, la patria potestad significaba un privilegio a favor del padre que la ejercía.

El hijo era susceptible de posesión, e inclusive sobre él se podía ejercitar la acción reivindicatoria.

El hijo era un medio de intercambio mercantil para el padre; carecía de personalidad propia, y era el padre quien figuraba en cualquier tipo de operación.

La patria potestad reunía el máximo de poderes y se extendía por toda la vida del padre, dándose frecuentemente el caso de que aún los magistrados estaban sometidos a ella; muchos hijos murieron a consecuencia de esa facultad omnímoda de los pater—familias. Esta potestad abarcaba no sólo al hijo, sino a la mujer de éste y a sus hijos, era pues, demasiado amplia.

A pesar de todo esto, la patria potestad implicaba ciertos deberes, como el de educar a los hijos varones y a las mujeres primogenitas.

Después de una primera etapa de sumisión absoluta al pater—familias, se inicia la liberación o redención del hijo de familia, llegándose a castigar a los padres que daban muerte a sus hijos; asimismo los malos tratamientos a los hijos fueron suprimidos y castigados fuertemente.

En el aspecto económico el derecho también se suavizó mediante la creación del "peculio profecticio", el cual se constituía por aquellos bienes que entregaba el padre en forma voluntaria al hijo para que éste los administrara; o bien por el castrense, adquirido por el hijo en el servicio de armas.

Por otra parte, ya desde la promulgación de las XII Tablas (Tabla IV; De jure patriae) (7), se hacía necesario distinguir entre el hijo y el esclavo, pues aunque los dos estaban sometidos a un poder ilimitado y carecían de personalidad, esta situación siguió siendo absoluta respecto del primero, pero no así en cuanto al segundo, el cual como ser libre que era, podía adquirir obligaciones personales, poseyendo una capacidad patrimonial pasiva, lo que le permitía obligarse aunque no adquirir bienes para sí.

El bajo imperio vio acelerarse la tendencia a robustecer cada vez más la personalidad de los hijos de familia.

En la época imperial se complementa el sistema de los peculios, comenzando por el "profecticio" del que ya hemos hablado, gracias a cuyo sistema resultó posible que el hijo tuviese una capacidad jurídica activa; subsistió el castrense y se le dio al hijo relativa libertad sobre el llamado peculio cuasi—castrense, que era el adquirido por él en el ejercicio de una profesión liberal. Por lo que hace al peculio adventicio, los bienes que lo constituían eran aquellos que el hijo había recibido en la sucesión de la madre.

Simultáneamente, el poder paterno, que en un principio no reconoció término en cuanto al tiempo, empezó a regular algunas formas de emancipación, unas voluntarias y otras impuestas por la ley, dejando de constituir para lo sucesivo una autoridad sólo extingible con la muerte.

De la misma manera fueron limitándose los casos de sujeción a la potestad paterna y ampliándose los derechos que a los hijos se otorgaban, como los casos que adelante examinaremos.

En efecto, la ley declaraba caduca la patria potestad y emancipadas las personas sometidas a ella, en caso de "capitis diminutio" del padre, es decir, cuando éste perdía sus derechos de libertad, de ciudadanía o de familia, puesto que únicamente los ciudadanos romanos podían ejercer aquella autoridad y sólo era ciudadano quien reunía los tres elementos mencionados; igualmente se consideraba extinguida cuando el hijo o la hija alcanzaban altas dignidades sacerdotales; se estableció la costumbre de que los hijos recibieran la mitad del "peculio profecticio" al llegar a los veinte años.

Durante esta época se permitió al padre otorgar voluntariamente la emancipación por medio de la "mancipatio" o triple ven-

(7) Pichardo, E. Félix, "Derecho Romano Introducción e Historia" México, Ed. Cultura, 1953, p. 61.

ta del hijo a un supuesto comprador, rompiéndose por la tercera enajenación el vínculo paterno filial.

La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos que se le confieran sin necesidad de autorización paterna. El derecho pretorio admitió que el hijo pudiera ejercitar la acción de injurias cuando la ofensa recibida no hubiese podido ser vengada por el padre por encontrarse éste ausente. La jurisprudencia también le permitió ejercitar las acciones que corresponden a los patronos sin obtener previamente la autorización del magistrado.

Tales fueron las posibilidades de actuar que se concedieron a los hijos sujetos a patria potestad, en detrimento de las atribuciones del pater—familias.

Es oportuno dejar establecido que el pater—familias no sólo ejercía su poder en relación a sus hijos, sino sobre todos los miembros que integraban su familia, especialmente sobre la mujer la cual se encontraba en condición análoga a la de una hija, e incluso también tenía sobre ella la facultad de vida o muerte, facultad que fue derogada por la Ley Juliana; resulta innecesario por lo tanto, decir que la madre no compartía la patria potestad sobre sus hijos. Tampoco podía dar su consentimiento para que sus descendientes contrajeran nupcias; sin embargo, paulatinamente y en forma por demás tímida e indefinida, fue preparándose la gran revolución legislativa que hizo posible la intervención de la madre en los asuntos concernientes a sus hijos, y así fueron estableciéndose normas que daban decidida intervención a la madre. Ya la Constitución Imperial otorga a la madre facultad para intervenir en la elección de un marido para su hija, y a los hijos se les exigía respeto y consideración hacia ambos progenitores; se concedió además a la madre derecho de corrección sobre los hijos, permitiéndose aún, que a la muerte del padre se la nombrara guardiana de los hijos menores, salvo que hubiera contraído segundas nupcias; posteriormente se la facultó para nombrarles tutor.

Así, paulatinamente, los emperadores fueron dando a la madre mayor ingerencia en la patria potestad de sus hijos, logrando una evolución jurídica en el campo del derecho familiar romano por caminos nunca antes soñados por la mujer y en especial por la madre de aquella época.

Abordemos ahora las fuentes de la patria potestad, que en derecho romano, se dividían en dos clases: naturales y artificiales.



Como formas naturales de adquisición de la patria potestad tenemos la "justae nuptiae" y la legitimación. Como formas artificiales de obtenerla encontramos la "adoptio" y la "adrogatio".

1º—"Justae Nuptiae"—Se llamó así "al matrimonio legítimo" conforme a las reglas de derecho civil en Roma" (8). Fue ésta, desde luego, la fuente principal de la potestad paterna, ya que dicha potestad normalmente se adquiría por la concepción del hijo en matrimonio legítimo. En el momento en que los hijos nacían, caían bajo la patria potestad del padre, entrando a formar parte de la familia civil de éste, o si el padre era a su vez "alieni-juris", quedaban sometidos a la potestad del jefe de familia.

Las condiciones para contraer matrimonio en Roma eran las siguientes:

- A.— La pubertad.
- B.— El consentimiento de los esposos.
- C.— El consentimiento del jefe de familia.
- D.— El "connubium", o aptitud legal para contraer las "justas nuptiae".

Cuando faltaba alguna de las condiciones apuntadas, el matrimonio era nulo y no producía ningún efecto legal. Los hijos, en éstos matrimonios nulos, nacían "sui juris" y eran tratados como hijos nacidos de una relación ilegal entre hombre y mujer; sin embargo, estaban unidos a la madre y a los parientes maternos por el lazo natural de cognación.

El derecho romano, para los efectos de la filiación, estableció un término mínimo de ciento ochenta días y un máximo de trescientos días después de efectuado el matrimonio, para presumir que el hijo nacido en ese tiempo era hijo de justas nupcias.

De lo anteriormente expuesto podemos concluir que los hijos procreados en justas nupcias eran hijos legítimos del matrimonio y entraban a la potestad del padre, no así los hijos ilegítimos que no pertenecían a la familia del padre ni estaban sujetos a su potestad.

Tampoco estaban sujetos a la potestad del padre los hijos nacidos de matrimonio "iuris-gentiura", nombre que se daba al matrimonio en el cual uno de los cónyuges era extranjero, en virtud de que únicamente las personas nacidas en Roma tenían

(8) Petit, Eugéne, "Tratado elemental de Derecho Romano", México. Traducción de D. José Fernández González, Editora Nacional, 1961, p. 103.

derecho a celebrar justas nupcias; sin embargo, esta incapacidad de ejercicio de la patria potestad desaparece al adquirir la ciudadanía, adquiriéndola también automáticamente los hijos nacidos de ese matrimonio.

Otra unión lícita que ya reglamentaba este derecho, era el concupinato, que normalmente se practicaba entre personas que no podían casarse por justas nupcias, casi siempre por impedimentos secundarios. Los hijos nacidos de estas uniones eran considerados desde luego como ilegítimos, no teniendo el padre sobre ellos el derecho de potestad; respecto a la madre existía el lazo de cognación, así como respecto de los parientes maternos, aún cuando nacían *sui-juris*. Fue hasta la época de Constantino, cuando en el Bajo Imperio se les reconoció el lazo natural con el padre.

2o.—*Legitimación.*—La legitimación, en el derecho romano, indica ciertos medios por virtud de los cuales, los emperadores cristianos, con el objeto de favorecer las uniones irregulares, permitían al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato, mediante la correspondiente legitimación; obtenían los hijos, por este medio, la consideración jurídica de hijos legítimos.

La forma más importante de legitimación es el matrimonio entre concubinos, siempre que no existan impedimentos para su celebración.

También procedía la legitimación cuando el padre declaraba en un documento público o semipúblico que reconocía al hijo y manifestaba su deseo de tratarlo como propio. Esta legitimación procedía cuando el hijo era concebido por una mujer libre, con la que el padre hubiere podido contraer matrimonio válido.

Otra forma de legitimación era la llamada "oblación a la curia", que Petit define (9) como la autorización que se daba al padre de un hijo natural para que ofreciéndolo a la curia natal de su villa, lo convirtiera en agnado de su familia aunque no entrara a la familia civil del padre; a las hijas se las legitimaba por este procedimiento casándolas con un decurión, que era un miembro de la nobleza.

Por último tenemos "el *rescriptio del príncipe*", que era una institución por medio de la cual el padre podía solicitar del empe-

---

(9) Petit, Eugène, *op. cit.*, p. 118

rador la legitimación de sus hijos naturales cuando la madre había muerto, se encontraba ausente o casada con otro.

Todas estas formas de legitimación tuvieron consecuencias legales, tales como la obligación de dar alimentos a los hijos y la atribución de derechos hereditarios.

3o.—La adopción.—Esta es una institución de derecho civil, cuyo efecto es crear entre las personas relaciones análogas a las que crean las justas nupcias, entre el hijo y el jefe de familia. En sentido estricto, la adopción de un hijo de familia se efectuaba mediante un negocio jurídico, consistiendo dicho negocio en dos actos: la "mancipatio" del hijo de familia por parte de su padre natural y la "vindicatio" de aquél por el padre adoptivo.

Por efecto de la "mancipatio" se extinguía la patria potestad del padre natural; y a través de la "vindicatio" se originaba la patria potestad del padre adoptivo. De esta manera desaparecía de la autoridad paterna el derecho que tenía sobre su descendiente, quien dejaba de pertenecer a su familia para introducirse a la familia civil del adoptante.

Esta institución nació como una necesidad de la clase aristocrática de Roma, que cuando no tenía descendencia, principalmente masculina, veía extinguirse así su culto familiar, por lo que recurrieron a la adopción como un medio artificial de perpetuar la familia.

La adopción recaía necesariamente sobre personas "alieni juris", ya que cuando se trataba de personas "sui juris", cambiaba su nombre por el de adrogación.

Por lo que hace a la extinción de la patria potestad, se creó un medio para perderla voluntariamente, el cual se llamó emancipación, misma que pasaremos a examinar.

La Emancipación.—Nos dice Petit, "es el acto por el cual el jefe de familia hace salir al hijo de su potestad, haciéndole "sui juris". (10).

En un principio el padre no podía dejar de ejercer la patria potestad sobre su hijo aún cuando su voluntad fuera terminar con la misma, este deseo del paterfamilias era frecuente que se diera cuando el sometido había cometido algún delito, o ejecutado actos violatorios o rebeldes hacia su padre. Más tarde esta obliga-

(10) Petit, Eugéno. op. cit., p. 120

ción de sujeción del descendiente fue aminorada y casi desechada por un precepto establecido en Las XII Tablas al que ya hemos hecho alusión, y es el referente a la venta del hijo por tercera vez, lo que traía como consecuencia la pérdida de la patria potestad sobre el mismo.

“La emancipación traía graves consecuencias para el emancipado. Excluido de su familia sufría un ‘capitis diminutio’, de donde resultaba para él la pérdida de sus cualidades de ‘agnado’ y ‘gentilis’, y con ella los derechos de sucesión de estas cualidades le conferían” (11).

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

#### 4.—Cultura Germánica.

En este derecho, las concepciones que se tenían tanto de la familia como de la patria potestad, fueron influenciadas por las costumbres romanas. La organización de la familia viene a coincidir, en lo ilimitado de la autoridad del jefe sobre los miembros, con la de los romanos en los primeros tiempos.

La familia era considerada por los germanos como un vínculo que no sólo abarcaba a los parientes consanguíneos, sino que también incluía a los afines por razón de matrimonio.

Al poder del padre sobre las personas que componían la familia se le denominaba *Munt* o *Mundium*, palabra cuya significación era la de protección que el padre debía a los miembros de la familia.

De esa connotación de la palabra *Munt* pretende deducirse que la legislación germana estaba inspirada en sentimientos más delicados e indulgentes hacia los hijos que la romana, comunmente considerada como absorbente y despótica. Sin embargo, autores como Gómez Morán afirman que esos postulados no son exactos, o en todo caso lo serían únicamente “con referencia a un determinado momento histórico: a la época en que Tácito estudia las costumbres germanas, pues si nos remontamos un poco más allá en la cronología de este pueblo, es de creer que la dureza de sus instituciones no debió haberse diferenciado gran cosa de las de Ro-

(11) Petit, op. cit., p. 120.

ma" (12). Así nos lo demuestra la supervivencia de algunas prácticas, tales como dar muerte a los hijos, venderlos, darlos en prenda, etc.

Por lo que respecta a la posibilidad de la madre para ejercer la patria potestad, podemos decir que a pesar de que la mujer vivía bajo la potestad del marido, y éste podía repudiarla, empeñarla y aún venderla en caso de necesidad, castigarla corporalmente e inclusive darle muerte; no obstante esa postergación en el orden jurídico, disfrutaba, como dice Hinojosa "de gran consideración en el seno de la familia como partícipe de los afanes y riesgos del marido; así, Tácito consigna como rasgo característico de los germanos primitivos el respeto y la estimación de la mujer, a la cual dice que atribuían algo de santo y profético" (13).

La patria potestad de la madre aparece en el derecho germánico en una doble dirección: cuando el padre no existe, a ella corresponde plenamente; en caso de que los dos vivan, los dos la ejercen.

En el primer sentido, el derecho visigodo, según Zeumer (14) estableció que a la muerte del marido, pasaran los hijos a la potestad de la mujer, que sólo la perdería en el caso de contraer segundas nupcias. En el segundo sentido, numerosas costumbres de territorios de derecho germánico hacían recaer el poder paternal sobre la cabeza del padre y de la madre, distinguiéndose esta participación como una de las características más notables de este pueblo, y reconocían tanto en el padre como en la madre el derecho de corrección sobre los hijos.

Como ya dijimos, el padre podía dar muerte a sus hijos, venderlos y darlos en prenda; sin embargo no era la autoridad paternal la más alta en la familia germana ya que sobre ella se encontraba la del consejo o tribunal, formado por los parientes.

En relación a los bienes, el padre era el único propietario de ellos, y no estaba sujeto a vigilancia ni control de tipo alguno.

---

(12) Gómez Morán, Luis. "La posición jurídica del menor en el derecho comparado" Ed. Delegado Madrid, 1948. p. 170.

(13) Hinojosa, E. de. "La condición jurídica de la mujer en el derecho español antiguo y moderno". En Discurso de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, 1930, julio, vol. VIII, p. 523.

(14) Zeumer, Karl. "Historia de la legislación visigoda" Tr. Carlos Claveira. Barcelona, Ed. Reus, 1944, p. 128.

Las fuentes de la patria potestad son en este derecho:

- 1.— El matrimonio.
- 2.— La legitimación.
- 3.— La adopción.

La patria potestad no es indefinida, como en algunas épocas del derecho romano, sino que se extingue por:

- 1.— La muerte del padre.
- 2.— Independencia económica del hijo.
- 3.— Matrimonio de los hijos y,
- 4.— Emancipación del hijo, la cual ocurría cuando el hijo alcanzaba el desarrollo físico necesario para servir en el ejército; esta circunstancia se verificaba mediante la entrega del hijo ante la asamblea pública, para el servicio de las armas.

Sintetizando se puede afirmar que, debido a la influencia que ejerció el derecho romano sobre el germano, este último poseyó las características principales de aquél; asimismo, se puede apreciar un notable avance en cuanto a los derechos de que disponían los hijos y la esposa, la cual obtuvo un notable beneficio en el seno de la familia.

## 5.— Cultura Ibérica.

En el antiguo derecho español, los hijos se clasificaban de acuerdo con el Fuero Real como legítimos o ilegítimos, y esta clasificación se mantuvo tanto en la Partida como en la Novísima Recopilación, entendiéndose como legítimos, aquellos que "nascen de padre e de madre que son casados verdaderamente, según manda la Santa Iglesia" (15). Vemos así que la legitimidad dependía de la existencia de matrimonio entre los padres. En caso de que se hubiera celebrado el matrimonio, pero éste fuera nulo por la existencia de algún impedimento conocido por los padres, los hijos concebidos con posterioridad a la fecha en que se hubiera descubierto el mencionado impedimento, eran considerados ilegítimos.

En igual condición se encontraban los hijos nacidos de personas no casadas con arreglo a los Mandamientos, y por disposición expresa de la Ley II, Título XV de la Partida IV, los procedentes de "barragana", si el padre tenía mujer legítima.

(15) Ley I, Título XIII de la Partida IV, En Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, 2a. Ed. Madrid, Ed. Antonio de San Martín, 1872.

**Legitimación.**— También en derecho español existió la institución llamada legitimación que, como en derecho romano, nació con el objeto de favorecer las uniones ilegítimas que tenían ciertos visos de permanencia. A continuación nos ocuparemos de los casos en los cuales procedía la legitimación:

**Por subsiguiente matrimonio.**—En el Fuero Real se consigna que "los hijos naturales son fechos legítimos por el matrimonio; si ome soltero con mujer soltera ficiese hijos e después casarse con ella, estos hijos serán herederos" (16).

**Rescripto Imperial.**—En esta institución, como en muchas otras del derecho antiguo español, se reconoce la herencia de Roma, y por ella, se considera como hijo legítimo aquél no nacido de matrimonio, y sólo por el hecho de que el rey así lo quiera disponer.

También por medio de testamento procedía la legitimación, pero sólo en el caso de que no existieran hijos legítimos, y siempre que el rey confirmara la disposición de última voluntad.

**La barragania.**—En las Partidas se reconoce la prohibición de la Iglesia para establecer ese vínculo semiconyugal llamado "Barragania", sin embargo justifica su autorización con fundamento en lo que constituye un mal menor, ya que por ese procedimiento se llega a obtener una determinada individualización de los hijos y se realiza la atribución de la paternidad a quien corresponda.

Las Partidas definen a la barragania como "unión establecida con mujer libre, que se junta a un hombre por fuera de la Iglesia y con ánimo de ganancia", (17), razón por la cual a los hijos habidos de esta unión se les llama "hijos de ganancia"; estos hijos eran considerados como naturales salvo que, como ya lo hemos apuntado, el padre estuviera unido en matrimonio a otra mujer, pues en tal caso se reputaban como adulterinos.

Existe contradicción respecto a la posibilidad de legitimar a los hijos nacidos de barragana, en virtud de que las Partidas son un tanto oscuras en la materia que ahora analizamos, sin embargo nos inclinamos a pensar que la legitimación procedía en todos los casos de existencia de hijos naturales.

---

(16) Ley II, Título IV, Libro III, Tomo I, Fuero Real. En los Códigos Españoles Concordados y Anotados, op. cit.

(17) Ley I, Título XIV, Partida IV, en op. cit.

Efectos de la legitimación.—Los hijos legitimados tienen los mismos derechos que los legítimos por lo que hace a sucesiones, así como a prerrogativas familiares y sociales.

Respecto de los hijos naturales no legitimados, éstos únicamente tienen derecho a crianza y educación, comprendiéndose por tales expresiones, calzado, comida, vestido y las demás cosas necesarias para la vida, en función de la riqueza de los padres.

Tratándose de hijos adulterinos o incestuosos, la obligación alimentaria compete a la madre o a sus ascendientes.

Adopción y Arrogación.—La diferencia entre estas dos instituciones únicamente dependía del personaje ante quien se realizara; si era ante el rey o príncipe, se trataba de una arrogación; si era ante un juez, recibía el nombre de adopción. Según lo establecen las Partidas, el vínculo de parentesco que se creaba era idéntico al de la paternidad, o sea que el efecto natural de la institución era el establecimiento de un vínculo semejante al de la patria potestad.

En cuanto a los efectos económicos, el interesado pasaba con su patrimonio a poder del adoptante, quedando éste obligado a instituirle heredero o bien, a estipular su desheredación, conservando aquél el derecho a recibir la cuarta parte de sus bienes.

Por lo que hace a nuestro tema concreto de estudio, podemos decir que el derecho histórico español recogió la patria potestad en el lugar que la dejaron los romanos después de la invasión bárbara, siguiendo su evolución, en algunos aspectos, un ritmo bastante lento.

Tanto en el Fuero Juzgo como en las Partidas, encontramos conceptos excesivamente despóticos y autoritarios, como a continuación veremos.

1.—En primer lugar, podemos decir que la patria potestad era función propia del padre, o en todo caso de el abuelo.

El único atributo que se otorgó a la madre, fue el de poder casar a sus hijos en el caso de que el padre hubiera muerto(18).

2.—Otra característica de el derecho de esta época es la de que el padre conservaba la patria potestad sobre los hijos aún des-

---

(18) Ley VIII, Título I, Libro III, Tomo I. Fuero Juzgo, en Los Códigos Españoles Concordados y Anotados, op. cit.



pués de disuelto el matrimonio y contraídas nuevas nupcias; por lo que toca a la madre, cuando ésta quedaba viuda conservaba la guarda, es decir la tutela, pero sólo en el caso de que no contrajera nuevo matrimonio.

3.—Vemos también que la patria potestad alcanzaba a los hijos, a los nietos y a todos los del linaje de aquel que la ejercía.

4.—La patria potestad podía adquirirse por medios naturales, procesales y jurídicos. El primero de ellos está representado por la procreación; también podía adquirirse la patria potestad por efectos de una sentencia o declaración judicial, y esta forma es reconocida como un medio procesal; y, como medio jurídico existió la adopción, de la que ya nos ocupamos.

5.—La patria potestad terminaba por diversos motivos en los que es fácil advertir la procedencia de su origen, estos motivos pueden ser clasificados como naturales, civiles o jurídicos y penales, produciendo algunos de ellos la extinción total y otros la parcial del poderio ejercido hasta aquel momento por los padres.

De modo natural se extinguía por muerte de la persona que la desempeñaba y que no siempre era el padre, puesto que bien podía estar atribuida esa autoridad a alguna otra persona, como al abuelo. (19).

Como casos procesales podemos señalar el destierro o muerte civil del padre, y el incesto(20).

Civilmente concluía la patria potestad por la adopción, aunque al desaparecer la potestad del padre surgía otra nueva, la del adoptante. También era una manera civil o jurídica de extinguir la patria potestad la emancipación alcanzada por el hijo mediante su nombramiento para determinados cargos públicos, tales como los de consejero del rey, procónsul, etc., y la otorgada voluntariamente por el padre mediante su comparecencia con el hijo ante el juez o por autorización del rey(21). Por último, carácter civil tenía igualmente, la emancipación impuesta por virtud de mandato o legado hecho al padre bajo condición de que liberase a su hijo(22).

La emancipación tenía de singular en las Partidas que, al contrario de lo que ocurre en casi todo el derecho moderno, podía

(19) Ley I, Título XVIII, Partida IV. op. cit.

(20) Leyes II, IV, y VI de Título XII de la Partida IV. op. cit.

(21) Leyes XV, XVI y XVII Título XVIII, Partida IV. op. cit.

(22) Ley XVIII, Título XVIII, Partida IV. op. cit.

ser revisada y anulada por desobediencia del hijo, con criterio semejante al que veremos más tarde prevalecer en derecho francés e italiano.

Como sanción penal se imponía la pérdida de la patria potestad en los siguientes casos: por crueldad en los castigos aplicados a los hijos y por prostitución de las hijas.

El sistema de los peculios producía en la práctica efectos muy parecidos a los de la "mancipatio" romana, puesto que sobre algunos de ellos estaba reconocida cierta personalidad al hijo de familia, según lo establecían las Partidas(23).

Algo parecido ocurre con lo previsto por el Fuero Juzgo al imponer al padre la obligación de entregar al hijo que llegaba a los veinte años la mitad de la herencia de su madre, o las dos terceras partes en caso de que el descendiente contrajera matrimonio. De lo anterior puede deducirse la existencia de un primitivo cuerpo legal que permitía la emancipación por matrimonio y por mayoría de edad, no reconocido por el derecho posterior, al menos no por el Código de Partidas.

6.—Contenido de la Patria Potestad.—En principio comprendía ésta el cuidado de la persona de los hijos y la administración de sus bienes, salvo excepciones que acabamos de señalar.

En la patria potestad del derecho español antiguo, como en todo derecho histórico, predominan los derechos de los padres sobre los deberes que respecta a sus hijos les corresponden; sin embargo, aparecen también algunas restricciones a favor de los hijos, primordialmente con relación a su guarda, a su defensa en juicio y fuera de él y a los derechos sucesorios que les corresponden sobre los bienes de sus progenitores.

El deber de guarda que bajo el título de crianza aparece regulado en las Partidas, (24), abarca la obligación de prestar alimentos, tener a los hijos bajo su cuidado, educarlos etc.; tiene sus remotísimos antecedentes en el derecho romano. Este deber se convertía en un derecho para los padres, en cuanto los hijos habían de vivir a su lado y en tal concepto podía ser renunciado por aquéllos.

La representación de los hijos por sus padres también se encontraba regulada en el derecho antiguo español, tanto en el Fuero Juzgo, como en el Viejo, en el Real como en las Partidas.

(23) Leyes V, VI, y VII Título XVII, Partida IV. op. cit.

(24) Título XIX, Partida IV. op. cit.

Los derechos sucesorios de los hijos estaban admitidos en los mismos ordenamientos anteriormente citados para la representación.

Las facultades de los padres respecto de las las personas de los hijos son amplísimas en el Código de Partidas en el que se destaca el derecho de los los padres para vender, empeñar y aún comer a sus hijos.

## 6.—Legislación Mexicana.

### a) *Epoca Precortesiana.*

Cada uno de los grupos humanos que poblaban lo que actualmente constituye el territorio mexicano tenía como es natural, gobierno, costumbres y leyes diferentes.

Por ello sólo se analizarán aquí, en forma breve las costumbres o leyes relacionadas con la patria potestad en el pueblo azteca o mexicano dado que fue éste el que alcanzó un mayor desarrollo en todos los órdenes incluyéndose el campo del derecho.

Entre los mexicanos era lícita y muy frecuente la poligamia principalmente entre los reyes y señores, lo que se debía a que el requisito para tener varias esposas era la posibilidad de su manutención.

La primera mujer, que se denominaba principal, era la que procreaba a los hijos legítimos y por tanto, con derecho a heredar, de lo que se deduce la intención de fijar las instituciones familiares dentro de la monogamia.

La educación de los hijos era cuidadosamente organizada, instruyendo a los menores de cómo habían de vivir, ejercitándolos para servicios personales y a las niñas ilustrándolas en las actividades hogareñas; les corregían para evitar la ociosidad y los exhortaban para realizar obras de provecho, aplicando castigos a los negligentes y desobedientes con sus padres; se infundía reverencia para los dioses, consideraciones para los ancianos, obediencia para los padres y se les enseñaba a ser veraces con éstos y estar constantemente ocupados, Mendieta y Núñez (25) en su obra "El Derecho Precolonial", nos dice que en términos generales ambos padres podían educar, dirigir y corregir tanto a los hijos varones como a las mujeres. No obstante, se han encontrado discursos di-

(25) Mendieta y Núñez, Lucio. "El derecho precolonial". México, Ed. Porrúa, 1937, p. 38.

rigidos por los padres a sus hijos de uno y de otro sexo parece ser que en cuanto a las medidas correctivas, correspondía a la madre imponer castigos a la hija y era el padre el que se encargaba de sancionar el mal proceder del hijo varón. En este último aspecto, dice Motolinia en su "Historia de los Indios de la Nueva España", "que los mexicanos en el particular apuntado, eran demasiado estrictos y rigurosos, permitiéndose a los padres actuar con extremo rigor pudiendo reprender con azotes, con punzamientos, con aplicación de humo de chile en la cara de los mal educados, con la incisión pequeña en la lengua de los mentirosos" (26); sigue diciendo el mismo autor que correspondía al padre otorgar su consentimiento para la celebración del matrimonio de sus hijos; para el caso de muerte del padre, el hermano de éste podía ejercer todos los derechos inherentes a la patria potestad siempre y cuando se casara con la viuda, sin embargo se cree que en ausencia de ese requisito, los abuelos suplían a los padres ausentes. Pese a lo afirmado, De Alcobiz (27) expone que los huérfanos no de manera necesaria y regular tenían que estar bajo la potestad de los abuelos, sino que podían allegarse a los parientes que les ofrecieran protección y ayuda, parientes que adquirirían los derechos y obligaciones consecuentes a la patria potestad.

Existía la institución del mayorazgo; así el hijo mayor de la esposa principal era heredero universal de tierras, títulos, esclavos y dignidades.

Toro en su obra "Compendio de Historia de México", asienta "El pueblo mexicano a pesar de su sanguinario culto era, debido a su educación, de buenas costumbres, enemigo de la mentira y de la embriaguez, humano en sus relaciones privadas, trabajador y honesto en sus relaciones sexuales, siendo los lazos familiares muy estrechos y respetados" (28).

Para completar estas notas relativas al derecho azteca, acudiremos al estudio comparativo del derecho azteca y del positivo mexicano realizado por Carlos H. de Alba (29), en el que recopiló la mayoría de sus normas jurídicas y en atención a que las mismas se encontraban dispersas, aunque no por ello carentes de

(26) Benavente, Fray Toribio de. "Historia de los indios de la Nueva España". México, Ed. Chávez, 1941, p. 182.

(27) Alcobiz, Fray Andrés de. "Estas son las leyes que tenían los indios de la Nueva España" México, Ed. Nacional, 1939, p. 53.

(28) Toro, Alfonso. "Compendio de Historia de México", México, Ed. Selfa, 1926, p. 136.

(29) Alba, Carlos H. "Estudio comparativo del derecho azteca y del derecho positivo mexicano" México, Ed. Gráfica Panamericana, 1949, p. 84.

positividad, las codificó y clasificó, articulándolas y numerándolas. En dicha obra se comenta que la patria potestad era una institución exclusiva del padre, sin embargo, en lo referente a la educación del descendiente intervienen ambos padres.

El artículo designado como 365 establece que "la base de la familia es el matrimonio y será patriarcal, es decir, el padre ejerce dentro de ella la autoridad máxima".

El 376 dice "La forma más común de la familia será la monogámica, aunque la nobleza y guerreros especialmente, y en general todos los hombres pueden ejercer la poligamia, con el sólo requisito de que puedan sostener a sus esposas".

El 377 en cierta forma reafirma lo que en líneas anteriores se asentó como opinión de Motolinia, pues dice que "Los padres no tendrán sobre sus hijos el derecho de vida y muerte, aunque sí podrán aplicar los castigos necesarios para su corrección".

El artículo 379 asevera, "podrán los padres vender a sus hijos cuando éstos sean incorregibles o cuando las dificultades económicas de la familia sean muy grandes pero siempre con autorización de las autoridades".

Al respecto López Austin (30), en su trabajo "La Constitución Real de México-Tenochtitlán", establece que aunque con la necesidad de sentencia judicial, los padres tenían facultades de entregar a sus hijos en esclavitud y en determinados casos se les imponía la obligación de rescatarlos; estos casos eran aquellos en los que la entrega en esclavitud había obedecido a estado de verdadera necesidad de la familia.

El artículo 380 dispone "tendrán asimismo el derecho de concertar el matrimonio de sus hijos varones con la persona que mejor les parezca". El contenido de este artículo ya fue citado líneas atrás como dato proporcionado por Motolinia.

Artículo 381: "La patria potestad recaerá siempre en el padre".

Artículo 382: "Aunque la poligamia está permitida habrá una jerarquía entre las esposas de un mismo marido:

1º.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito será considerada esposa principal respecto de aquella que lo hubiere contraído en la misma forma pero posteriormente.

(30) López Austin. "La Constitución Real de México—Tenochtitlan" México, Ed. UNAM, 1961, p. 95.

2º.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito será considerada principal respecto de aquella con la que se hubiere celebrado uno menos solemne.

3º.—La mujer con la que se hubiere contraído matrimonio menos solemne será considerada esposa principal respecto de otra que lo hubiere contraído en la misma forma pero con posterioridad".

El artículo 383 predeptúa "Todos los hijos de cualquier matrimonio, sea principal o secundario serán considerados como legítimos".

Sin embargo el artículo 384, en gran medida anula al anterior precepto, pues expone que "no obstante ser considerados todos los hijos como legítimos, sólo los de esposa principal podrán heredar los cargos o bienes de sus padres en caso de sucesión legítima".

Por lo que toca al tópico del divorcio, es sabido que el matrimonio no era considerado como indisoluble, pero lograr el divorcio era sumamente complicado, ya que los jueces trataban de avenir a quienes lo solicitaban, procurando hacerles desistir de su propósito; al respecto el artículo 426 asienta "una vez autorizado tácitamente el divorcio los hijos varones quedan con el padre y las hijas con la madre".

Antes de concluir estos comentarios acudiremos nuevamente a Toro, quien en su obra "Historia de la Suprema Corte de Justicia", expone: "El grado al que habían llegado los antiguos mexicanos puede percibirse en sus instituciones jurídicas; pueblo que tal respeto sentía por la justicia y tal imparcialidad y equidad exigía de los encargados de administrarla, no puede ser el pueblo semibárbaro o atrasado que nos pintan los panegiristas de la conquista española. A la llegada de los castellanos los tribunales del pueblo azteca, se encontraban ya en tal estado de adelanto, que después de la conquista, los jurisconsultos y cronistas españoles, no vacilaban en ponerlos como modelo a los jueces hispanos". (31).

Sin pretender participar en la polémica entre hispanistas e indigenistas, pues la misma nos parece anacrónica y estéril —en virtud de que desvía la atención de la causa verdadera de nuestro actual retraso económico y de otros órdenes, que no es otra que nuestra dependencia de los capitales extranjeros— podemos

---

(31) Toro, Alfonso. "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", México, Ed. Sefsa, 1948, Tomo I, p. 84.

concluir que el pueblo azteca en la regulación de la materia de estudio de este trabajo, presenta un adelanto muy considerable para su época.

*b).—Epoca Colonial.*

La dominación española originó que el conquistador impusiera su huella en todas las actividades de los pueblos por él conquistados.

Las leyes promulgadas para España lo eran también para sus colonias a las cuales se les trasmitían por medio de Cédulas expedidas por el Concejo de Indias, sin cuyo requisito no eran válidas.

De ésto resulta lo absurdo de afirmar que las instituciones jurídicas indígenas se hubieran fusionado con la legislación de Castilla y que ello era la ley aplicable.

Había disposiciones especiales para las colonias americanas, tales como las Leyes de Indias, ciertas ordenanzas y cédulas reales y algunos cuerpos legales de carácter más bien administrativo, que civil.

Por lo que hace a la institución a que este trabajo se contrae, diremos que estaba regida por las leyes de la metrópoli, lo mismo que el matrimonio y demás temas afines.

En especial estuvieron en vigor en la Nueva España, las Siete Partidas, las Leyes de Toro, la Recopilación, la Novísima Recopilación, ordenamientos éstos a los que hicimos referencia en el capítulo respectivo.

Al triunfo de la causa de la independencia las instituciones jurídicas se mantuvieron en vigor y aún cuando se registran algunos ordenamientos promulgados con posterioridad a la Consumación de la Independencia, se presentaron tal cantidad de asonadas, revueltas, golpes de estado, etc., que dieron al traste con las mencionadas disposiciones legales; no es sino hasta el Código de 1870 cuando se logró la regulación del tema a estudio en forma sistematizada e inclusive adelantada para su época, pero a esto nos referiremos en el punto inmediato siguiente.

*c).—Código de 1870.*

Sabido es que la guerra de independencia trajo consigo la liberación política, pero las estructuras del país se mantuvieron in-

alterables: esto originó una situación de confusión y anarquía, llena de asonadas, golpes de estado, guerras intestinas, etc.

De esto se produjo, que por un lado, al momento de iniciarse nuestra vida independiente, prosiguiera en vigor la legislación civil de la época colonial, y por otro que cuando se expedía una ley, ésta, motivado por los constantes cambios de gobierno, tuviera un limitado periodo de vigencia, por lo que su estudio carece de toda trascendencia jurídica.

No es sino hasta la época de Juárez cuando se logra con su gobierno, integrado por hombres ejemplares en esa etapa histórica, la consolidación de la República, siendo entonces cuando se elabora un código que regula en forma técnica y precisa, sorprendente para su época, las relaciones civiles.

En las siguientes líneas precisamente a él nos vamos a referir, comenzando de esta forma nuestro recorrido por la legislación mexicana, fuente de la vigente.

Se conoce en la historia de nuestros ordenamientos jurídicos, como Código de 1870 el elaborado por un selecto grupo de abogados integrado por Mariano Yáñez, Diódoro Montiel, José María Lafragua y Rafael Dondé.

Como se ha expuesto en anteriores líneas, este Código empezó a regir bajo la presidencia de Juárez el día 1º de marzo de 1871.

Este Código, inspirado principalmente en el proyecto del Código Civil de Florencio García Goyena, en su título VIII reglamenta la institución a que se contrae este estudio y lo hace en tres capítulos:

I.—De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos.

II.—De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo.

III.—De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Habrà que asentar que, además de los artículos comprendidos en el mencionado título VIII, el artículo 383 también reglamenta esta institución estableciendo que el hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho a:

I.—Llevar el apellido del que lo conoce.



II.—A ser alimentado por éste.

III.—A percibir la porción hereditaria que le señale la Ley.

Ya dentro del título respectivo, el artículo 389, establece que: "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes a quien les corresponde aquélla según la ley".

En nuestro concepto este precepto que se viene repitiendo invariablemente en los ordenamientos subsiguientes, no tiene lugar de ser, y obvio es que esta afirmación no se hace por considerar que tal relación de respeto entre padres e hijos no sea conveniente, sino porque el artículo comentado entraña una norma moral y no una norma jurídica y como tal carece de sanción civil.

Artículo 390: "Los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quien le corresponde aquélla según la ley".

Artículo 391: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legítimados o reconocidos".

Este es uno de los preceptos más avanzados de este Código pues aún en la fecha hay legislaciones que no establecen la igualdad ante la ley de los hijos naturales con los legítimos.

Artículo 392: "La patria potestad se ejerce: por el padre, por la madre, por el abuelo paterno, por el abuelo materno, por la abuela paterna, por la abuela materna".

Esta es otra innovación del Código en estudio, pues las principales fuentes del mismo no conceden a los abuelos la facultad de ejercer la patria potestad como lo hizo este Código.

Al respecto, la comisión redactora en la exposición de motivos respectiva nos dice: "Mas no se contentó con este paso (se refiere al de dar igualdad de derechos a la madre y al padre) la comisión, sino que dando otro, declaró la patria potestad a abuelos y abuelas. Contra los primeros sólo puede alegarse la edad; pero como se les concede facultad de renunciar la patria potestad, es prudente creer, que el abuelo que no se considera ya capaz de ejercer aquel derecho, lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la comisión en esta mate-

ria y en la de sucesiones ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar; y como en ambos debe intervenir el Ministerio Público, cree que tienen los menores las suficientes garantías". (32).

Artículo 393: "Sólo por muerte, interdicción o ausencia del llamado preferentemente, entrará al ejercicio de la patria potestad el que siga en el orden establecido. Esto mismo se observará en caso de renuncia hecha conforme a lo dispuesto en el artículo 424".

Artículo 394: "Mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa del que la ejerce sin permiso de éste o decreto de la autoridad pública competente".

Artículo 395: "Al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente".

Artículo 396: "El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente".

Artículo 397: "Las autoridades auxiliarán a los padres en esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello".

Este auxilio que las autoridades deben brindar a los padres consiste en la aprehensión de los sujetos a la patria potestad en caso de fuga y su reintegración a la casa paterna.

Artículo 398: "En defecto del padre, el ascendiente a quien corresponda la patria potestad, ejercerá la facultad a que se refiere el artículo 396".

Por último el artículo 399 establece que: "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento de quien ejerce aquel derecho".

Los subsiguientes artículos comprenden el estudio de todo lo referente a los bienes del menor.

Artículo 400: "El que ejerce la patria potestad es legítimo representante de los que están bajo ella y administrador legal de los bienes que le pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código".

(32) Código Civil del Distrito y Territorios de Baja California de 1870, México, Imprenta dirigida por José Batiza, 1870, Exposición de motivos.

El artículo 401 divide a los bienes de los hijos en cinco clases:

Primero.—Bienes que proceden de la donación del padre.

Segundo.—Bienes que proceden de la donación de la madre o de los abuelos aún cuando aquélla o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.

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

Cuarto.—Bienes debidos a don de la fortuna.

Quinto.—Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto fuere cual fuere.

A este respecto podemos decir que en las cuatro primeras especies, la administración pertenece al padre por ser el legítimo representante de sus hijos y administrador legal, sin embargo el padre puede ceder la administración, cuando estime suficientemente capaz al hijo.

En los bienes de la quinta especie pertenece la administración al hijo. Sobre el particular la comisión redactora dice: "Las leyes y sobre todo las instituciones deben acomodarse a las costumbres; y aunque el deber del legislador ilustrado también consiste en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no sólo en lo moral, sino en lo social, éste debe desempeñarse prudentemente, a fin de no desterrar costumbres útiles o introducir sin criterio otras nuevas". (33).

Refiérese aquí la comisión a que en este cuerpo legislativo no se tomaron en cuenta los consejos de familia que todas las legislaciones de la época consideraban y a continuación dijo: "La comisión cree que con las fuertes restricciones que se han puesto a la administración de los bienes de los menores y con la intervención constante del juez y del Ministerio Público, puedan obtenerse las ventajas que se atribuyen al consejo de familia sin necesidad de aumentar el número de personas que tal vez sean una rémora de muchos negocios. Debe también la comisión fundar la nueva distribución que ha hecho de los bienes que corresponden a los que están bajo la patria potestad. Conforme al derecho romano y al español, se hacen varias distinciones bajo los nombres de peculio profecticio, adventicio, castrense, cuasicastrense, que

(33) Código Civil de 1870, op. cit., Exposición de motivos.

más o menos han sido modificados por los códigos modernos, ya en los nombres ya en la substancia misma. La comisión ha creído que en el estado actual de nuestra sociedad deben de modificarse en gran medida esas distinciones y sus consecuencias. Atendiéndose sólo respecto de éstas a la verdadera utilidad de las familias y respecto de las primeras sólo el origen de los bienes. Por esta razón se señalan cinco clases". (34).

Al terminar su gestión el padre debe dar cuenta de los bienes de los que únicamente es administrador, así como también tiene la obligación de entregar a sus hijos todos los bienes y frutos cuando éstos alcancen su mayoría de edad o se emancipen.

En relación al derecho de usufructo que gozan los padres en el ejercicio del poder paterno, tienen facultad de señalar la porción de frutos que debe percibir el hijo, en los bienes de la primera especie; si no la señala, se entiende que goza de la mitad, ya que es el propietario de los bienes.

En los bienes de la segunda, tercera y cuarta especie, tiene el padre la mitad del usufructo, el cual puede ceder en beneficio del hijo y se entenderá como una donación.

Los bienes de la quinta especie pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Los padres o ascendientes usufructuarios que ejerzan la patria potestad tienen obligaciones semejantes al usufructuario ordinario, a excepción de la obligación de afianzar; en cambio deben hacer inventario de los bienes, mientras permanezcan en el ejercicio del poder paterno; además están obligados a proporcionar alimentos al hijo, con fundamento a lo ordenado por el capítulo IV del Título V del propio ordenamiento.

El derecho del usufructo es temporal, pues al realizarse ciertas y determinadas circunstancias se extingue, esas circunstancias pueden ser:

- 1o.—La emancipación o mayoría de edad.
- 2o.—Cuando la madre pasa a segundas nupcias.
- 3o.—Por renuncia.

Cuando existen conflictos de intereses entre los bienes del padre y los del hijo, se le nombrará a este último un tutor que lo represente.

---

(34) Código Civil de 1870, op. cit., Exposición de motivos.

Ahora veremos el último capítulo o sea la extinción de la patria potestad.

La patria potestad se extingue, cuando ya no tiene razón de ser, cuando el hijo ha alcanzado un desarrollo físico e intelectual que le permite cuidar por sí mismo de su persona y de sus bienes.

De esta forma declara el artículo 415: La patria potestad termina:

1o.—Por la muerte del que la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga.

2o.—Por emancipación.

3o.—Por mayoría de edad.

El artículo 416 preceptúa, que la patria potestad se pierde:

1o.—Cuando el que la ejerce es condenado a una pena que importe la pérdida de este derecho.

2o.—En los casos de divorcio, respecto del cónyuge que dio motivo a él en los términos del capítulo V, título IV del propio Código en estudio.

Creemos de interés señalar sobre el último punto que el cuerpo legal que nos ocupa no preveía el divorcio como disolución del vínculo y que además se perdían los derechos pero no las obligaciones, situación obvia esta última y que aún subsiste.

El artículo 417 establece que los tribunales pueden modificar el ejercicio o quitar éste al padre que trate a sus hijos con excesiva severidad o dureza, no los eduque, les imponga preceptos inmorales o corruptos.

En cuanto a la suspensión de la patria potestad el artículo 418 señala que tal situación se da en los siguientes casos:

Por incapacidad declarada judicialmente, por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tenga intervalos lúcidos o por que sea sordomudo que no sepa leer ni escribir.

2o.—Por ser pródigos en cuyo caso sólo se pierde la administración de los bienes.

3o.—Por ausencia declarada en forma.

4o.—Por sentencia condenatoria que la imponga como pena.

Hasta aquí dejamos el estudio de este ordenamiento, principalmente, porque el Código de 1884 será comentado a continuación y éste contiene casi las mismas disposiciones, lo que haría redundante extendernos sobre este punto; sin embargo trataremos de resumir sus aportaciones principales:

1o.—Otorga la patria potestad al padre y a la madre solidaria y mancomunadamente en derechos y obligaciones con relación a los hijos sometidos a su autoridad.

2o.—Destruye la absurda diferencia de hijos naturales y legítimos, reconociendo los mismos derechos a unos que a otros.

3o.—Establece de pleno derecho la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgando tal facultad a los abuelos y abuelas.

Concluyendo, creemos que con este Código se logró una evolución jurídica de gran sentido práctico en beneficio del hijo y ya asentamos que para su época registró un notable avance.

d).—Código de 1884.

Este Código fue puesto en vigor por el entonces Presidente de la República Manuel González y al compararse con el Código anterior se desprenden pocas diferencias: pese a ello nos referimos a sus características generales anotando que la mayor parte de los comentarios que aquí se hagan fueron aportación del ordenamiento civil de 1870.

Al analizar el Código anterior pudimos apreciar una gran evolución de la institución materia de nuestro estudio en comparación sobre todo con el derecho antiguo, pues no se observa el poder ilimitado, absoluto, vitalicio y cruel del que era poseedor el padre de familia, según el derecho histórico.

El Código de 1884 tampoco considera al poder paternal como un conjunto de facultades en favor del padre y sobre el particular el tratadista de esa época Couto, asienta: "Dichas relaciones son un conjunto de deberes que por el hecho mismo de la generación, tienen los padres respecto de los seres que han engendrado; verdad es que aquéllos ejercen determinadas facultades sobre los hijos; pero tales facultades no son, propiamente, medios

que la ley otorga a los padres para llenar el cumplimiento de los deberes que la naturaleza les ha impuesto" (35).

Así pues en este Código la patria potestad forma parte del derecho familiar, y es uno de sus capítulos más importantes.

El Código en estudio ha evitado las dificultades que se observaron en otras legislaciones, definiendo con certeza las personas que están autorizadas para el ejercicio de la patria potestad.

El artículo 366 asienta que la patria potestad se ejerce: 1.—por el padre; 2.—por la madre; 3.—por el abuelo paterno; 4.—por el abuelo materno; 5.—por la abuela paterna y 6.—por la abuela materna.

De este enunciado se aprecia que se guarda una actitud discriminatoria hacia la mujer, la que lógicamente resulta absurda.

El artículo 367, idéntico al 393 del Código de 1870 asevera: "Sólo por muerte, interdicción ausencia del llamado preferente entrará al ejercicio de la patria potestad el que le siga, en el orden establecido en el artículo anterior", o sea que cuando falte el padre, la persona sobre quien recaiga el poder paternal tendrá los mismos deberes y las mismas facultades que aquél.

El artículo 365 se refiere a los modos de adquirir el poder paterno y las personas sujetas a la patria potestad.

De la misma forma se encontraba un precepto en el Código antecesor el cual establecía que "la patria potestad se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos".

En cuanto a los modos de adquirir el poder paterno son:

1o.—Por matrimonio; 2o.—Por legitimación; 3o.—Por reconocimiento voluntario; 4o.—Por reconocimiento forzoso.

En lo que hace a los derechos en relación a las personas de los hijos, el artículo 363 consagra la norma moral referente a la relación que debe existir entre padres e hijos o sea que los hijos deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes. Pero también y al lado de este derecho de los padres existen otros para el mejor cumplimiento de su cargo: derecho de vigilancia, derecho de educación y derecho de corrección.

---

(35) Cuoto, Ricardo. "Derecho civil mexicano", México, Ed. La Vasconia, 1919, vol. II, p. 295.

El derecho de vigilancia es el medio de que goza el padre, o en su caso la persona encargada de la patria potestad, de velar en todos y cada uno de los actos realizados por el sometido a ella. Para ello el artículo 368 fija la forma en que esto puede realizarse: "mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa del que la ejerce". En cuanto al derecho de educación, está consagrado en el artículo 369. Por lo que hace al derecho de corrección lo encontramos en el artículo 370: "El padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente, incluso puede acudir a los tribunales para el mejor logro de este derecho cuando la gravedad de la conducta lo requiera".

Por lo que hace a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, los lineamientos generales son los mismos que los previstos en su antecedente; vemos pues, que los padres o ascendientes que ejercen el poder paterno tienen derecho tanto en relación a la persona de los hijos, como en sus bienes.

La ley concede al que ejerce la patria potestad, dos tipos de derechos sobre los bienes del menor: 1o.) el derecho de administración y 2o.) el derecho de usufructo legal.

"Como estos derechos no se ejercen, afirma Couto, en la misma forma sobre todos los bienes de los hijos sujetos al poder paterno, de allí la necesidad de distinguirlos". (36).

El artículo 375 se encargaba de hacer la clasificación de los bienes de la manera siguiente:

1o.) Bienes que proceden de donación del padre; 2o.) bienes que proceden de herencias o legados del padre; 3o.) bienes que proceden de donación, herencias o legado de la madre o de los abuelos, aún cuando aquélla o éstos estén ejerciendo la patria potestad; 4o.) bienes que proceden de donación, herencia o legado de alguno de los parientes colaterales, o de personas extrañas, aunque éstos y los de la tercera clase se hayan donado en consideración del padre 5o.) bienes debidos al don de la fortuna; 6o.) bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

En los bienes correspondientes a la primera clase, la propiedad es del hijo y la administración es del padre, en cuanto a los frutos el padre fija la porción de los mismos.

---

(36) Couto R., op. cit. Pag. 300.



Los bienes de la segunda, tercera, cuarta y quinta clase pertenecen la propiedad y la mitad del usufructo al hijo, y la administración y la otra mitad al padre. Los de la sexta clase corresponden totalmente al hijo.

Como en los intereses del padre y los del hijo pueden surgir conflictos, la ley aporta la solución para tal evento, dando al hijo un tutor provisional, como lo establece el artículo 387 que dice: "En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serán representados éstos en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso"; para saber cuando hay oposición de intereses se estará al arbitrio judicial.

Con respecto a los bienes en los cuales tiene la propiedad y la administración el hijo, la ley impone ciertas restricciones y considera al hijo como emancipado en cuanto a la administración. Las restricciones son: la imposibilidad de enajenar, gravar e hipotecar sus bienes sin autorización legal, así como comparecer en juicio por sí mismo.

El padre, al terminar sus funciones de administrador tiene la obligación de entregar los bienes y frutos al hijo, y en relación al rendimiento de cuentas estará únicamente obligado en el caso que administre los bienes de la sexta clase, es decir cuando son "menores administradores".

Por lo que hace al usufructo a que se viene aludiendo, no será entendido sino como el medio otorgado al padre o ascendiente, para cumplir mejor los deberes de la patria potestad.

El usufructuario está obligado a proporcionar alimentos al propietario, a hacer un inventario de los bienes del menor, tasando los muebles y a constatar el estado de los inmuebles, estando dispensado de otorgar fianza por su manejo.

El artículo 214 estipula "el padre tendrá la obligación de completar el exceso de gastos del alimentista"; al respecto es de comentarse que los alimentos deben proporcionarse atendiendo a la fortuna y a la necesidad de quien los da y los recibe.

Por otro lado el padre goza del derecho de usufructo, desde que entra en posesión de los bienes.

En lo referente a la terminación del usufructo el artículo 383 expresa: "El derecho del usufructo se extingue lo.) por emanci-

pación o mayoría de edad de los hijos; 2o.) por pérdida de la patria potestad; 3o.) Por renuncia.

Los dos primeros casos, son consecuencia de la terminación de la patria potestad, pues al desaparecer ésta, es lógico que se extinga el derecho de usufructo que es un atributo de ella. El tercer caso o sea la renuncia, se entiende como una donación hecha a favor del hijo.

En cuanto a los modos de terminarse y suspenderse la patria potestad, veremos primero la extinción la cual surge cuando se realizan determinados acontecimientos naturales o que provengan del padre; pero si el hijo es incapaz aún, se le nombrará un tutor.

La mayoría de edad y la emancipación del hijo también ponen fin al poder paterno, pues en tales circunstancias dejará de tener sentido la institución.

La extinción de la patria potestad trae como consecuencia la cesación de todos los derechos que existen en razón de ella.

La pérdida de la patria potestad constituye una extinción de dicho derecho, pero en forma relativa con respecto a la persona que la ejerce.

El artículo 389 dice: la patria potestad se pierde: 1o.) cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de ese derecho; 2o.) en los casos señalados por los artículos 245 y 248.

Estos artículos se refieren al cambio de derecho de patria potestad, impuesto por el divorcio, en relación al ejercicio del poder paternal sobre los hijos de los cónyuges divorciados.

El cónyuge culpable del divorcio pierde todos los derechos de patria potestad, pasando su ejercicio al cónyuge inocente. El divorcio es considerado en este Código, en la misma forma que en el de 70.

Otras causas de pérdida de la patria potestad son:

A).—La renuncia.—La doctrina considera a la patria potestad como irrenunciable, por ser de orden público y por concebirse que más que un derecho es un deber.

En este Código de 84 igual que en su antecesor existe el derecho a renunciar a la patria potestad otorgado tanto a la madre como a la abuela, pero no al padre.

B).—Mala conducta de la madre o abuela.—El artículo 390 del Código comentado concede a los tribunales la facultad de modificar o privar el ejercicio de la patria potestad por malos ejemplos o consejos corruptores; precepto éste que concuerda con el artículo 399 que dispone: "La madre o abuela viuda que vive en mancebía o dé a luz un hijo ilegítimo, pierde los derechos de patria potestad".

C).—Ulterior matrimonio de la madre o abuela.—El artículo 400 nos dice: "La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad", ahora bien, si no hay otra persona en quien recaiga la patria potestad, se deberá proveer al menor de un tutor, pero la tutela nunca podrá recaer en la persona del nuevo marido.

La pérdida de la patria potestad en el caso a estudio no es siempre definitiva, pues si la madre o abuela vuelven a enviudar, la recobran.

Suspensión de la patria potestad.—La patria potestad se suspende cuando el que la ejerce es privado temporalmente de su ejercicio.

El artículo 391 nos dice: "Se suspende la patria potestad: 1o.) por incapacidad declarada judicialmente en los casos segundo y tercero del artículo 404; 2o.) por ausencia declarada en forma; 3o.) por sentencia condenatoria que la imponga como pena".

Analicemos someramente cada uno de estos puntos:

A.—Incapacidad del que ejerce el poder paterno: se refiere a la incapacidad que tienen las personas privadas de razón por imbecilidad, idiotismo o lucura, incluidos también los sordomudos que no saben leer ni escribir, entendiéndose que tal incapacidad debe ser declarada judicialmente.

B.—Ausencia declarada en forma: la ausencia a que se refiere este ordenamiento comprendía tres periodos; el primero llamado de presunción de ausencia y que duraba 5 años si el ausente había dejado apoderado y 10 si no lo había hecho; el segundo que empezaba a correr a partir de esos 5 y 10 años y durante el cual el juez declaraba la formal ausencia y hecho esto se decretaba la suspensión de la patria potestad; el tercero, llamado de presunción de muerte comenzaba 30 años después de haberse hecho la declaración de ausencia.

C.—Suspensión por pena impuesta.—La fracción III del artículo 391 se refiere a las penas impuestas por delitos cometidos

por los padres o ascendientes en el ejercicio de la patria potestad, y si no son considerados esos delitos de los que no ponen en peligro la integridad familiar y no revelan perversidad en quien los comete, la ley penal se conforma con suspenderles del ejercicio de la patria potestad por algún tiempo.

e).—*Ley de Relaciones Familiares.*

Como último antecedente de carácter histórico que comentaremos antes de entrar en el campo de la legislación vigente, veremos la Ley de Relaciones Familiares.

Fue durante el régimen de Venustiano Carranza cuando se publicó, el 9 de abril de 1917, estableciéndose que entraría en vigor el 11 de mayo del mismo año.

Sobre este ordenamiento Andrade (37) considera que como finalidad inmediata del mismo se tuvo el propósito terminante de establecer la familia sobre bases más racionales y justas.

En su exposición de motivos y con respecto al tema en estudio se dijo: "En cuanto a la patria potestad no teniendo ya por objeto beneficiar al que la ejerce, y teniendo en cuenta la igualdad de derechos entre hombre y mujer, se ha creído conveniente establecer que se ejerza conjuntamente por el padre y la madre, y en defecto de éstos por el abuelo y la abuela, pues ningún motivo hay para excluir de ella a la mujer, que por razones naturales se ha sacrificado por el hijo más que el mismo padre, y ordinariamente le tienen más cariño, y asimismo por lo que respecta a los bienes del hijo, se ha creído oportuno suprimir la clasificación establecida por el Código Civil, la cual no es sino reminiscencia de los peculios que establecía el derecho romano y no tenía más objeto que beneficiar al padre, por todo lo cual se ha creído conveniente establecer que los bienes del hijo sean administrados de acuerdo por los ascendientes que ejerzan la patria potestad, quienes en cualquier caso disfrutarán como remuneración de su trabajo la mitad del usufructo de dichos bienes, mitad que será divisible entre ambos ascendientes" (38). Este cuerpo legal sigue el orden tradicional para el estudio de la institución, dedicándole sus capítulos XV, XVI y XVII y así vemos que primeramente estudia: "De la patria potestad" luego "De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo" y por último "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad".

(37) Ley de Relaciones Familiares, segunda edición, México, Andrade S. A. 1964, Pag. 5.

(38) Ley de Relaciones Familiares, op. cit., Pag. 7.

Empezaremos por el capítulo XV, "De la patria potestad".

Artículo 283: "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes", Como se aprecia este precepto se viene repitiendo a través de todos nuestros ordenamientos y se mantiene en el vigente.

Artículo 239: "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quien le corresponda aquella, según la ley".

Del artículo anterior se infiere que una de las causas por las cuales se termina el ejercicio de la patria potestad es la emancipación.

Artículo 240: "La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos".

Se aprecia aquí la igualdad de los hijos nacidos de matrimonio y los naturales, que mantiene este cuerpo legislativo.

Artículo 241: "La patria potestad se ejerce: I.—Por el padre y la madre; II.—Por el abuelo y la abuela paternos; III.—Por el abuelo y la abuela maternos".

Aquí se observa un cambio con respecto a los cuerpos legales predecesores ya que se modifica el orden y en lugar de ser primero los abuelos varones y después las abuelas, se ordena que primero sean los abuelos paternos y en su ausencia los maternos.

Artículo 242 "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".

Si sólo faltare una de las dos personas a que el orden indicado corresponde la patria potestad, el que sobreviva continuará en el ejercicio de ese derecho.

Artículo 243 "Mientras estuviere el hijo con la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin permiso de ellos o por decreto de la autoridad competente".

Artículo 244 "A los que tienen el hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarle convenientemente.

Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente".

Artículo 245 "Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta, y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridos para ello".

Artículo 246.— "El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación, sin expreso consentimiento del que o de los que ejercen aquel derecho".

Lo dicho hasta aquí puede considerarse como las bases generales de la patria potestad en cuanto a las personas tanto de los que la ejercen como de los sujetos a ella; se observa que en general sigue los mismos lineamientos que sus antecedentes.

El capítulo XVI comprende los efectos de la patria potestad con relación a los bienes o patrimonio de los menores.

Artículo 247.— "Los que ejercen la patria potestad son los legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de ley".

Artículo 248.— "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultarán en todos sus negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

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

Artículo 249.— "Los que ejerzan la patria potestad tendrán sobre los bienes del hijo mientras dura la administración, la mitad del usufructo de ellos".

Como fue asentado líneas atrás, se termina en esta reglamentación con la división que se hacía de los bienes que pertenecían al hijo sujeto a patria potestad y de esta manera en forma genérica se estableció que los padres recibirían la mitad del usufructo de tales bienes en remuneración al trabajo en su administración.

Artículo 250.— "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres o abuelos entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo pertenecerán a éste, y en nin-

gún caso serán frutos de que deberán gozar el que o los que ejerzan la patria potestad”.

Este artículo como es evidente se preocupa en forma extrema por los bienes del sujeto a la patria potestad.

Artículo 251.—“El usufructo de los bienes concedidos a los que ejerzan la patria potestad lleva consigo la obligación expresa del capítulo V de esta ley y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la de afianzar”.

Artículo 252.—“Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causas de absoluta necesidad o evidente utilidad, y previa la autorización del juez competente”.

Artículo 253.—“El derecho del usufructo concedido a los que ejercen la patria potestad se extingue: I.—Por la mayor edad del hijo; II.—Por la pérdida de la patria potestad y III.—Por renuncia”.

Artículo 254.—“La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo será considerada como donación”.

Artículo 255.—“Los que ejercen la patria potestad no tienen obligación de dar cuenta de su gerencia más que respecto de los bienes y frutos que no les pertenezcan”.

Artículo 256.—“En todos los casos en que los que ejerzan la patria potestad tengan un interés opuesto al de sus hijos menores, serán éstos representados en juicio y fuera de él por un tutor nombrado por el juez para cada caso”.

Artículo 257.—“Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad para enajenar un bien inmueble o mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para asegurar que el producto de las ventas se dedique al objeto a que se destina y para que el resto se invierta adquiriendo un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor”.

Artículo 258.—“Los jueces tienen facultad de tomar las medidas necesarias para asegurar los bienes del hijo, siempre que el que ejerce la patria potestad los administre mal, derrochándolos o haciéndolos sufrir pérdidas de consideración”.

Estas medidas se tomarán a instancias de la madre o de la abuela, cuando fuere el padre el que administre, o del abuelo cuando fuere la madre la que estuviera administrando, o de los herma-

nos mayores del menor, o de este mismo cuando hubiere cumplido 14 años, o del ministerio público.

El capítulo XVII regula la forma y términos en que se acaba y suspende el ejercicio de la patria potestad.

Artículo 259.—“La patria potestad se acaba: I.—Por la muerte de quien la ejerce si no hay otra persona en quien recaiga; II.—Por la mayor edad del hijo; III.—Por la emancipación en los términos del artículo 475”.

Artículo 260.—“La patria potestad se pierde cuando el que la ejerce es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho en los casos señalados por los artículos 92 y 94”.

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

Artículo 262.—“La patria potestad se suspende: I.—Por incapacidad declarada judicialmente en los casos previstos en las fracciones II, III y IV del artículo 299; II.—Por ausencia declarada en forma; III.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión”.

Artículo 263.—“Los que ejerzan la patria potestad conservan su derecho al usufructo de los bienes del hijo menor, si por demencia han quedado suspensos en el ejercicio de ella”.

Artículo 264.—“Los abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta, la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente o ascendientes a que corresponda según la ley. Si no los hubiere, se proveerá a la tutela del menor conforme a derecho”.

Artículo 265.—“El ascendiente que renuncia a la patria potestad no puede recobrarla”.

Estos dos últimos preceptos constituyen una aportación a la Ley de Relaciones Familiares.

Artículo 266.—“La madre o abuela viuda que ejerza la patria potestad perderá el derecho de ella si vive en mancebía o diere a luz un hijo ilegítimo antes de que recaiga en ella ese derecho”.

Artículo 267.—“La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad; si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la ley”.



Artículo 268.—“La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido”.

Artículo 269.—“La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará, los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias”.

Este último precepto constituye un inexplicable retroceso pues es una reminiscencia de los códigos anteriores, que a su vez se inspiraron en el derecho español, constituyendo por tanto una incongruencia con el resto del articulado del texto legislativo que se comenta. Sin embargo, como se puede apreciar con este cuerpo legal, se dió un gran salto en la evolución del derecho familiar y no podía ser de otra forma toda vez que la época en la cual se elaboró, era de grandes avances en todos los órdenes, sin ser la excepción el campo de lo jurídico. De esta forma se da por concluido el estudio de los antecedentes históricos del sistema vigente en lo que atañe a la patria potestad.

## CAPITULO II

### LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACION VIGENTE

#### 1.—Concepto.

El Código de 1870 estableció en el precepto 390 que "Los hijos menores de edad, no emancipados están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda aquélla según la ley"; este precepto junto con el 389 "Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes, disposición esta última que en otro lugar hemos analizado y criticado, constituyen el concepto de patria potestad en nuestro derecho, pues los citados artículos se vienen repitiendo en todos los textos legislativos subsecuentes, perdurando en el actual con los números 411 y 412.

Por otra parte considerando únicamente los preceptos destinados a la institución de nuestro actual Código Civil, podemos deducir que: "La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones legalmente reconocidos a los padres, a falta de éstos a los abuelos paternos y en ausencia de ellos a los maternos, respecto de los hijos menores no emancipados, tanto en su persona como en sus bienes".

#### 2.—Sujetos a quienes corresponde su ejercicio.

Dentro del estudio de la institución a que se contrae este trabajo analizaremos qué personas ejercen ese derecho según nuestra legislación. Desde el Código de 1870 han sido salvadas las dificultades que se presentan en otras legislaciones al determinarse quiénes son las personas que deben ejercer la patria potestad, así como el orden en cuanto a su ejercicio. En este Código como en los que le suceden, a excepción del vigente, se establece que la patria

potestad será ejercida únicamente por el padre, faltando éste, entrará la madre a ejercerla y así sucesivamente los ascendientes en el orden establecido; en cambio en el Código vigente se modifica este sistema, pues ya no se reconoce primacía al padre en el ejercicio de la patria potestad y así establece en el artículo 414 "La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

De la fracción I de este artículo se puede ver que la madre se encuentra colocada en una situación igual a la del padre en cuanto al ejercicio de la patria potestad, y no como antiguamente se sostenía diciendo que era el padre el que únicamente podía ejercerla y subsidiariamente lo hacía la madre. Actualmente el ejercicio de la patria potestad de la madre se equipara al del padre, también a ella es atribuido el poder familiar, debiéndoseles respeto y obediencia a ambos.

Veremos líneas más adelante que tanto el padre como la madre tienen autoridad igual en el ejercicio de la patria potestad y que la dirección y la educación del hijo corresponde a ambos, quienes de común acuerdo decidirán sobre la suerte de los menores.

En el caso de que falte el padre o la madre, ejercerá la patria potestad el que quede y sólo en caso de que falten ambos, entrará al ejercicio de ella aquel a quien según el orden establecido en el artículo 414 le corresponda. Así lo establece el texto en estudio al decir el artículo 420 "solamente por falta o impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes les corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho".

Concluyendo, a diferencia de la mayoría de las legislaciones actuales, en las cuales sólo en defecto del padre entra la madre al ejercicio de este derecho, nuestro Código observa una postura avanzada al conceder este derecho conjuntamente al padre y a la madre al igual que a los abuelos sean paternos o en su ausencia maternos.

Comentaremos ahora las facultades que los padres o ascendientes adquieren por el ejercicio de la patria potestad en las personas de los hijos que se encuentran sometidos a ella.

### 3.—Efectos de la patria potestad.

Tanto los códigos precedentes como el actual, establecen: "Los hijos, cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes"; abstracción hecha de la crítica que ya hemos enderezado en contra de este concepto, diremos que ordena a los hijos que conformen sus actos exteriores a los sentimientos de honra y respeto que deben a sus padres y así se otorga poder al juez para impedir y reprimir los abusos y faltas de los hijos para con sus padres.

#### a).—En cuanto a las personas.

Por lo que hace a los derechos que adquieren los ascendientes por el ejercicio de la patria potestad tenemos en primer lugar el derecho de guarda, al que se hace referencia en el artículo 421 en los términos que se cita "mientras estuviere el hijo en la patria potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente". Obvio es que los padres requieren de este derecho, para cumplir satisfactoriamente sus deberes de educación y corrección de los hijos.

Sólo en dos casos puede el menor abandonar la casa paterna: I.—Con permiso del padre; lo que puede presentarse cuando por razones de enfermedad, estudio, trabajo, etc., el menor se ve obligado a abandonar la casa paterna. II.—Con permiso de la autoridad competente, cuando ésta considera fundadamente que se compromete la seguridad o moralidad del menor de permanecer en el hogar.

De este artículo se infiere que si el hijo abandona la casa paterna, tienen los padres la facultad de hacerlo volver, acudiendo para ello a la autoridad competente.

Como segundo concepto que entraña el ejercicio de la patria potestad citaremos el derecho y deber a la vez de educación que les corresponde respecto de sus hijos; este deber se impone en forma obligatoria a los padres, quienes responden del ejercicio de esta obligación frente a las autoridades.

Este derecho de educación se puede dividir en dos aspectos: el primero de ellos se refiere a los principios de moralidad que deberán transmitir quienes ejercen la patria potestad, haciendo de sus hijos personas honestas. Un segundo aspecto comprenderá la instrucción, abarcando enseñanza de conocimientos culturales, ini-

ciándose en la escuela primaria y concluyendo en un arte, oficio o profesión según las posibilidades de los padres, situación prevista por el artículo 308 "Los alimentos comprenderán la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenderán además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionar algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". Además el artículo 422 expone: "A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente. Cuando llegue a conocimiento de los Concejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplan esa obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda".

En tercer lugar podemos citar el derecho de corrección que tienen los padres respecto de los hijos. A través de la historia, según hemos asentado en párrafos anteriores, este poder ha variado en forma muy notable, pues en épocas antiguas podían los ascendientes golpearlos y hasta torturarlos sin que la ley los castigara, pero con el progreso de la humanidad ha cambiado este concepto y actualmente la ley establece que la corrección debe realizarse bajo ciertas condiciones y así el Código Civil manifiesta que debe ser mesuradamente. El artículo 423 dice: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente. Las autoridades en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna".

Esta facultad de castigar mesuradamente, se encuentra sancionada en su exceso por los artículos 294 y 295 del Código Penal; el primeramente mencionado dice: "Las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las comprendidas en la primera parte del artículo 289, y además, el autor no abusare de su derecho, corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia".

El artículo a que nos remiten o sea el 289, en su primera parte dice así: "Al que infiera una lesión que no ponga en peligro la vida del ofendido y tarde en sanar menos de quince días, se le impondrán de tres días a cuatro meses de prisión o multa de cinco a cincuenta pesos o ambas sanciones a juicio del juez".

Por su parte el 295 nos dice: "En cualquier otro caso, se impondrá al delincuente la sanción que corresponda con arreglo a

las prevenciones anteriores y quedará, además privado de la potestad en virtud de la cual tenga el derecho de corrección”.

Interpretando el artículo 294 del Código Penal en relación con el 289 se puede decir, que los padres en ejercicio del derecho de corregir pueden inferir a sus hijos una lesión que tarde en sanar menos de quince días y no ponga en peligro la vida, siempre que los padres no abusaren de ese derecho, corrigiendo con crueldad o innecesaria frecuencia. Finalmente el 295 manifiesta que en cualquier otro caso no comprendido en el anterior, se impondrá la sanción correspondiente acompañada de la pérdida de la patria potestad.

González de la Vega acerca de este tópico expone: “Las lesiones inferidas por quienes ejercen la patria potestad o la tutela, y en ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles si fueren de las que tardan en sanar menos de quince días sin poner en peligro la vida y, además, el autor no abusare de su derecho corrigiendo con crueldad o con innecesaria frecuencia. La causa de justificación se refiere únicamente a los ascendientes en ejercicio de la patria potestad del menor lesionado, o a sus tutores quedando excluidas todas aquellas personas tales como patronos respecto de sus aprendices, los profesores de sus discípulos, el marido respecto de su mujer, etc., que pretendieren legitimar sus actos de crueldad por el ejercicio de un absurdo derecho de corrección. Las lesiones que pueden motivar la justificación son las más leves dentro de la clasificación penal, sin embargo, el juez debe recodar que en ocasiones las lesiones en sí mismas leves pueden complicarse en sus resultados por la concurrencia de causas ajenas al autor. Para que se integre la justificativa es menester la demostración plena de que las lesiones fueron inferidas con el propósito de obtener enmienda educativa en el menor, de tal manera que las inferidas en forma cruel, por ejemplo con el empleo de instrumentos punzocortantes, o las inferidas con frecuencia inmotivadamente no pueden legitimarse”. (39).

Finalmente, del ejercicio de la patria potestad se deriva la facultad de representación que tienen los padres respecto de los hijos, y así lo expresa el artículo 424 al decir: “El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio ni contraer obligación alguna sin expreso consentimiento del que o de los que

---

(39) González de la Vega, Francisco. “Derecho penal mexicano” México, Ed. UNAM, 1939, vol. I, p. 31.

ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez”.

Relacionados con este artículo se encuentran los siguientes del Código de Procedimientos Civiles.

Artículo 44.—“Todo el que conforme a la ley, esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles, puede comparecer en juicio”.

Artículo 45.—“Por los que no se hallen en el caso del artículo anterior, comparecerán sus representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad conforme a derecho”.

La razón de estos preceptos es evidente pues la patria potestad descansa en el supuesto de la ignorancia del hijo menor de edad, así como su inexperiencia para proteger sus intereses, por esto; se les prohíbe comparecer en juicio o contratar sin el expreso consentimiento del padre o ascendiente que ejerce la patria potestad, quien, por otra parte, no podría cumplir los deberes que la ley le impone respecto de los bienes de sus hijos si les fuere permitido a éstos litigar y disponer libremente de su patrimonio.

Hasta aquí pues, los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos y que se resumen en los derechos de guarda, educación, corrección y representación a los que ya nos hemos referido:

Con esto podemos dar por terminado el apartado referente a los efectos de la patria potestad en cuanto a las personas.

b).—*En cuanto a los bienes.*

La patria potestad obliga a los padres a cuidar de los bienes de los hijos que estén sometidos a ella, debido a que se considera que están incapacitados para velar por sí mismos de sus intereses pecuniarios. Con ello se justifica la existencia del artículo 425 que asienta: “Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo ella y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen conforme a las prescripciones de este Código”.

Así pues se establece que los derechos que los padres adquieren en cuanto a los bienes de los que están sujetos a la patria potestad son el de administración y el de usufructo legal.

Por el primero administrarán los bienes de los hijos dentro de los límites que señala la ley; en el segundo caso, reciben ciertos

beneficios que la ley les otorga, incluyéndose además como obligaciones las relativas a todo usufructuario y otras especialidades.

Estos dos derechos se ejercen sobre los bienes de los hijos, pero no sobre todos ellos, de aquí la necesidad de clasificarlos, lo que se logra a través del artículo 428. "Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad se dividen en dos clases: I.—Bienes que adquiera por su trabajo; II.—Bienes que adquiera por cualquier otro título".

Artículo 429.—"Los bienes de la primera clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo".

Artículo 430.—"En los segundos la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo corresponden a las personas que ejerzan la patria potestad. Sin embargo si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante ha dispuesto que el usufructo pertenezca al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto".

Respecto a la administración legal, podemos decir que pertenece a los dos padres cuando ambos viven, según el artículo 426; éste ha sufrido una evolución, pues el original decía "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre o por el abuelo o la abuela o por los adoptantes, el administrador de los bienes será el varón; pero consultará en todos los negocios a su consorte, y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

La reforma a dicho artículo consistió en equiparar y dar los mismos derechos e imponer las mismas obligaciones al hombre y a la mujer; ya reformado el artículo que examinamos dice así: "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración".

Como se ve, no es ya únicamente el varón el que va a administrar los bienes, sino que, se deja a la voluntad de los padres o abuelos la designación respectiva.

En el ejercicio de dicha administración, la ley establece restricciones en la siguiente forma:



1o.—No podrán enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o evidente beneficio y previa la autorización del juez competente;

2o.—Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años;

3o.—No podrán vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganado, por menor valor del que se cotece en la plaza el día de la venta;

4o.—No podrán hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos.

Si el juez da autorización para que se enajene un inmueble o mueble precioso, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó, y para que el resto se invierta en la adjudicación de un inmueble o se imponga en segunda hipoteca en favor del menor. Para conseguir esto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y no se podrá disponer de esa cantidad por la persona que ejerce la administración, sin orden judicial. Esto está preceptuado por el artículo 437.

Por otra parte se establece que los jueces tienen facultad para tomar las medidas que consideren oportunas y necesarias a fin de evitar que los bienes del hijo se derrochen o disminuyan por la mala administración de quien ejerce la patria potestad. Estas medidas se tomarán a instancia de parte interesada, como son, el menor cuando hubiere cumplido 14 años o el ministerio público (Artículo 441).

Finalmente diremos que pueden surgir conflictos de intereses entre el padre que ejerce la patria potestad y administración, y los hijos sometidos a ella. Para esta circunstancia el artículo 440 dice: "En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad, tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso".

Se puede plantear el problema consistente en saber si los hijos pueden celebrar un contrato de compraventa con los padres, lo cual se encuentra resuelto por el artículo 2278 que dice: "Los hijos

sujetos a la patria potestad sóloamente pueden vender a sus padres los bienes que hayan adquirido con su trabajo"; a contrario sensu respecto de aquellos bienes que el padre tiene la administración y mitad del usufructo, no se podrá celebrar dicho contrato.

En cuanto a la terminación de la administración tenemos que ésta puede terminar por la emancipación o mayor edad del hijo.

Al llegar a su fin, las personas que la han ejercido tienen la obligación de entregar a los hijos todos los bienes y frutos que les pertenecen (Artículo 442).

Ahora vamos a estudiar el usufructo legal de que gozan los padres en el ejercicio de la patria potestad y que al decir de Couto "es una parte de las rentas de los bienes de los hijos que la ley asigna a los padres o ascendientes que ejercen la patria potestad, en compensación de los cuidados que se toman por aquéllos". (40).

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución podemos decir que difiere del usufructo ordinario, ya que por ser inherentes al poder familiar es inseparable de éste y goza de los siguientes atributos: es inalienable, pues no puede cederse ni siquiera para su ejercicio; no es hipotecable, ni puede ser objeto de ejecución por los acreedores del padre usufructuario.

También se distingue del usufructo ordinario en cuanto a las obligaciones de quien lo disfruta y así el artículo 434 del Código Civil establece que "el usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título IV, y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza, fuera de los casos siguientes:

I.—Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o están concursados; II.—Cuando contraigan ulteriores nupcias; III.—Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos".

Por otra parte, los padres están obligados a dar alimentos a los hijos, según lo establece el artículo 303; éstos comprenden la comida, el vestuario, la habitación y la asistencia médica para casos de enfermedad. Deben, finalmente hacer un inventario, en el que conste el estado de los inmuebles para los efectos de la entrega de los mismos, y con el mismo objeto debe tasar los muebles.

---

(40) Couto, R. op. cit., vol. III, p. 320.

Además, los bienes sobre los que recae el usufructo son los que adquiere el hijo por cualquier otro título que no sea su trabajo; de éstos corresponde al padre la mitad del usufructo, pudiendo los padres renunciar a tal derecho, lo que será considerado como una donación (Artículo 432).

Finalmente, el usufructo legal del padre, empieza desde que entra en posesión de los bienes, según lo asienta el artículo 433: "Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponde al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

El usufructo legal que se viene tratando, se extingue por las siguientes razones:

1o.—Por la emancipación; o mayor edad de los hijos; 2o.—Por la pérdida de la patria potestad; 3o.—Por renuncia.

Para concluir, el artículo 439, a diferencia de lo establecido en los antecedentes legislativos respectivos, que señalaban que la obligación de rendir cuentas por parte de los sujetos que ejercen la patria potestad existía sólo en lo que se refiere a los bienes en que éstos fueron meros administradores, extiende esta obligación a todos los bienes de los hijos, sin hacer distinción entre ellos.

#### 4.—Intervención de las autoridades.

Ahora comentaremos lo relativo a la intervención, facultades y requisitos de las autoridades en el ejercicio de la patria potestad. El Código Civil vigente establece que las autoridades pueden participar en el ejercicio de la patria potestad, bien sea para auxiliar al padre en su ejercicio, o para corregir las irregularidades en que éste incurra, son las siguientes: el ministerio público, en la situación prevista en el artículo 422, el cual se refiere al caso en que las personas que ejerzan la patria potestad, no cumplan debidamente con la obligación de educar a los sometidos a ella y llegue al conocimiento del Concejo Local de Tutela, el cual dará parte al ministerio público para que promueva lo que corresponda. Igualmente interviene el ministerio público en el caso de que por la mala administración del padre, los bienes del hijo se disminuyan o derrochen; en este caso, su intervención consistirá en dar cuenta de ello al juez para que proceda según corresponda.

Asimismo interviene el juez para autorizar la enajenación de bienes del menor por el padre en ejercicio del usufructo legal o bien para que los grave, siempre y cuando estas operaciones sean de evidente necesidad o beneficio. Igualmente deberá tomar las medidas convenientes para que el producto de la venta se dedique al fin que se destinó. También interviene para nombrar un tutor especial al hijo cuando tenga intereses opuestos a los del padre. Tiene facultades de intervenir igualmente en casos de que por mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se disminuyan o derrochen. De la misma manera interviene para decidir en cuanto a las excusas presentadas por quienes deban ejercerla y para decidir la suspensión o pérdida de la patria potestad.

Finalmente el artículo 413 dice: "La patria potestad se ejerce sobre las personas y los bienes de los hijos. 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". Sin embargo, dicha ley fue substituida por la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales; y es a esta Ley a la que está sujeta la patria potestad en cuanto a la guarda y educación de los menores.

##### 5.—Hijos adoptivos y legitimados.

Antes de concluir con este estudio haremos una breve referencia a la patria potestad que poseen los padres sobre los hijos naturales y adoptivos en nuestra legislación.

Desde nuestro primer ordenamiento, al igual que los que le siguen se hace una asimilación entre hijos legítimos y naturales; en cuanto a la legislación positiva estudiaremos primero el caso de los hijos naturales para lo cual el artículo 415 dice: "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad". Si viven separados, se observará lo dispuesto por el artículo 380 y 381. Artículo 380: "Cuando el padre y la madre que no vivan juntos y reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá sobre él la patria potestad, y en caso de que no lo hicieren, el Juez de Primera Instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverán lo que creyeren más

conveniente a los intereses del menor". Artículo 381: "En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la patria potestad el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de Primera Instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del ministerio público".

Relacionados con el tema existen los artículos que a continuación se mencionan; artículo 416: "En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquiera circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro".

Artículo 417: "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos, se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo".

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

Vemos pues que en la legislación civil en vigor se ha establecido una equiparación, en cuanto a los hijos naturales reconocidos y a los legítimos.

Respecto a los hijos adoptivos tenemos el artículo 419 que dice: "La patria potestad sobre el hijo adoptivo, la ejercerán únicamente las personas que le adopten".

Artículo 395: "El que adopte tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos".

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

Vemos pues, que también en este caso se han equiparado los hijos adoptivos con los legítimos.

Para concluir el estudio de la patria potestad en el derecho positivo mexicano, analizaremos las principales características en torno a la duración y modos de extinción.

## 6.—Duración de la patria potestad.

En lo relativo a duración y extinción de la patria potestad, diremos que ésta termina cuando ya no tiene razón de ser, cuando el hijo sujeto a ella ha alcanzado un desarrollo físico e intelectual que le permite cuidar por sí mismo de su persona y de sus bienes.

En la legislación en vigor se habla "De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad"; esta denominación es incompleta pues debió referirse también a la pérdida, ya que ésta involucra ideas distintas.

En primer lugar tenemos la extinción de la patria potestad a la que se refiere el artículo 443: "La patria potestad se acaba:

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

Podemos llamar a estas dos últimas causas de extinción de la patria potestad, naturales, ya que se termina cuando cesa la necesidad de protección.

En el segundo caso tenemos la extinción de esta potestad por la aptitud reconocida en el sujeto de ella para realizar actos jurídicos que no entrañan mucha gravedad e importancia. Este es un efecto que la ley asocia al matrimonio del menor, o a una concesión del padre que libera al hijo de tal vínculo. Puede ser legal o de derecho y voluntaria o expresa.

La emancipación legal deriva del matrimonio, pues al permitir el padre que el hijo menor contraiga matrimonio, es porque encuentra en él, la madurez de juicio suficiente para poder realizar por sí actos de cierto relieve. Esta clase de emancipación se puede considerar como una consecuencia de la voluntad del padre, que quiso indirectamente al prestar su consentimiento al matrimonio del menor, librarlo de su potestad.

La emancipación voluntaria es la que tiene lugar mediante declaración solemne del padre que ejerce la patria potestad, hecha ante el juez, cuyo fin es otorgar al hijo una capacidad de obrar.

Pasamos al estudio de la pérdida de la patria potestad.

Hay que distinguir perfectamente entre la extinción y la pérdida de la patria potestad. En el caso de la extinción, el poder

paternal se acaba definitivamente y el sujeto de ella si es menor, será puesto en tutela, y si es mayor o emancipado adquirirá el dominio de su persona y de sus bienes. Hay sólo un caso de excepción y es el que se refiere a que el menor sea adoptado, en cuyo caso no cae en tutela sino bajo la patria potestad de su adoptante. Afecta pues la extinción, a la institución misma, produciendo su desaparición, excepción hecha del caso señalado.

En el caso de la pérdida, en cambio, se hace referencia a la persona que la ejerce, que perderá ese poder, pero el poder en sí sigue subsistiendo y será ejercido por otra persona que se designará para que lo ostente.

A la pérdida de la patria potestad se refiere el artículo 444: "La patria potestad se pierde: I.—Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves; II.—En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283; III.—Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; IV.—Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o por que los dejen abandonados por más de seis meses".

Respecto a la fracción I, debemos hacer una distinción en cuanto a los actos que no caen directamente bajo la sanción penal, es decir, que no son delitos, y aquéllos cometidos por los padres y que la ley penal considera como tales y por lo tanto, tienen una sanción penal a la cual se agrega como consecuencia la pérdida de la patria potestad.

Esta situación se presenta en el supuesto de que el delito cometido por quien ejerce la patria potestad no tenga como consecuencia la pérdida de ese derecho; entonces se necesita que el acto delictivo se realice dos o más veces y que su naturaleza sea grave, para que acarree la pérdida del poder paternal.

La pérdida puede ser absoluta, en cuyo caso abarca a todos los hijos del padre o ascendiente, así como a los de ulteriores matrimonios.

La fracción II del citado artículo nos envía al 283 del mismo Código que estatuye que cuando la causa del divorcio fuere: adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges; el hecho de que la mujer de a luz durante el matrimonio, un hijo con-

cebido antes de celebrarse ese contrato y que sea declarado judicialmente ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a la mujer hecha por él o por otro que haya sido pagado por el marido para ese efecto; la incitación hecha por un cónyuge a otro para que cometa un delito o los actos inmorales hechos con el fin de corromper a los hijos; la separación de la casa conyugal injustificadamente por más de seis meses; el que un cónyuge cometa delito no político que amerite prisión de más de dos años o por el hábito de juego, embriaguez o uso de drogas enervantes que amenacen la ruina de la familia o sean motivo de continuas desavenencias conyugales; en todos estos casos los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. En caso de que los dos fueren culpables, bajo la del ascendiente que corresponda y en defecto de éste se le nombrará un tutor

Si la causa del divorcio se origina: por la separación conyugal por un motivo que sea bastante para pedir el divorcio, y transcurre más de un año sin que el cónyuge que se separó entable demanda de divorcio; por ausencia declarada legalmente o presunción de muerte; por sevicia, amenazas o injurias de un cónyuge para otro; por la negativa de los cónyuges de darse alimentos; por la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro; por delitos que merezcan pena mayor de dos años de prisión o por cometer un cónyuge contra el otro en su persona o en sus bienes, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión; en todos estos casos los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda y si no hay quien la ejerza se les nombrará tutor.

Finalmente, si la causa del divorcio se origina: en el padecimiento de sífilis, tuberculosis o cualquier otra enfermedad crónica o incurable, que sea además, contagiosa o hereditaria; en la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio o bien por padecimiento de enajenación mental incurable, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano, pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos.



Vemos pues que los padres pierden todos los derechos de la patria potestad, pero en cambio conservan las obligaciones que tienen para con sus hijos. Además se puede observar que en el primer caso la pérdida es definitiva, no así en la segunda regla ya que se establece que puede ser recuperada por el cónyuge culpable, a la muerte del inocente; en cuanto a la tercera regla pierde el cónyuge enfermo los derechos sobre la persona y bienes de sus hijos en forma parcial y así no puede ejercer derechos de guarda y convivencia con sus hijos, pero sí goza del usufructo legal, pudiendo aplicarse esta regla a los sordomudos que no saben leer ni escribir.

La fracción III del artículo 444 se refiere a la falta de cumplimiento de sus deberes de la persona que ejerce la patria potestad, y así vemos que el legislador, atento al interés del hijo en cuyo provecho existe la institución estudiada, faculta a los jueces para privar del poder paterno a los padres o ascendientes que teniendo el ejercicio de la patria potestad, tengan costumbres depravadas, maltraten a sus hijos menores o los abandonen, y que originen en el menor los efectos de comprometer su salud, seguridad o moralidad.

Para que las malas costumbres puedan originar la pérdida de la patria potestad, se necesitan que coexistan con el hijo y así no son de tomarse en cuenta las anteriores al nacimiento del hijo.

Tenemos finalmente la fracción IV que hace referencia a delitos penales, en los cuales la pérdida de la patria potestad es un corolario de la condena penal.

Puede en último caso, suspenderse la patria potestad, privando temporalmente del ejercicio de este derecho a la persona que la ostente; a esto se refiere el artículo 447 que dice: "La patria potestad se suspende:

I.—Por incapacidad declarada judicialmente; II.—Por la ausencia declarada en forma; III.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión".

La primera fracción se refiere a la incapacidad que tienen los privados de inteligencia por idiotismo o imbecilidad y la de los sordomudos que no saben leer ni escribir.

La fracción II se refiere a la ausencia declarada en forma. Por ausencia podemos entender el estado de un individuo de quien no se tiene en absoluto noticias, ignorándose si está vivo o muer-

to; al igual que en los códigos predecesores comprende tres periodos, aún cuando los términos son diversos: el primero, dura dos años cuando se ha dejado apoderado y tres en su defecto, se llama presunción de ausencia; el segundo es la ausencia propiamente dicha que se inicia pasados dos años de nombrado el representante del ausente y dura seis años; al vencimiento de este término se declara el último periodo de la ausencia, o sea, el llamado de presunción de muerte.

La fracción II se refiere al segundo periodo, ya que debe ser declarada en forma la ausencia. El artículo 651 establece quién ejercerá el poder paternal en ese lapso: "Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad, y no hay ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, ni tutor testamentario ni legítimo, el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los artículos 496 y 497", los que se refieren a que sean los menores de más de dieciséis años o de menos de esa edad.

Finalmente tenemos la fracción III que se refiere a la suspensión por causa de pena impuesta, en este caso podemos citar a los padres que cometen ciertos actos que sin ser delictuosos, revelan cierto grado de perversión, por lo cual se considera al que los realiza indigno de ejercer la patria potestad, en estos casos la ley se conforma con suspender el ejercicio de este poder.

Puede ocurrir que la madre o abuela pase a segundas nupcias; no por ello perderá la patria potestad, pero el nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior.

Para terminar, puede ocurrir que los padres o quien tenga derecho a ejercer la patria potestad renuncie a ella, en este caso se estará a lo establecido en el artículo 448: "La patria potestad no es renunciable; pero aquéllos a quienes corresponde ejercerla, pueden excusarse: I.—Cuando tengan 60 años cumplidos; II.— Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño".

Concluyendo, se observa que en el Código actual no existen las absurdas causas de pérdida de la patria potestad, de los códigos anteriores, como: la desobediencia de la madre o abuela a oír el dictamen de los consultores nombrados por el padre; tampoco el ulterior matrimonio de la madre o abuela que estén en el ejercicio de la patria potestad. Por otro lado, la renuncia que anteriormente

sólo podían solicitar las madres o abuelas que se sentían incapaces de ejercer el poder paterno, ahora existe como excusa tanto de las mujeres como de los hombres que tengan el ejercicio de este poder. Estas diferencias que marcan un notable avance en la equiparación de derechos entre hombres y mujeres las consideramos muy atinadas.

### CAPITULO III

#### LA PATRIA POTESTAD EN DERECHO COMPARADO

##### 1.—Derecho Francés.

Analizaremos en primer término los diferentes conceptos que en doctrina francesa han vertido sus más destacados tratadistas.

Para Planiol y Ripert la patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales (41). Según esta definición, la patria potestad se otorga a los progenitores en atención a que su condición de padres les confiere muchas obligaciones, y sólo mediante el ejercicio de este poder les es posible cumplimentar aquéllas.

Colin y Capitant afirman que la patria potestad comprende el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados (42). También afirman que la patria potestad se confiere a los padres para facilitarles el cumplimiento de los deberes que les impone su condición, y establecen que la potestad dura mientras el hijo es menor de edad y no se ha emancipado y que constituye un deber de protección con respecto a los hijos.

Louis Josserand se pronuncia en términos semejantes al afirmar que "la patria potestad es el conjunto de derechos que confiere la ley al padre y a la madre, sobre las personas y bienes de

(41) Planiol y Ripert. "Tratado práctico de derecho civil francés". Tr. Mario Díaz Cruz. La Habana, Ed. Cultural, 1938, p. 314.

(42) Colin y Capitant. "Curso elemental de derecho civil" 3a. Ed. Tr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, Ed. Reus, 1952, Tomo II, vol. I, p. 17 y 18.

—sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne a la manutención y educación de dichos hijos" (43).

Bonnecase nos dice que "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 subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios" (44). En este autor encontramos un concepto más amplio sobre la noción que analizamos, y se refiere a ella considerándola como un conjunto de obligaciones a cargo de los padres y en favor de los hijos; además se puede observar que este autor hace referencias al cumplimiento de esta obligación por los ascendientes y menciona que debe ser ejercida respecto de los hijos menores.

En cuanto al derecho positivo francés encontramos que el código civil se refiere a la patria potestad en los siguientes artículos:

371.— "El hijo, cualquiera que sea su edad, debe consideración y respeto a sus padres".

372.— "El hijo permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su mayor edad o emancipación".

373.— "El padre únicamente ejercerá esta autoridad durante el matrimonio".

Comentando estos artículos, podemos decir que el primeramente citado tiene un sentido más bien moral que jurídico, encontrando el fundamento legal de la institución que estudiamos en el artículo 372, que establece el estado del hijo con respecto a los padres durante su menor edad; finalmente el artículo 373 establece para el padre, una condición para el ejercicio de la potestad.

Personas que ejercen la patria potestad.—Colin y Capitant refiriéndose a este punto, manifiestan que "en principio, la patria potestad corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre (Art. 372), pero únicamente el padre ejerce esta autoridad durante el matrimonio (Art. 373)" (45); afirman que así se asegura la unidad de dirección que se desea y de esta manera se

(43) Jossierand, Louis. "Derecho civil" Tr. Santiago Cunchillos y M. Buenos Aires, Ed. Bosch, 1950, p. 257.

(44) Bonnecase, Julien. "Elementos de derecho civil", Tr. José Ma. Cajica. Puebla, Ed. Cajica, 1945, Tomo I, vol. XIII p. 427.

(45) Colin y Capitant, op. cit. p. 43.

puede decir que la autoridad paterna es común a los padres en cuanto a la posesión de ella, pero constituye un monopolio del padre en cuanto a su realización; los derechos de la madre se encuentran en estado latente mientras no surge la condición que hace que ella entre a realizarlos.

Los casos en los que la madre actualiza el ejercicio de la patria potestad son los siguientes:

Ausencia o incapacidad del padre. En caso de muerte del padre se abre la tutela legítima a cargo de la madre.

Aún cuando los padres contraigan segundas nupcias, continúan en el ejercicio de la patria potestad.

En caso de divorcio, se suspende la preponderancia del padre en el ejercicio de la patria potestad y nos encontramos ante derechos iguales y rivales, debiendo la autoridad decidir a quien pertenecerá.

En caso de muerte de ambos padres corresponde a los ascendientes una patria potestad limitada, que no es la patria potestad propiamente dicha pero que les concede algunas prerrogativas.

Existe un caso en el que la patria potestad se puede delegar judicialmente, cuando la educación del hijo es una carga muy pesada para los padres y éstos se encuentran dispuestos a internarlo en un hospicio o a encomendarlo a alguna persona.

Pasaremos ahora a examinar las facultades que el que ejerce la patria potestad tiene sobre la persona del sometido a ella.

Colin y Capitant (46) consideran que los derechos del padre sobre la persona del hijo son dos: el derecho de guarda y dirección por una parte, y como consecuencia y sanción de este atributo primordial, el derecho de corrección.

El derecho de guarda y dirección de los hijos, supone que el hijo debe vivir en la casa paterna y el padre debe vigilar sus relaciones, cuidar su instrucción, etc. Sólo una excepción sufre el principio de que el hijo debe vivir en la casa paterna y es la concerniente al alistamiento voluntario en el ejército, disponiendo la ley que el hijo que ha cumplido dieciocho años puede alistarse sin consentimiento de los padres. Este derecho trae aparejada la obligación de que sea realizado adecuadamente por los padres.

---

(46) Colin y Capitant, op. cit., p. 23.

habiendo sanciones para su incumplimiento; así, el Código Penal Francés, castiga al padre que deja abandonado al hijo, igualmente, se impone en forma imperativa la obligación de educar a los hijos menores de trece años.

En cuanto a la obligación que tienen los padres de dar una buena educación a los hijos, es éste más bien un deber moral sin una sanción jurídica específica; sin embargo, varias disposiciones se relacionan con el cumplimiento de dicho deber, por ejemplo el hecho de que se obligue jurídicamente a los padres y mediante un procedimiento especial de coacción a que den a sus hijos por lo menos la instrucción primaria, al igual que la pérdida de la patria potestad cuando hayan puesto en peligro la moralidad de sus hijos.

Por lo que se refiere al derecho de corrección, Planiol y Ripert (47) hacen un estudio de la evolución de los castigos corporales y su atenuación progresiva: parten del poder de vida y muerte que tenían los padres en los tiempos antiguos, pasando por el confinamiento en los establecimientos educativos, hasta los tiempos actuales, en los que este derecho se encuentra muy debilitado; como ejemplo de lo anterior dice Planiol que, para que el padre pueda internar al hijo en un establecimiento correccional, necesita cumplir una serie bastante grande de requisitos. Actualmente los medios que la ley concede a los padres para poder cumplir con el derecho que examinamos son los siguientes: la posibilidad de colocar al hijo de aprendiz, la facultad de despojarlo de una parte de sus derechos hereditarios, aún cuando en este caso no puede privarse a los hijos de la porción que la ley obliga a los padres a otorgarles, y finalmente, pueden los padres hacer detener al hijo durante un lapso más o menos prolongado. (Arts. 375 al 383). Consideramos que esta parte del derecho francés es equivocada y no está de acuerdo con el adelanto de la institución en la mayoría de los países, verbigracia el nuestro, a pesar de que como dice Planiol, el padre tiene que cumplir con una gran cantidad de requisitos, pues el encarcelamiento, por más refinado que se encuentre, irremediablemente producirá efectos psíquicos lamentables en la vida adulta del hijo.

Examinaremos ahora la situación de los bienes de aquellos que estén sometidos a patria potestad.

---

(47) Planiol y Ripert, op. cit., p. 28.

En derecho francés encontramos que los padres tienen respecto del patrimonio del hijo dos clases de derechos que son: el derecho de administración y el derecho de goce legal que podemos llamar de usufructo legal.

Administración legal es, según Planiol, "la facultad de administrar los bienes del hijo, cuando los tiene, siendo confiada esta facultad por la ley" (48); existe para el padre la obligación de administrar los bienes con todo cuidado, y queda obligado a responder con su propio patrimonio del manejo que haga de los bienes en el momento de la rendición de cuentas.

La administración legal termina: a).—Porque se vuelva inútil, en caso de emancipación o mayoría de edad, o bien, b).—Porque la administración sea reemplazada por la tutela.

El segundo derecho patrimonial que se deriva de la patria potestad es el de usufructo legal (Art. 384), que define Josserand de la siguiente manera: "es el derecho del padre o de la madre a percibir por su propia cuenta los productos de los bienes de sus hijos menores de dieciocho años" (49), este derecho pertenece tanto a los padres legítimos como a los naturales que ejerzan la patria potestad, según reforma de la ley del 2 de julio de 1907 (50).

En principio están sometidos al usufructo legal todos los bienes del hijo, sin embargo existen algunas excepciones que son: 1.—Los bienes adquiridos por un trabajo o industria independiente del padre; 2.—Los bienes que el hijo adquiriera por donación o legado, siempre y cuando el donador o testador así lo estipule expresamente; 3.—Los bienes que el hijo hereda cuando el padre o la madre resultan excluidos por causa de indignidad.

En cuanto a las prerrogativas y cargas que implica el usufructo legal podemos decir que, en principio, le son aplicables las del usufructo ordinario; en cambio, de su naturaleza particular se deriva el que los padres no puedan cederlo ni hipotecarlo, no siendo tampoco susceptible de embargo por los acreedores de los padres.

En cuanto a la terminación del usufructo legal podemos decir que se aplican todos los casos del usufructo ordinario, pero tiene

(48) Planiol y Ripert, op. cit., p. 282.

(49) Josserand Louis, op. cit., p. 277.

(50) Planiol y Ripert, op. cit., p. 275.



además sus propias causas de terminación como son, el hecho de que el hijo cumpla dieciocho años; el divorcio de los padres, etc.

Causas de extinción de la patria potestad.—En este derecho las causas que determinan la extinción de la patria potestad son fundamentalmente tres: 1.—La muerte del hijo, 2.—Su emancipación, 3.—La muerte de uno de los padres y 4.—Caducidad del derecho por parte de los padres.

Es el último caso el que presenta mayor interés para su análisis; la caducidad puede operar de dos maneras, bien de pleno derecho, en cuyo caso se priva a los padres indignos de la patria potestad por disposición de la ley; o por declaración judicial mediante sentencia. El primer caso opera de pleno derecho si el padre incurre en alguna de las diversas situaciones previstas por la ley; además es total, en tanto que destruye todas las prerrogativas que implica la patria potestad y, en cuanto a los hijos, tiene carácter de generalidad absoluta, ya que el padre que comete delito en contra de uno de sus hijos, pierde la patria potestad sobre todos; es la autoridad paterna la que desaparece.

En segundo lugar tenemos el tipo de caducidad judicial, que puede a su vez subdividirse en dos, según sea decretada por un tribunal representativo o por un tribunal civil. En ninguno de los dos casos la pérdida de la patria potestad es irremediable ya que cuando ésta procede de una condena penal, se concede la acción de restitución cuando el padre ha obtenido su rehabilitación, beneficio que borra los efectos de la condena; cuando procede de un tribunal civil, la acción de restitución sólo puede ejercitarse tres años después de que haya causado ejecutoria la sentencia que decretó su caducidad.

Con esto damos por terminado el estudio de la patria potestad en el derecho francés, queriendo hacer notar que, a pesar de haber sido fuente de inspiración de diversas legislaciones, no se encuentra todo lo avanzado que la institución amerita, según se observa en diversas disposiciones que hemos analizado, tales como la que concede al padre, salvo raras excepciones, el ejercicio exclusivo de la patria potestad. Por otra parte observamos que el derecho francés regula dicha institución sólo en el caso de que se hubiere celebrado matrimonio entre los padres, ya que en ausencia de este vínculo sólo se conceden a los padres ciertas facultades que no alcanzan la gama tan amplia que comprende la potestad paterna; además, el derecho que se concede a los padres de hacer encarcelar al hijo por un tiempo más o menos prolongado,

nos parece una disposición excesiva, en virtud de que el padre puede actuar de manera arbitraria y con su actitud deformar el carácter del menor.

## 2.—Derecho Italiano.

En el moderno derecho italiano encontramos una evolución muy marcada al tratar la familia y destacar la importancia político social de la misma, a la que, según se desprende de disposiciones legales que más adelante analizaremos, se le atribuye en algunas ocasiones naturaleza pública. La institución materia de nuestro estudio, ha sido orientada hacia el mantenimiento del orden familiar; se ha procurado la protección de la persona y del patrimonio de los hijos, otorgándose al padre la autoridad y los medios para cuidar de la educación de los mismos.

Sin embargo encontramos que en algunos aspectos, como ocurre con la legislación francesa, ha permanecido estático; como ejemplo de lo antes dicho podemos adelantar lo siguiente: El poder paternal, a pesar de que es atribuido a ambos progenitores, es el padre el que lo ejerce mientras dure el matrimonio; otro aspecto que nos parece que no ha evolucionado lo suficiente es el que se establezca una división entre hijos naturales y legítimos, y como consecuencia de ello a los padres de los primeros no se les concede el derecho a la patria potestad, sino una simple tutela legítima.

Hecha la anterior aclaración, trataremos de desarrollar el aspecto que nos ocupa en el mismo orden que seguimos al examinar la legislación francesa.

El tratadista italiano Antonio Cicu considera que la patria potestad es una entidad compleja compuesta por un derecho y un deber, en la que predomina este último carácter, y la explica de la siguiente manera: "En la patria potestad, así como acontece en las relaciones entre el estado soberano y el ciudadano súbdito, la posibilidad de una relación jurídica entre padres e hijos la proporciona el hecho de que la tutela del interés del segundo, elevado a interés superior de la familia, se consigue por medio del control, ejercitado sobre quien desenvuelve el poder" (51).

Considera este autor que es un derecho-deber, y afirma que es sobre todo un deber que tienen los padres, pero al que no co-

---

(51) Cicu, Antonio. "El derecho de familia". Tr. Santiago Santes Melindo. Ed. Sociedad Anónima de Editores. Buenos Aires, 1947. p. 152.

responde, en forma reciproca, un derecho del hijo, ya que la seguridad de su cumplimiento se obtiene otorgando a personas distintas del hijo, como los parientes y el ministerio público, la función de vigilar y controlar la actuación del padre.

Cicu explica de la siguiente manera cómo la patria potestad entraña un derecho "sólo frente a quienes lo ostentaren como derecho propio, tal como se verificaría, por ejemplo, cuando la madre niega al padre dicha potestad, o cuando se discute si el padre la ha perdido o cuando se controvierte acerca de si es él el padre legítimo; es decir, no es un derecho respecto del hijo, sino respecto de todos los demás" (52).

Personas que ejercen la patria potestad.—En derecho italiano el ejercicio de la patria potestad corresponde a ambos progenitores pero, como ya lo hemos mencionado, es el padre quien lo detenta mientras el matrimonio existe, pudiendo darse el caso de que éste se halle imposibilitado para ejercerlo; en tal caso cesa la preeminencia de que goza al marido, pasando tal preeminencia a la madre, lo cual acontece en los siguientes casos: 1.—Por condena penal, 2.—Por ausencia presunta, 3.—Por interdicción pronunciada judicialmente y 4.—Por incapacidad proveniente de enfermedad mental grave.

Derechos en relación a las personas de los hijos. Son tres los derechos en relación a las personas de los hijos, a saber: educación, guarda y corrección.

La educación se ejerce sobre los hijos para proporcionarles una preparación tanto física como moral, exigiéndose que el hijo viva bajo el mismo techo paterno para que el padre pueda vigilar sus actos y orientarlo en forma adecuada.

Derecho de guarda.—El objeto principal de este derecho es la prohibición que se le hace al hijo de abandonar la casa paterna o la que se le haya asignado, sin permiso del padre o de la autoridad competente. Sin embargo existen dos casos de excepción: 1.—Alis-tamiento voluntario en el ejercicio y 2.—Por razones de estudio, oficio o profesión.

El tercer derecho de que goza el padre es el de corrección y se hace consistir al igual que en la legislación francesa en la posibilidad de hacer encarcelar al menor con el objeto de castigarlo

---

(52) Cicu, op. cit., p. 153.

por conductas indebidas. Al mencionar este punto queremos recordar la crítica que se hizo a la disposición francesa que consagra en la misma forma el derecho de corrección.

Derechos sobre los bienes de los hijos.—Estos, en la legislación italiana como en muchas otras, son dos: el derecho de administración y el de usufructo legal, incluyéndose dentro de el primero el derecho de representación.

Examinaremos el primero de ellos; para el ejercicio del derecho de administración, la legislación italiana hace distinción entre actos de simple administración, para los cuales los padres no necesitan recabar autorización alguna, y actos de disposición, que para poder realizarlos necesitan contar con autorización judicial.

En relación con los actos útiles o necesarios para la conservación y mejoramiento de los bienes y percepción de frutos, el padre tiene absoluta libertad para su ejecución.

El derecho de administración, al igual que la patria potestad misma, es de orden público y por lo mismo no es susceptible de transmisión o extinción en virtud de convenio.

El derecho de administración se extingue por las siguientes causas:

- 1.— Por mayoría de edad o emancipación del hijo.
- 2.— Por malos manejos del padre en la administración de los bienes del menor.

Usufructo legal.—Este derecho se concede al padre con el objeto de proveer al mejoramiento, protección y educación de los hijos.

Las principales características del derecho de usufructo son la inalienabilidad y la inembargabilidad, porque la patria potestad es irrenunciable en este aspecto.

Las obligaciones que tiene el padre como usufructuario legal son: hacer inventario de los bienes muebles y una descripción de los inmuebles; administrarlos como un buen padre de familia y conservarlos tanto en la materia como en la forma, así como soportar las reparaciones de los bienes.

Al usufructuario legal se le dispensa de dar caución legal, ya que se considera que el efecto del padre hacia los hijos es la

más sólida garantía de que éste no actuará en perjuicio de los menores.

**Fin del usufructo legal.**—El usufructo legal cesa en forma absoluta o en forma relativa. Las causas por las cuales cesa en forma absoluta son:

- 1.— Por muerte del hijo.
- 2.— Por haber llegado a su mayoría de edad.
- 3.— Por emancipación expresa o tácita.
- 4.— Porque el padre hubiere abusado de la patria potestad.
- 5.— Por la muerte de ambos padres.
- 6.— Por ausencia declarada de ambos padres.
- 7.— Por condena total de ambos padres que implique la pérdida del poder paternal.
- 8.— Por haber contraído ambos padres nuevo matrimonio.

Termina de manera relativa y para cada padre considerado individualmente:

- 1.— Por ausencia declarada de uno de los padres.
- 2.— Por conducta penal de uno de los padres.
- 3.— Por nuevo matrimonio de alguno de los padres.

**Fin de la patria potestad.**—Sigue la misma regla que la extinción del usufructo pudiendo ser absoluta o relativa; al efecto Stolfi dice que "cesa en forma absoluta cuando ésta desaparece dando lugar a la tutela, y el hijo ya no estará en forma alguna sujeto a la potestad de nadie; será relativa cuando se pierde tan sólo para uno de los padres" (53).

Por nuestra parte, queremos dejar sentado con relación a este punto, que en la legislación italiana muchos de los casos de pérdida de la patria potestad tienen carácter temporal, ya que el padre que la ha perdido puede recuperarla.

### 3.—España.

Empezaremos por mencionar algunas de las definiciones que en doctrina española se han formulado respecto a la potestad paternal.

Calixto y Valverde nos dice que la patria potestad "es el complejo de derechos y deberes de los padres para con los hijos

---

(53) Stolfi, N. "Diritto Civile", Torino, Ed. Unione Tipografico Editrice Torinese, 1921, vol. V, p. 569.

y de éstos para con aquéllos" (54); a este complejo de derechos y deberes lo denomina Código de Patria Potestad y afirma que el mismo tiene un doble aspecto: en sentido lato comprende los derechos y deberes recíprocos entre padres e hijos sin limitación de edad, y en sentido estricto únicamente por lo que hace al período comprendido durante la menor edad de los hijos.

Al efecto, el maestro Castán Tobeñas dice que: "La relación paterno filial, se caracteriza fundamentalmente por los deberes de protección y asistencia que tienen los padres para con los hijos, y necesita como elemento auxiliar un principio de autoridad de los padres, que es lo que tradicionalmente se llama patria potestad" (55).

Titulares del ejercicio de la patria potestad.—El artículo 154 del Código Civil español preceptúa que "el padre, y en su defecto la madre tienen potestad sobre sus hijos menores". De este precepto hay quienes pretenden deducir la atribución sucesiva de la patria potestad de los esposos.

Pero la jurisprudencia ha sostenido una opinión diferente, estimando que la palabra "defecto" que emplea la ley, no ha de entenderse en sentido de muerte del padre, sino en su acepción más general, para los casos de ausencia e interdicción del marido.

Más aún, el Tribunal Supremo, a través de la Sentencia del 13 de diciembre de 1909, establece la simultaneidad de ambas potestades, para la realización de todos los actos conducentes a los fines de familia, relativos a la educación de los hijos.

Sin embargo, esta pretendida simultaneidad en el ejercicio de la potestad paterna no responde a una realidad jurídica toda vez que en muchísimas situaciones es suficiente la opinión o autorización del padre para que, por ejemplo, el hijo menor pueda contraer matrimonio.

En virtud de lo anterior, podemos afirmar que el ejercicio de la patria potestad en derecho español, tiene carácter sucesivo, correspondiendo en principio al padre y sólo en caso de muerte, ausencia o incapacidad legal de éste, corresponderá a la madre.

Pasaremos ahora a analizar los casos en los cuales la madre ejerce la patria potestad aun en vida del marido:

---

(54) Calixto y Valverde. "Derecho civil español", Valladolid Ed. Cuesta, 1921, Tomo IV, p. 470.

(55) Castán Tobeñas, José. "Derecho civil español común y foral" Madrid, Ed. Reus, 1936, Tomo I, vol. I, p. 245.

1º.—Ausencia del marido.—Según el artículo 181 y siguientes del Código Civil español, la ausencia se determina por la separación de una persona de su domicilio, ignorándose su paradero y no habiendo dejado apoderado que le represente y administre sus bienes.

2º.—Interdicción del padre.—En razón de que los condenados a penas que lleven consigo la interdicción civil quedan sujetos a tutela, es imposible legalmente para los mismos ejercer la patria potestad, y al respecto, el artículo 229 de la legislación civil española establece terminantemente que "la mujer del penado ejercerá la patria potestad sobre los hijos comunes".

3º.—Incapacidad del padre.—Dentro de esta expresión quedan comprendidas causas tanto físicas como jurídicas, pero de acuerdo con el artículo 170 se suspende el ejercicio de la patria potestad y se constituye la tutela, siendo la madre a quien se le confiere en primer término.

4º.—Prodigalidad.—El artículo 220 del Código Civil español establece que si bien el pródigo conserva la potestad paterna, ésta se ve muy mermada, en razón de que se atribuye a la madre la administración de los bienes.

5º.—Divorcio.—El artículo 72 del Código Civil incluye entre las sanciones que deben imponerse al cónyuge culpable la pérdida de la patria potestad.

Nos corresponde ahora examinar el contenido que respecto a las personas de los hijos, se da a la patria potestad en la legislación española.

El artículo 155 del Código Civil consagra como deberes de los padres para con los hijos: el de alimentarles, tenerles en su compañía, educarles e instruirles de acuerdo con su fortuna y representarles en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

De la interpretación del mencionado artículo podemos derivar que en el mismo quedan comprendidos los siguientes derechos y deberes

1.—Derecho de guarda, por medio del cual se impide al hijo abandonar la casa paterna sin consentimiento de sus progenitores, en tanto no lleguen a la mayoría de edad. En derecho español la guarda de los hijos comprende como consecuencias necesarias: su

dirección intelectual, la facultad de intervenir su correspondencia, el derecho de escoger sus relaciones, vigilar sus estudios, etc.,

En el ejercicio de estas facultades pueden los padres ser asistidos por la autoridad pública, al tenor de lo dispuesto por el artículo 156 del Código Civil español, coincidente en esta materia como en tantas otras con los códigos extranjeros.

Inversamente, el abandono que haga el padre de tales deberes, constituye no sólo motivo para la pérdida y suspensión de la patria potestad, sino también para sanciones penales previstas en varios artículos del código respectivo.

2.—Representación de los hijos por sus padres. En el ya mencionado artículo 155 del Código Civil español, se concede a los padres este derecho, mismo que les es atribuido aun siendo menores de edad.

Trataremos ahora de los artículos 165 y siguientes del código que nos ocupa, en los que se comprende una excepción al principio general de la representación de los hijos menores por sus padres, que se presenta cuando entre ellos existe oposición de intereses. En este caso es el juez, a petición de parte interesada, quien confiere el cargo de defensor del menor a la persona a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de esta persona, a otro pariente o a un extraño.

3.—Derecho de corrección sobre los hijos.—El terecr derecho, o deber, según se le considere, que corresponde a los padres sobre los hijos es el de corregirles y castigarles moderadamente, según preceptúa el artículo 155 del Código Civil español, mismo que ya hemos citado en anteriores ocasiones.

El que nos ocupa es un derecho en cuanto que integra las prerrogativas de la patria potestad, pero simultáneamente constituye un deber, porque mediante su ejercicio se pretende corregir los defectos de los menores.

El ejercicio desmedido de las facultades concedidas a los padres entraña no solamente una infracción al derecho civil, que puede llegar a sancionarse con la pérdida de la patria potestad, de acuerdo con el artículo 171, sino que en ocasiones puede constituir un delito.

Por lo que toca a los medios con que cuentan los padres para hacer valer su autoridad, vemos que el procedimiento a seguir viene



a ser el mismo en todos los países de legislación romano-francesa. Así el artículo 156 del Código español preceptúa que el padre podrá reclamar el auxilio de la fuerza pública dentro del hogar para establecer en él la autoridad, como también podrá disponer la detención de sus hijos por término de un mes en establecimiento público destinado al efecto.

Hemos de añadir que el ejercicio de los derechos de guarda y corrección que los padres tienen sobre sus hijos está sometido a las modificaciones que se deriven de la situación anormal en que pueda encontrarse el matrimonio, a causa de nulidad, separación, divorcio, etc.

4.—El deber de alimentos.—Al lado de los derechos que acabamos de analizar, el Código Civil español se ocupa del deber que incumbe a los padres de alimentar a sus hijos, rigiéndolo en los artículos 142 y siguientes al mencionado cuerpo legal.

Las disposiciones del derecho español en esta materia guardan muchas analogías con las relativas de Francia e Italia a las que ya nos hemos referido, por lo que sólo nos detendremos en este punto de manera muy breve.

Bajo el concepto de alimentos, tratándose de filiación legítima, se comprende todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como los gastos de educación de los menores, de acuerdo con la capacidad económica del padre. En igual situación se encuentran los hijos legitimados; pero no sucede lo mismo tratándose de filiación ilegítima, pues los derechos de este tipo de hijos se encuentran especialmente restringidos como consecuencia de la prohibición que existe en derecho español de investigar la paternidad, los hijos ilegítimos de acuerdo con el artículo 141, únicamente tendrán derecho a demandar alimentos cuando exista sentencia firme por la que se reconozca la filiación.

Efectos de la patria potestad con relación a los bienes de los hijos.—Los artículos 159 y siguientes del Código Civil español, también coincidentes en su texto con los de la legislación francesa e italiana, establecen el principio general de la administración de los bienes de los hijos por sus padres y varias excepciones a ese principio, en las que se desarrolla la antigua teoría de los peculios, tomados primitivamente del derecho romano.

El derecho y la obligación de administrar el patrimonio de los hijos es una consecuencia natural derivada del ejercicio de la pa-

tria potestad, establecida en casi todas las legislaciones, pues existe la presunción de que nadie cuidará de los bienes del menor con más celo y solicitud que los propios padres.

El artículo 159 del Código Civil español establece que "el padre y en su defecto la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad".

En el precepto anterior advertimos lo que ya hemos comentado, en el sentido de que la madre sólo interviene en el ejercicio de la patria potestad a falta del padre, quien al existir absorbe todas las facultades inherentes al cargo.

En derecho español los bienes que el hijo posee se clasifican en la siguiente forma: (56)

1.—Bienes adquiridos con caudal de los padres, que éstos hayan puesto bajo la administración de el hijo. En este caso los hijos tienen sobre dichos bienes únicamente la administración que sus padres les hayan concedido, conservando los padres la propiedad y el usufructo del caudal, a no ser que expresamente cedan al hijo el todo o parte de las ganancias que obtengan.

2.—Bienes adquiridos por los hijos con su trabajo, su industria o por cualquier título oneroso. Tratándose de esta clase de bienes el hijo tiene la propiedad pero, por regla general, corresponde el usufructo y la administración al padre o a la madre según sea ésta o aquél quien ejerza la patria potestad.

Esta regla tiene las siguientes excepciones:

A.—Si el hijo vive en forma independiente con consentimiento de sus padres, le corresponde la administración, el usufructo y la propiedad sobre dichos bienes.

B.—Los bienes donados o legados son propiedad de los hijos y a ellos corresponde el usufructo, en tanto que a los padres corresponderá la administración, salvo disposición en contrario formulada expresamente por el donador.

C.—Los padres que por indignidad estén excluidos de una herencia que sus hijos recibieren, están también excluidos de la administración y usufructo de dichos bienes.

D.—Finalmente, los padres que reconocen o adoptan no tienen el usufructo sobre los bienes de los hijos reconocidos o adop-

---

(56) Castán Tobeñas, José. op. cit., Pág. 47.

tivos; y la administración tampoco la tendrán si no aseguran su manejo con fianza.

En cuanto a las obligaciones que adquieren los padres como administradores y usufructuarios de los bienes de los hijos, encontramos que se pueden clasificar en dos clases: generales y especiales (57). Entre las primeras tenemos que los padres tienen todos los deberes de un buen usufructuario y administrador; como usufructuarios tienen la obligación de hacer inventario pero no la de prestar fianza, salvo el caso de que contraigan nuevo matrimonio, debiendo en este caso constituir fianza hipotecaria.

Por lo que se refiere a las obligaciones especiales, éstas se presentan en caso de que el padre tenga sólo la administración, en cuyo caso deberá formular inventario de los bienes, con intervención del ministerio fiscal, y a propuesta de éste se podrá decretar por el juez el depósito de los bienes o valores mobiliarios del hijo.

Por último encontramos que la ley limita las facultades de disposición al impedir que los padres graven o enajenen los inmuebles de los hijos si no es por causa justificada y previa autorización del juez.

Respecto a los modos de terminarse la administración y el usufructo legal se aplican los preceptos del derecho común que no contraríen la finalidad de la patria potestad que debe procurar la protección y beneficio de la persona y bienes de los hijos menores.

Para terminar analizaremos lo relativo a la extinción de la patria potestad conforme al derecho español.

Castán Tobeñas (58) clasifica las causas de extinción de la patria potestad en absolutas y relativas, según se extinga la patria potestad en sí misma o con relación a la persona que la ejerce. Las primeras implican la extinción propiamente dicha, las segundas son más bien causas de pérdida de la patria potestad. En el primer caso se pueden mencionar.

- 1.—Muerte de ambos padres.
- 2.—Muerte del hijo.
- 3.—Emancipación del hijo, bien sea por matrimonio del menor, la mayor edad o la concesión del padre o la madre que ejerza la patria potestad.
- 4.—Adopción del hijo por otra persona.

(57) Calixto Valverde, op. cit., Pág. 507.

(58) Castán Tobeñas, op. cit., p. 56.

En cuanto a los modos relativos de extinción de la patria potestad, los mismos pueden ser extrajudiciales o judiciales. Por los primeros se comprenden las segundas o ulteriores nupcias de la viuda, que ocasionan en forma automática la pérdida de la patria potestad, a no ser que el marido en su testamento haya previsto la situación anterior, y manifestando su voluntad de que la madre conservara en este caso la potestad sobre sus hijos.

Del anterior precepto podemos decir que no encontramos antecedentes en ninguna de las legislaciones estudiadas, y tampoco del que le sigue, el 162, que establece que "si la madre viuda que ha pasado a segundas nupcias vuelve a enviudar, recobrará desde ese momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados".

Por lo que respecta a los modos judiciales, se presentan los siguientes:

1.—Sentencia firme en causa judicial, en la que se imponga la privación de la patria potestad como pena; este supuesto puede realizarse en caso de que el padre o la madre consientan la prostitución o corrupción de un hijo, igualmente se puede imponer a los padres que sean declarados culpables del delito de abandono de familia.

2.—La sentencia firme de divorcio en la que se declarase la pérdida de patria potestad.

3.—Sentencia judicial, en el supuesto de que los padres traten al hijo con excesiva dureza.

La patria potestad que se ha perdido, puede recuperarse cuando se presente alguno de los siguientes casos:

- A) La disolución del segundo o ulterior matrimonio de la madre.
- B) En algunas ocasiones la muerte del cónyuge que ha sido declarado inocente en caso de divorcio.
- C) Todos los demás casos en que cesan las causas que produjeron la pérdida de la patria potestad, como el regreso del padre que ha sido declarado ausente, la reconciliación en el divorcio, etc.

Con esto damos por terminado el estudio de la patria potestad en la legislación española, que consideramos, y así lo hemos ma-

nifestado al tocar algunos puntos concretos, se encuentra sumamente atrasada en el tratamiento de la institución que ahora nos ocupa.

#### 4.—Uruguay.

El artículo 252 del Código Civil del Uruguay establece que "la patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres en las personas y bienes de estos hijos menores de edad"; al decir "de estos hijos menores de edad" se refiere únicamente a los legítimos, ya que sobre los hijos naturales no se ejerce la patria potestad.

Respecto a los derechos y obligaciones que tienen los padres sobre las personas de los hijos, el artículo 256 establece el derecho de guarda en la siguiente forma: "Los hijos menores de edad no pueden, sin permiso de sus padres, dejar la casa paterna o aquella en que sus padres los han puesto, debiendo en todos los casos ser auxiliada la autoridad doméstica por la pública, al efecto de hacer volver a los hijos al poder y obediencia de sus padres".

Los padres dirigen la educación de sus hijos y los representan en toda clase de actos civiles (art. 258).

Los padres pueden exigir de los hijos que están bajo su autoridad que les presten los servicios propios de su edad, sin que estos puedan reclamar recompensa alguna (Art.259).

Los padres tienen la obligación de corregir moderadamente a sus hijos y cuando esto no fuere suficiente, pueden, de conformidad con el artículo 261, recurrir a un juez para que les imponga pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional; bastará al efecto la solicitud verbal del padre, y, principalmente del artículo citado en último término, deducimos la influencia, en estos casos nefasta que sobre la legislación uruguaya han ejercido las europeas, por los inconvenientes a que ya hemos hecho mención al tratar los temas relativos al derecho francés y español principalmente.

Atendiendo a las personas a cuyo cargo corre el ejercicio de la patria potestad, el artículo 240 establece lo siguiente: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

Estos derechos pertenecen al padre y en su defecto a la madre, a menos que ésta se encuentre divorciada por adulterio o privada del cuidado personal del hijo por su mala conducta.

En derecho uruguayo, la potestad de la madre se debe entender sin perjuicio del derecho que la ley concede al padre para señalar, por medio de disposición testamentaria, una persona con la que aquélla haya de consultar para su ejercicio, lo que consideramos muy censurable ya que ni aun en el caso de muerte del padre, se otorga a la madre la patria potestad plena.

Por lo que toca a la situación en la que se encuentran los bienes, vemos que, como en la mayoría de las legislaciones, derivados del ejercicio de la patria potestad, se encuentran dos derechos a favor de los padres: el de administración y el usufructo legal.

Como consecuencia de ello, el padre es el administrador de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

A pesar de ser los padres los administradores de los bienes de sus hijos, no pueden enajenar los bienes inmuebles sin autorización judicial ni constituir derechos reales sobre dichos bienes, ni hacer transacciones privadas con sus hijos de la herencia materna. Los actos realizados contra esta prohibición son nulos, y no producen por tanto ningún efecto legal.

La administración de los padres concluyen al llegar los hijos a la mayor edad, y la pierden por las siguientes razones:

- 1.—Cuando la administración sea ruinosa para los hijos.
- 2.—Cuando se pruebe la ineptitud para realizarla.
- 3.—Cuando se encuentren en estado de insolvencia y concurso judicial de acreedores.
- 4.—Cuando son privados de la patria potestad.

Respecto al usufructo se establece, que tanto el padre como la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos legítimos que estén bajo su patria potestad, con excepción de los siguientes:

- 1.—De los bienes que los hijos adquieran por sus servicios civiles, militares o eclesiásticos.
- 2.— De los que adquieran por su trabajo o industria, aun que vivan en casa de sus padres.
- 3.—De los que adquieran por casos fortuitos como jugar, apostar, etc.
- 4.—De los que hereden con motivo de la incapacidad del padre para ser heredero.

El usufructo de los bienes exceptuados corresponde a los hijos, al igual que el de los bienes adquiridos por herencia, donación o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto que el usufructo corresponda al hijo; lo mismo que los bienes donados a los hijos con indicación del empleo que deba hacerse de los respectivos frutos o ventas.

Las cargas del usufructo legal del padre y de la madre, son las que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de afianzar.

Pasaremos ahora a examinar la duración y formas de extinción de la patria potestad en derecho uruguayo:

La forma normal de terminar la patria potestad, es por haber llegado los hijos a la mayoría de edad; además de ella el Código Civil de ese país, establece las siguientes causas de pérdida de la patria potestad para los padres. De acuerdo con el artículo 285, previa sentencia de juez competente, en los siguientes casos:

- 1.—Por ser condenados como culpables de delito común.
- 2.—Si fueren condenados por sustitución, ocultación, atribución de falsa filiación o paternidad, exposición o abandono de niños o por vagancia.
- 3.—Si fueren condenados por dos veces a pena de prisión, como autores o cómplices de delitos a los que hubieren concurrido con sus hijos.
- 4.—Por favorecer la corrupción de menores.
- 5.—Si por sus costumbres depravadas o escandalosas, ebriedad habitual, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiesen comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de sus hijos, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la ley penal.
- 6.—Por haber hecho durante tres años abandono culpable de los deberes inherentes a su condición de padres y haber dejado de prestar a sus hijos los cuidados y atenciones que les deben.

También puede suspenderse la patria potestad por la prolongada demencia de los padres o por su larga ausencia.

En la mayoría de los casos mencionados, los padres que hubiesen perdido la patria potestad pueden pedir al juez su restitución.

Para terminar con el estudio de la patria potestad en el derecho uruguayo, mencionaremos las posibilidades que tienen las autoridades de intervenir en esta materia. En esta legislación, através de los artículos 254 a 274, se establece la intervención del juez en los siguientes casos: para declarar la pérdida de la patria potestad; cuando el padre recurre a él a fin de que imponga la pena de detención en un establecimiento correccional; para dar licencia al hijo, previo nombramiento de un curador, para demandar a sus padres por sus propios intereses; para quitar al padre o a la madre la administración de los bienes de los hijos, etc.

Con esto damos por concluido el estudio de la patria potestad en la legislación uruguaya y pasamos a estudiar el mismo tema en la legislación argentina.

## 5.—Argentina.

El Código Civil argentino define la patria potestad en su artículo 298, en los siguientes términos:

Art. 298.—“La patria potestad es el conjunto de derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados”.

De la anterior definición podemos desprender que en Argentina, la patria potestad se ejerce únicamente respecto de los hijos que sean menores de edad y no se encuentren emancipados.

Del estudio del Código Civil argentino podemos deducir el régimen que se establece en ese país en lo que se refiere a efectos de la patria potestad en las personas de los hijos que se encuentran sometidos a ella.

Vemos en primer lugar, que, como en casi todas las legislaciones, los hijos deben respeto y obediencia a sus padres, y aun cuando se encuentren emancipados, deben cuidarlos en su ancianidad, en estado de demencia o enfermedad, y proveer a sus necesidades en todas las circunstancias de la vida, en las que les sean indispensables sus auxilios. Deben igualmente habitar en la casa paterna, no pudiendo dejarla, ni enrolarse en el servicio militar, ni entrar en comunidades religiosas, ni ejercer oficio, profesión o industria sin licencia o autorización de sus padres.

Por otra parte, los padres están obligados a criar a sus hijos, elegir la profesión que han de tener, alimentarlos y educarlos con-



forme a su condición y fortuna, no sólo con los bienes de los menores, sino con los suyos propios. La obligación de dar alimentos se extiende no únicamente a la manutención del hijo, sino que también comprende vestido, habitación, asistencia y gastos por enfermedades.

Tienen igualmente los padres, la facultad de corregir a sus hijos, pero con moderación, y aun les es permitido, al igual que en otras legislaciones, que por medio de la intervención de un juez, puedan confiarlos en un establecimiento correccional por el término de un mes. Se establece que, si el padre se excede en el ejercicio de este derecho de corrección, deben las autoridades locales reprimirlo.

Por lo que respecta a las personas a cuyo cargo corre el ejercicio en la patria potestad así como a la situación de los bienes, en esta legislación se establecen los mismos principios que en la uruguaya, por lo tanto, no consideramos propio repetir aquí lo estudiado anteriormente.

Pasamos ahora a examinar los casos de terminación de la patria potestad en este derecho, que son los siguientes:

- 1.—Por muerte de los padres o de los hijos.
- 2.—Por profesión de los padres en institutos monásticos, o por profesión de los hijos con autorización de los padres.
- 3.—Por incurrir el padre o la madre en la pérdida de ella.
- 4.—Por llegar los hijos a la mayor edad.
- 5.—Por emancipación de los hijos.
- 6.—Por exposición o abandono de los hijos en la infancia.
- 7.—Por contraer la madre segundas nupcias.
- 8.—Por tratar a los hijos con excesiva dureza, o si les diesen ejemplos inmorales.

De acuerdo con los artículos 342 y 344 del Código Civil argentino, la patria potestad se suspende por ausencia de los padres ignorándose la existencia de ellos o por incapacidad mental.

#### 6.—Chile.

Brevemente examinaremos algunos aspectos de la legislación chilena, de la que hemos de decir que, junto con la italiana, española y portuguesa, pertenece al grupo de las legislaciones que si-

guen al Código Napoleón, y podríamos clasificar como de tipo romano, (59).

El Código Civil chileno en su artículo 240 establece que la patria potestad es "El conjunto de derechos que la ley da al padre o madre legítimos sobre los bienes de sus hijos no emancipados".

Por existir una gran semejanza entre la legislación chilena y la argentina respecto a la forma de tratar la patria potestad, damos por repetido lo mencionado en esta última, pasando a examinar únicamente la administración que se establece a cargo del padre, sobre los bienes del hijo.

Al respecto se establece que se le otorga la administración sobre los bienes en los cuales la ley le concede el usufructo, siendo responsable en el ejercicio de este derecho hasta de la culpa leve.

No ejerce la administración en los siguientes bienes:

1.—Los adquiridos por el hijo en el ejercicio de toda profesión liberal, industria u oficio.

2.—Los adquiridos por el hijo a título de donación, herencia o legado, cuando el donante o testador ha dispuesto expresamente que no los administre el padre.

3.—Las herencias o legados que hayan pasado al hijo por incapacidad o indignidad del padre, o por haber sido éste desheredado.

Al padre que administre los bienes de sus hijos, no se le obliga a hacer inventario solemne de los bienes del hijo, mientras no pase a otras nupcias, pero debe llevar una descripción circunstanciada de dichos bienes desde que empieza a administrarlos.

No podrá el padre en ejercicio de sus derechos de administrador, enajenar ni hipotecar en caso alguno los bienes raíces de los hijos sin autorización del juez, tampoco podrá donarlos ni darlos en arrendamiento por largo tiempo.

Finalmente, el padre pierde la administración:

1.—Cuando se haya hecho culpable de dolo o de grave negligencia habitual.

2.—Siempre que se suspenda la patria potestad por decreto judicial.

En cuanto al usufructo legal que poseen los padres, se establece que lo gozarán hasta la emancipación del hijo, y será res-

---

(59) Calixto y Valverde, op. cit., p. 470.

pecto de todos los bienes de éste, exceptuados aquellos sobre los cuales el padre no ejerce administración y a los que ya hemos hecho mención.

En el usufructo legal del padre de familia, éste no está obligado a otorgar fianza o caución, a diferencia de los usufructuarios normales, que deben otorgarla a fin de garantizar la conservación y restitución de la cosa usufructuada.

Por lo que toca a la intervención que se concede a las autoridades, tratándose de la patria potestad, vemos que el Código Civil chileno, en sus artículos 255 y 263, establece que tienen intervención las siguientes autoridades: el juez, para declarar el fin de la administración de los padres; para que le dé un curador al hijo a fin de que pueda litigar como actor contra su padre; para autorizar al padre a enajenar los bienes raíces del hijo; para dar permiso al hijo de comparecer en un juicio como actor, si el padre se lo ha negado; para suspender la patria potestad. También el defensor de menores tiene intervención en caso de suspensión de la patria potestad.

#### 7.—Alemania.

El concepto de patria potestad que se da en la legislación civil alemana, difiere en forma considerable de las legislaciones que hasta ahora hemos estudiado. En Alemania este concepto comprende el derecho y deber de cuidar de la persona y patrimonio del hijo, dándosele carácter tutelar a este poder que dura hasta que el hijo haya cumplido la mayoría de edad.

Normalmente, en vida de ambos padres, el padre ostenta el ejercicio de la patria potestad, pero se le concede a la madre el derecho de corrección.

El ejercicio de la patria potestad sólo se otorga tratándose de hijos legítimos.

En virtud del ejercicio de la patria potestad que tiene el padre, éste tiene el deber y el derecho de cuidar de la persona del hijo, y ello encierra a su vez las facultades siguientes:

a) Vigilancia.—Incumbe este derecho al padre con el objeto de precaver al hijo del peligro, y al mismo tiempo para evitar que el hijo cause perjuicios a terceros, de los cuáles, el padre resulta responsable. Derívase también del cuidado de la persona del hijo, el derecho que el padre posee de tenerlo en su compañía e

igualmente el de exigir la devolución del hijo de aquél que lo tenga contra derecho. Este derecho de vigilancia no es renunciabile ni transferible a otros, pero se puede valer de terceras personas para su cumplimiento, llevando al hijo a algún colegio.

b) Educación.—Este derecho y deber es impuesto por la Constitución en su artículo 120, el cual obliga a los padres hasta una cierta edad del hijo, consistiendo el deber de educación en influir psicológicamente sobre el menor para configurar su carácter; en caso de que los padres no puedan cumplir con esta obligación, la misma corre a cargo del estado.

c) Corrección.—El derecho de educación de los hijos, da nacimiento a la facultad que tienen los padres para ejercer los medios prudenciales de corrección, a pesar de que la ley no precisa cuáles son esos medios. El tribunal, a petición del padre, debe apoyar a éste en la aplicación de las medidas correccionales que juzgue adecuadas.

En relación a los bienes del hijo, el derecho alemán otorga al padre los siguientes derechos:

1.—Administración del patrimonio y representación.—La administración consiste en la facultad de cuidar del patrimonio del menor: se extiende este derecho sobre todos los bienes del menor con excepción de los que el hijo adquiere por causa de muerte o por atribución gratuita entre vivos, si es voluntad del donante que el padre quede excluido de la administración.

Al administrador del patrimonio corresponde la representación del hijo en asuntos patrimoniales; este derecho de representación se limita en la misma forma que el poder que se confiere a un tutor el padre puede transferir en nombre de sus hijos, poderes a otra persona, pero tiene prohibido transferir el derecho de representación en sí, a otras personas. Está obligado a tomar posesión de las cosas pertenecientes al hijo; puede disponer en nombre propio o en el de su hijo, de los bienes objeto del patrimonio, pero responde con indemnización cuando la disposición hecha por él vulnera los intereses del hijo.

El padre requiere de la autorización del tribunal de tutelas en los siguientes casos: para disponer de bienes raíces o de derechos sobre de ellos, y para otorgar poderes generales.

Ya hemos dicho que la administración no es tan sólo un derecho, sino que es también un deber, y al respecto el padre debe obrar con la diligencia que deba poner a sus propios asuntos.

El padre no puede renunciar ni ceder la administración, pero sí puede nombrar un apoderado que le ayude al cumplimiento de la precitada obligación.

La administración del patrimonio por el padre tiene especiales motivos de terminación, tales como:

a).—Por firme declaración de concurso sobre los bienes del padre.

b).—Por infringir culposamente el derecho del hijo a los alimentos, o cuando exista peligro inminente de que la obligación quede incumplida.

c).—Cuando el padre no cumple las órdenes que le da el tribunal de tutelas, o no cumple con sus deberes legales de hacer un inventario de los bienes, después de la muerte de la madre.

2.—Disfrute.—La doctrina está acorde en considerarlo como un derecho de usufructo de tipo especial, dado su fin y objeto.

Se extiende a todos los bienes del menor, con excepción del patrimonio libre. El patrimonio libre de disfrute se comprende de:

a).—Las cosas de uso personal.

b).—Aquello que el hijo adquiere por su trabajo.

c).—Lo que adquiere por causa de muerte.

d).—Lo que adquiere por alguna industria, en forma independiente del padre.

e).—Por disposición expresa de una atribución entre vivos.

f).—Los objetos a los cuales el padre ha renunciado.

El derecho de disfrute no es transmisible ni embargable, en cambio los frutos adquiridos por el padre, sí pueden serlo.

Por lo que se refiere a las causas que ponen fin al disfrute o usufructo del padre tenemos las siguientes:

a).—Por casamiento del hijo, aun cuando éste, mientras es menor, no puede contraer matrimonio libremente; y

b).—Por infracción de los deberes alimentarios.

Patria potestad de la madre.—Antes del estudio de los modos de finalizar el poder del padre, analizaremos en forma breve los derechos de la madre en esta materia.

Al efecto, en la legislación alemana se le concede a la madre el ejercicio de la patria potestad solamente en el caso de

que el padre se halle impedido para ejercerla, como sucede en los siguientes casos: enfermedad, ausencia, suspensión o privación de la patria potestad, etc.; en estos supuestos el ejercicio de la patria potestad pasará a la madre, mientras dure el matrimonio, pero no podrá poseer el disfrute de los bienes del hijo. En los dos últimos casos mencionados, dispone la ley que a la madre se le nombre un curador.

Fin de la patria potestad.—En el presente rubro estudiaremos en primer término, la suspensión de la patria potestad, y en segundo lugar la terminación propiamente dicha de esta institución.

Encontramos en la legislación que la patria potestad se suspende en los siguientes casos:

- 1.—Si el padre se encuentra limitado en su capacidad.
- 2.—Si se le ha declarado ausente.
- 3.—Si se encuentra purgando determinados tipos de condenas.

Casos en que la patria potestad termina:

- 1.—Cuando el hijo llega a la mayor edad o es declarado como tal.
- 2.—Por muerte o declaración de muerte del padre.
- 3.—Cuando el padre comete determinados delitos, y
- 4.—La adopción motiva la terminación de la autoridad paterna para el padre consanguíneo.

Refiriéndonos a la suspensión y terminación de la patria potestad de la madre, podemos decir que se sujeta a los mismos principios que hemos señalado para el padre.

#### 8.—Legislación Soviética.

La Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas es, sin lugar a dudas, de las naciones que en la actualidad cuentan con legislación más avanzada, y una clara muestra de ello la encontramos precisamente en la institución que nos ocupa y que se encuentra reglamentada en dos cuerpos legales denominados "Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela" y "Nueva Legislación acerca de la Familia y la Maternidad", que son claros ejemplos del adelanto jurídico alcanzado en protección de la familia, y especialmente de la mujer y los hijos, a los cuales muy pocas legislaciones amparan en la forma que lo hace la soviética.

La "Nueva Legislación acerca de la Familia y la Maternidad" establece, primordialmente, la situación en la que se encuentra la mujer, a la que se le reconoce igual número de derechos políticos, sociales y familiares que al hombre; y en atención a que es sobre ella que recae la responsabilidad del nacimiento de los hijos, se establecen medidas de protección tales como: subsidios para la adquisición de objetos necesarios para el cuidado de recién nacidos, para el amamantamiento del niño, a favor de mujeres prolíferas, de madres solteras, etc.; sanciones para quien se negare a aceptar en el trabajo a mujeres pretextando su embarazo, así como para aquél que fuere omiso en el pago de alimentos, etc.

Al examinar el "Código del Matrimonio, la Familia y la Tutela", que es el más interesante para el tema que tratamos, vemos que se encuentra dividido en cuatro títulos, a saber:

El título primero trata del matrimonio. El título segundo trata de las relaciones mutuas entre los hijos y los padres y las demás personas unidas en parentesco, constando de tres capítulos denominados: a) Disposiciones generales; b) Derechos y obligaciones de las personas unidas en parentesco y c) De la adopción.

El título tercero nos habla de lo relativo a tutela y curatela; y el cuarto, de las inscripciones de actas del estado civil.

Lógicamente, el que más interesa a la materia que analizamos es el título segundo, mismo que se refiere en forma completa a las disposiciones que regulan la patria potestad en la legislación soviética.

El primer precepto del capítulo de las relaciones mutuas entre los hijos, padres y demás personas unidas en parentesco, sigue en lo general los mismos postulados e ideas básicas de nuestra legislación positiva, así vemos:

Art. 25.—Los derechos recíprocos de padres e hijos tienen sus bases en la consanguinidad. Los hijos cuyos padres no se hayan unido en matrimonio gozan de iguales derechos que los hijos de personas unidas en matrimonio.

De la transcripción del artículo anterior, podemos llegar a la conclusión de que al igual que en nuestro ordenamiento respectivo, en la legislación soviética no se hace la odiosa diferencia entre hijos legítimos y naturales, que muchas legislaciones aun conservan.

Dentro del capítulo denominado de los derechos y obligaciones de las personas unidas por parentesco, encontramos que los derechos que se estipulan en favor de quien ejerce la patria potestad, han de ejercerse en interés exclusivo de los hijos, bajo pena de privación de tales derechos, ordenada por el tribunal competente.

El artículo 34 del ordenamiento que examinamos, prevee las soluciones que pueden darse en relación con el apellido que habrán de llevar los hijos, con lo que se desprende que aun en este aspecto, se le reconocen a la mujer igualdad de derechos, otorgándole la posibilidad de conservar su propio apellido.

El artículo 38 establece, que todas las disposiciones relativas a los hijos habrán de tomarse por ambos padres conjuntamente; en caso de desacuerdo entre los padres, el conflicto se resolverá por los órganos de tutela y curatela con la participación de aquéllos.

Es obligación de los padres cuidar a sus hijos menores y en forma particular educarlos y prepararlos para actividades socialmente útiles.

En cuanto a la representación jurídica y al patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad, también coincide con nuestra legislación, en tanto que se establece que la defensa de los intereses personales y patrimoniales de los hijos menores de edad corresponde a los padres, quienes son sus representantes.

Se establece que en caso de incumplimiento de los padres de sus obligaciones y del ejercicio de sus derechos paternos, así como en el caso de crueldad en el trato para con los hijos, tribunales especializados resolverán acerca de la separación de los hijos del lado de los padres, y su sujeción a organismos de tutela y curatela.

La obligación alimentaria a cargo de los padres o abuelos respecto de los menores, se ve correspondida con el establecimiento de la misma obligación a cargo de los hijos y en favor de los padres o abuelos en caso de que éstos se vean necesitados, lo cual es de estricta justicia.

Normas tan adelantadas como las que hemos examinado, han merecido comentarios tan elogiosos como el siguiente: "Entre las



legislaciones que figuran a la cabeza de la evolución, estableciendo una igualdad casi absoluta entre los derechos del padre y la madre para el ejercicio de la patria potestad, pueden señalarse como tipos el Código de la Familia para las Repúblicas Soviéticas y el Código Civil Mexicano" (60).

(60) Fernández Clérigo, Luis, "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada". México, Ed. UTHEA, 1947, p. 281.

## Capítulo IV

### LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

De acuerdo con la naturaleza de las relaciones que crea el matrimonio, la patria potestad corresponde a los padres. Esto acontece en todas las legislaciones. ¿Pero se entiende en cada una de ellas de la misma manera el poder de los padres? Entre éstos ¿Es exclusivamente el padre quien debe ejercitar el poder o corresponde también a la madre?

Las modificaciones que ha sufrido el derecho de familia, desde los tiempos en que el pater familias era el dueño y señor del hogar, hasta los tiempos actuales en los que se considera a la patria potestad como una institución en beneficio de los hijos, son ejemplos claros de la importancia que se ha reconocido a esta clase de relaciones.

Si puede decirse que en los pueblos de mayor cultura existen grandes semejanzas en la organización de la familia en su parte fundamental, los detalles varían en cada legislación. Para unas el padre ejerce la patria potestad, y para otras el padre y la madre conjuntamente, o el padre y en su defecto la madre; para unas la sujeción de los hijos al poder del padre es más extensa que para otras; por lo que respecta a los bienes y a los derechos que sobre éstos corresponden a los padres se pueden señalar ejemplos que varían desde la autorización más amplia, hasta la restricción más completa; en estas condiciones, podemos imaginar el cúmulo de problemas que se presentarán al proyectar la patria potestad al plano internacional.

En esta situación, que será prácticamente imposible hacer desaparecer, es indispensable encontrar una solución respecto a cuál ha de ser la norma aplicable, y ésta nos la proporciona el Derecho Internacional Privado.

Necesitamos saber cuál es la ley que rige las relaciones entre padres e hijos y por lo tanto la que organiza la patria potestad, determina su duración y reglamenta sus consecuencias.

### 1.—Soluciones clásicas propuestas.

A grandes rasgos podemos apuntar que en doctrina son tres las tesis aportadas al respecto.

La primera de ellas es la que establece que debe ser una ley de tipo personal o extraterritorial la que debe regir las relaciones derivadas de la patria potestad.

La segunda, sostenida por muy pocos autores considera que debe ser una ley de tipo territorial la que regule tanto las relaciones personales como las patrimoniales derivadas de la patria potestad.

La tercera adopta una postura ecléctica; las relaciones personales derivadas de la patria potestad habrán de regirse por una ley de tipo personal; las consecuencias patrimoniales de la patria potestad, serán normadas por la ley de la situación de los bienes, es decir, por una ley de tipo territorial.

Pasaremos ahora a analizar en forma más detallada las tres corrientes arriba apuntadas.

A.—Estatuto Personal.—La doctrina se inclina generalmente porque los conflictos que surjan en relación con el poder paterno, se rijan por una ley de tipo personal, entendiéndose por ésta la ley de la nacionalidad o la del domicilio, según los sistemas.

Adoptando el estatuto personal, surge el problema de qué ley —la del padre o la del hijo, en caso de que sean diversas— será la aplicable al conflicto surgido en materia de la patria potestad.

a).—Ley Nacional del Padre.—Se funda este sistema en que la patria potestad es una consecuencia de las relaciones de paternidad y de filiación que unen al hijo con el padre, siendo una dependencia del derecho de familia y por consiguiente debe ser regida por la ley que gobierna la familia misma, en la medida en que el orden público internacional autorice la aplicación de esta última.

“Realmente, sólo la aplicación de la ley nacional del supuesto titular de la patria potestad garantiza la unidad de la familia, ya que los diferentes hijos pueden ostentar diversas nacionalidades.

Además, en todos aquellos casos en los cuales la nacionalidad del hijo se basase en el "ius sanguinis", nos conduce a la teoría modernista, que desea aplicar la ley personal del hijo, a un círculo vicioso, ya que el hijo posee la misma nacionalidad que el titular de la patria potestad, por lo cual hemos de saber previamente quién la ejerce, antes de poder determinar la nacionalidad del hijo" (61).

La unidad de la familia es así una razón que pesa en el Derecho Internacional Privado y como dice Niboyet "la patria potestad aunque se establece en interés del hijo, no por eso deja de ser parte esencial del estatuto jurídico de la familia, en el cual predomina la ley del padre, esta ley es la que rige los diversos efectos del matrimonio, principalmente la filiación, y la patria potestad no es más que una consecuencia de esta filiación, desde el punto de vista práctico es preferible que la ley rija las diversas relaciones jurídicas de la familia, a fin de que éstas no varíen con respecto a los hijos, según la nacionalidad de cada uno de ellos" (62).

La ley de la nacionalidad del padre habrá de regir, según esta corriente, tanto las relaciones personales como las patrimoniales.

Siguen este sistema la mayoría de los autores y las legislaciones de Italia, España, Chile, Salvador, Colombia y Uruguay entre otras.

b).—Ley del domicilio del padre.—Muy semejante y basada casi en los mismos argumentos que la tesis que acabamos de exponer, es la que sostiene que la patria potestad y sus efectos deben ser regidos por la ley del domicilio del titular de la misma. En este caso se señala como ventaja que la ley del domicilio del padre que la ejerce, es la misma que la del hijo, por tener éste como incapaz el domicilio del padre, también se argumenta a favor de la aplicación de esta ley, que generalmente coincide con la ley del lugar donde se ejercita la patria potestad.

"Aceptamos el primer sistema. La ley personal, siendo ésta la ley del domicilio actual de los padres, rige la patria potestad y las relaciones personales entre padres e hijos. Las observaciones que se han formulado contra la ley del domicilio en este caso, corresponden a las que los partidarios de la nacionalidad encuen-

---

(61) Goldschmidt, Werner. "Sistema y filosofía del derecho internacional privado", Editorial Bosch, Barcelona, 1949, Pág. 240.

(62) Niboyet, J. P. "Principios de Derecho Internacional privado", Traducción de Rodríguez Ramón, 2a. edición, México, Ed. Nacional, 1965 Pág. 645.

tran siempre que se reemplaza ésta por aquella solución general. Si dificultades encuentran la ley del domicilio con sus cambios frecuentes, no menores son las que presenta la de la nacionalidad, cuando el padre deja su nacionalidad originaria y cuando los hijos se encuentran con una nacionalidad que tiene por origen el "jus soli". La relación entre los padres y los hijos obedece principalmente a los intereses de los últimos que tienen su causa y su manifestación en el cariño de los primeros; y si los padres pueden alterar la ley personal por cambio de domicilio, y a ello los induce el deseo de conseguir una alteración en los derechos de los hijos, puede asegurarse que éstos estarán comprendidos en los casos de excepción.

Tratándose de la patria potestad en sus efectos sobre las personas, serán las medidas de corrección, la educación religiosa o la obligación de prestar alimentos, los únicos casos quizá que podrían servir de incentivos para el cambio operado por voluntad de los padres; pero fuera de que los padres que tal cosa pretendieran no se pararian ante un cambio de nacionalidad, en ningún caso conseguirían por el cambio el resultado esperado, aplicando las reglas establecidas en el sistema mismo" (63).

c).—Ley del Domicilio del Padre al Nacer el Hijo.—La patria potestad en sí misma y en cuanto a las relaciones derivadas de ella, se rige por la ley del domicilio del padre al tiempo del nacimiento del hijo, o sea por la ley del domicilio de origen del hijo.

Este sistema se funda en que las relaciones de familia con respecto a la paternidad y a la filiación se inician con la ley del domicilio que tiene el padre en el momento del nacimiento del hijo. Adoptando la ley del domicilio como ley personal, el padre y el hijo tienen la misma ley en aquel momento, y siguiéndola se le da estabilidad y se evita que baste la voluntad del padre para cambiar la situación del hijo. Es posible que sean varios los hijos y éstos tengan diferentes domicilios de origen y se encuentren así una familia regida por diversas leyes, pero ésto no traerá mayores inconvenientes. Se trata —dicen los que sostienen esta corriente, Savigny a la cabeza— de los intereses de los hijos y a su ley deben referirse todas las relaciones jurídicas que les afecten, cualquiera que pueda ser el interés de los padres.

(63) Alcorta, Amancio. "Derecho internacional privado", Tomo segundo, Segunda edición, publicado por: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1927, Pág. 150.

d).—Ley del Domicilio Matrimonial.—La patria potestad en si misma y en cuanto a las relaciones derivadas de ella, se rige por la ley del domicilio matrimonial.

Este sistema trata de dar a la relación de derecho una base como ha hecho el anterior, fijando su origen en el matrimonio mismo. El matrimonio o la unión del hombre y la mujer crea para la ley las relaciones de familia y debe suponerse que el hijo nace bajo la luz de esas relaciones.

No hemos encontrado que ningún autor sostenga este punto de vista, únicamente se menciona como una posibilidad teórica.

e).—Ley Nacional del Hijo.—A favor de esta solución se aduce el carácter de función protectora que la patria potestad reviste según la unánime concepción actual. Al respecto, en la doctrina alemana —y aun cuando el derecho alemán escogió la ley nacional del padre— Wolff expone: "Habría sido consecuente con el espíritu del derecho de protección alemán, que en vez del derecho nacional del padre, se hubiese declarado aplicable en general el del hijo" (64).

"Si el incapaz y su protector (tutor, curador, concejo judicial), son de nacionalidad diferente, la doctrina y la jurisprudencia están generalmente de acuerdo, en Francia como en el extranjero, para aplicar en principio la ley personal del incapaz. La razón de ello es que la protección está instituida en favor del incapaz y ya de ningún modo, como una prerrogativa para el protector" (65).

B).—Estatuto territorial.—Un reducido número de autores se inclina porque la patria potestad en si misma y por lo que hace a las relaciones derivadas de ella, deben regirse por la ley del país en que se hacen efectivos los derechos y deberes que son su consecuencia.

Esta corriente encuentra su fundamento en el hecho de que cada estado en forma soberana puede determinar en su territorio todas las características de la patria potestad: su forma, sus efectos, su ejercicio en cuanto a la persona y a los bienes; puede imponer una determinada capacidad, condición, duración, extensión

---

(64) Wolff, Martin, "Derecho internacional privado", Tr. José Roviera Ermengol. Ed. Labor, S. A., 1936, Barcelona, p. 331.

(65) Batiffol, Henri. "Traité élémentaire de droit international privé", 2a. Ed. Librairie Générale de Droit et. de Jurisprudence, paris, 1955, p. 477.

y las restricciones que creyese convenientes al objeto de su disposición; pero estas estipulaciones solamente tendrán efecto dentro de su territorio respecto a sus nacionales o de los que se asimilan a éstos; no podrían ser impuestas a las soberanías extranjeras, pues estando tales disposiciones incorporadas al derecho interno de cada país, no podrían menos de producir una colisión perpetua con las leyes extranjeras sobre la misma materia.

c).—Postura Ecléctica.—Una tercera solución que puede presentarse es la que llamaríamos ecléctica, en virtud de que por lo que corresponde a las relaciones personales derivadas de la patria potestad, establece que deben ser regidas por una ley de tipo personal, pudiendo ser ésta la ley de la nacionalidad ya sea del padre, sea del hijo o la del domicilio.

Las relaciones de tipo patrimonial derivadas de la patria potestad, habrán de regirse en cambio por la ley de la situación de los bienes.

Este sistema se funda en que aun cuando los derechos y deberes emanen de la patria potestad, cuando se han de hacer efectivos sobre bienes, éstos tienen un régimen especial y sus principios directores responden a un orden de ideas completamente diferente. La ley de la situación de los bienes regula, con exclusión de cualesquiera otra, los derechos reales aplicables a los bienes.

Esta es la solución que a nuestro juicio parece más adecuada en atención de que permitiendo la aplicación de la ley de la ubicación de los bienes, evita que se presente conflicto entre la ley que rige el aspecto patrimonial de la patria potestad y la que regula a los bienes; protege los intereses de terceros y elimina la intervención excepcional del orden público internacional en el lugar de la situación de los bienes.

## 2.—Codificaciones.

Diversos han sido los intentos que han realizado los estados, por coordinar las normas de Derecho Internacional Privado en sus respectivos países, a través de la contratación extranacional. De entre ellos mencionaremos algunos que a nuestro juicio tienen mayor importancia por haber sido suscritos por diversos países de nuestro Continente; en forma especial citaremos el Restatement of the Law of Conflicts of Laws, el que pretende dar normas de solución de conflictos para los diversos Estados de la Unión Americana.

A).—Tratado de Montevideo de 1889.—A continuación se transcriben las disposiciones del tratado relacionadas con la patria potestad.

Artículo 10.—“La capacidad de las personas se rige por la ley de su domicilio”.

Artículo 60.—“Los padres, tutores y curadores, tienen su domicilio en el territorio del estado por cuyas leyes se rigen las funciones que desempeñan”.

Artículo 70.—“Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales”.

Artículo 14.—“La patria potestad en lo referente a derechos y deberes personales se rige por la ley del lugar en que se ejercita”.

Artículo 15.—“Los derechos que la patria potestad confiere a los padres sobre los bienes de los hijos, así como su enajenación y demás actos que los afecten, se rigen por la ley del estado en que dichos bienes se hallan situados”.

Artículo 23.—“La hipoteca legal que las leyes acuerden a los incapaces, sólo tendrá efecto cuando la ley del estado en el cual se ejerce el cargo de tutor o curador, concuerde con la de aquél en que se hallen los bienes afectados por ella”.

Artículo 24.—“Las medidas urgentes que conciernen a las relaciones personales entre los cónyuges, al ejercicio de la patria potestad y a la tutela y curatela, se rigen por la ley del lugar en que residan los cónyuges, padres de familia, tutores y curadores”.

Artículo 25.—“La remuneración que las leyes acuerden a los padres, tutores y curadores y la forma de la misma, se rige y determina por la ley del estado en el cual fueron discernidos tales cargos”.

Artículo 64.—“Los jueces del lugar de la residencia de las personas son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 24”.

Comentario.—a).—De la lectura del artículo 10. del Tratado se desprende que los congresistas adoptaron como ley aplicable para la capacidad, la del domicilio. “Más jurídico que la nacionalidad y menos variable que la residencia, el sistema del



domicilio resiste con éxito los embates de los partidarios de otros sistemas. Su carácter eminentemente jurídico previene críticas sacadas de una supuesta confusión entre "origo" y el "domicilium" de los antiguos tratadistas, al mismo tiempo que reviste las condiciones pertinentes de una doctrina de derecho privado. Basado sobre la permanencia ordinaria de un lugar preciso, ello le imprime un sello de fijeza relativa, que impide la frecuencia de los cambios y que subsana todos sus inconvenientes, manteniendo la capacidad adquirida en el domicilio anterior y designando la residencia como domicilio del que carezca de otro menos inestable". (66).

b).—Excepción al principio general.—De los artículos 14 y 15 del Tratado, observamos que por lo que respecta a los menores de edad se ha hecho un distinguo entre relaciones personales y relaciones patrimoniales, debiendo aplicarse a las primeras la ley del lugar donde se ejercita y a las segundas la ley del lugar donde se encuentran ubicados los bienes.

c).—La anterior afirmación ha sido muy criticada por los partidarios de que las relaciones que se originan en la patria potestad deben regirse por una ley de tipo personal. "Es fácil comprender que los artículos 14 y 15 del Tratado de Montevideo, abren camino a la arbitrariedad y a la incertidumbre. No se tienen en cuenta el interés y derecho del hijo; y el padre con variar de residencia, cambia el lugar en que ejercita la patria potestad y la somete a la ley que le conviene. Situando la fortuna del hijo donde le plazca, el padre crea o aumenta su usufructo, enajena los bienes con más facilidad y disminuye o suprime la hipoteca legal que garantiza su función... Los llamados efectos reales de la patria potestad no se sustraen al concepto fundamental de las relaciones de familia que anteriormente hemos expuesto. No cabe desarticular la familia sólo porque se trate de sus bienes, estableciendo un régimen distinto para cada propiedad a título de su situación. Son universalidades jurídicas como la sucesión o el régimen económico del matrimonio y la unidad del título o motivo de la institución puede y debe prevalecer sobre las leyes locales". (67).

---

(66) Dr. Quintana, "Informe de la comisión de derecho civil en mayoría". En *Actas y Tratados Celebrados por el Congreso Internacional Sudamericano*. Montevideo, Pag. 463.

(67) Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio. "Derecho Internacional Privado", Tomo II, Tercera Edición, Editorial Cultural, S. A., La Habana, 1943, Pag. 850.

B).—Código Bustamante.

Artículo 3.—“Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: 1.—Las que se aplican a las personas en razón a su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno; 2.—Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional; 3.—Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado”.

Artículo 7.—“Cada estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior”.

Artículo 27.—“La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local”.

Artículo 69.—“Están sometidos a la ley personal del hijo la existencia y el alcance general de la patria potestad respecto de las personas y los bienes, así como las causas de su extinción y recobro, y la limitación por las nuevas nupcias del derecho de castigar”.

Artículo 70.—“La existencia del derecho de usufructo y las demás reglas aplicables a las diferentes clases de peculio, se someten también a la ley personal del hijo, sea cual fuere la naturaleza de los bienes y el lugar donde se encuentren”.

Artículo 71.—“Lo dispuesto en el artículo anterior ha de entenderse en territorio extranjero, sin perjuicio de los derechos de terceros que la ley local otorgue y de las disposiciones locales sobre publicidad y especialidad de garantías hipotecarias”.

Artículo 72.—“Son de orden público internacional las disposiciones que determinan la naturaleza y límites de la facultad del padre para corregir y castigar y su recurso a las autoridades, así como las que lo priven por incapacidad, ausencia o sentencia”.

Comentario.—a).—Las expresiones de orden público interno y orden público internacional, utilizadas en el artículo 3o. de este

Código, deben ser consideradas como extraterritoriales las primeras y territoriales las segundas.

b).—El artículo 7o. transcrito, no resuelve el problema de cuál ha de ser la ley aplicable tratándose de leyes extraterritoriales, pues deja a las normas internas de cada estado la posibilidad de aplicar la del domicilio o la de la nacionalidad, ya que el Código no se decide por ninguna de las dos.

c).—No incluye ninguna definición de domicilio.

d).—Previene respecto de la patria potestad que tanto las relaciones personales como patrimoniales, deberán de regirse por la ley personal del hijo, sin precisar tampoco en este caso concreto si esta ley deberá ser la de su nacionalidad o la de su domicilio. (Artículos 69 y 70).

e).—Establece como excepción, la aplicación de la ley territorial cuando se depare perjuicio a terceros y cuando existan disposiciones locales sobre publicidad y especialidad de garantías hipotecarias. (Artículo 71).

f).—También tratándose del derecho de corrección, deberá regir la ley territorial, para que el ejercicio de esa facultad no exceda al límite establecido por ella. (Artículo 72).

En términos generales se puede afirmar que el "Código Bustamante", como Código de Derecho Internacional Privado que es, nada tiene que ver con la uniformidad del derecho internacional; al contrario, formula reglas de conflictos de leyes, que parten de la base de que las legislaciones internas son diferentes. Son completamente distintas las reglas uniformes, habrá que decidirse por las reglas internacionales". (68).

C).—Tratado de Montevideo de 1940.

El tratado de derecho civil, fruto del Congreso de Montevideo reunido en los años de 1939 y 1940, establece las disposiciones generales sobre capacidad y las especiales sobre patria potestad que a continuación se transcriben:

---

(68) Código Bustamante estudio comparativo de, los tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Law; elaborado por el delegado de Colombia en el Comité Jurídico Interamericano, 1953, Unión Panamericana, Secretaría General, OEA, Washington, D. C., septiembre, 1957, Pág. 104.

Artículo 1.—“La existencia, estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, de raza, nacionalidad u opinión”.

Artículo 2.—“El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida”.

Artículo 7.—“Los incapaces tienen el domicilio de sus representantes legales”.

Artículo 18.—“La patria potestad, en lo referente a los derechos y a los deberes personales, se rige por la ley del domicilio de quien la ejercita”.

Artículo 19.—“Por la misma ley se rigen los derechos y las obligaciones inherentes a la patria potestad respecto de los bienes de los hijos, así como su enajenación y los demás actos de que sean objeto, en todo lo que, sobre materia de estricto derecho real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de tales bienes”.

Artículo 24.—“Las medidas urgentes que conciernen al ejercicio de la patria potestad, se rigen por la ley del lugar en que residen los padres”.

Artículo 59.—“Las acciones que procedan del ejercicio de la patria potestad y de la tutela y curatela sobre la persona de los menores e incapaces, y de éstos contra aquéllos, se ventilarán en todo lo que les afecte personalmente ante los tribunales del país en que estén domiciliados los padres, tutores o curadores”.

Artículo 60.—“Las acciones que versen sobre la propiedad, enajenación o actos que afecten los bienes de los incapaces, deben ser deducidas ante los jueces del lugar en que esos bienes se hallan situados”.

Artículo 64.—“Los jueces del lugar de la residencia de las personas, son competentes para conocer de las medidas a que se refiere el artículo 24”.

Comentario.—a).—Todo lo relacionado con la capacidad de las personas, habrá de regirse con este Tratado, por la ley del domicilio; en consecuencia la patria potestad se rige por la ley del lugar del domicilio de la persona que la ejercita, puesto que los menores tienen el mismo domicilio que ésta. (Artículos 1 y 7).

b).—No se establece ninguna diferencia por cuanto a la ley aplicable entre relaciones personales y patrimoniales, ambas se rigen por la ley del domicilio de quien ejercita la patria potestad (Artículos 18 y 19). "Cuando se examina atentamente el fondo del asunto, se ve con claridad que todas las distinciones se reducen a lo siguiente: varios estados de la persona se designan con un nombre especial, otros carecen de esta particular designación. Una circunstancia tan accidental e indiferente no puede motivar la aplicación de diversos derechos locales. Debe aplicarse la ley del domicilio de las personas, prescindiendo así en forma absoluta de la ley del tribunal, no influyendo en nada el objeto del litigio, la calificación personal o sus efectos jurídicos". (69).

Influenciados por la doctrina de Savigny, que niega la distinción sostenida por algunos juristas consistente en considerar una incapacidad o capacidad relacionada con los actos jurídicos en general, regida por la ley del domicilio; y otra especial regulada por la ley de la celebración, los congresistas reunidos en Montevideo en 1940, optaron como ya hemos dicho, por considerar como ley aplicable a las relaciones derivadas de la patria potestad, una ley única, la del domicilio".

c).—Como excepción al principio general enunciado en el párrafo anterior, se infiere de la parte final del comentado artículo 19, que se aplicará la ley de la situación de los bienes cuando se trate de normas prohibitivas de estricto derecho real.

d).—Se mantienen los artículos 24 y 64 del Tratado de Montevideo de 1889.

#### D).—Restatement of the Law of Conflicts of Laws.

Artículo 120.—"Si el estado personal creado por la ley de un país no es considerado como tal por la ley de otro país, ningún efecto le será atribuido en el otro país".

Artículo 144.—"La ley del estado en donde el padre está domiciliado en el momento del nacimiento de su hijo legítimo determina la persona que tiene la guarda del hijo; este derecho subsiste hasta que sea cambiado según las reglas establecidas en los artículos 145 y 151".

(69) Savigny, F. de. "Sistema de derecho romano actual", Madrid, Ed. Nacional, 1897, Tomo VI, p. 206.

Artículo 145.—“El estado del domicilio del hijo puede privar de la guarda a uno de los padres para confiarla al otro y acordarla o rehusarla a ambos”.

Artículo 146.—“En el momento de la separación legal de los padres, sea por divorcio, sea por otra causa, un tribunal del estado del domicilio del hijo puede acordar a uno de ellos la guarda del hijo”.

Artículo 147.—“Cuando el Tribunal competente confía la guarda del hijo a uno de los padres, su decisión es sancionada en los otros estados, salvo lo indicado en el artículo 148”.

Artículo 148.—“Cualquiera que sea el estado en donde se establezca el hijo, si se prueba que la persona encargada de la guarda no es apta para ejercer ese control, dicha persona podrá ser privada de la guarda, la que será confiada durante la permanencia del hijo en el respectivo estado, a otra persona”.

Artículo 333.—“La ley del lugar de la celebración del contrato determina la capacidad contractual de las partes”.

Comentario.—De la lectura de los artículos transcritos se desprende que en este ordenamiento la capacidad de las personas se rige por la ley territorial; el estado civil de las personas, por la ley del domicilio.

Por lo demás, podemos concluir que el Restatement, por lo que respecta a a patria potestad, solamente se refiere a un aspecto de ésta, es decir, a la guarda, y determina que será la ley del domicilio (unas veces de los padres, otras del hijo), la que habrá de aplicarse para los diferentes supuestos.

### 3.—Soluciones en derecho positivo mexicano.

No existe en nuestra legislación ningún artículo que determine en forma específica qué ley debe ser la aplicable por lo que toca a la patria potestad en sí misma y a sus relaciones, tanto de carácter personal como patrimonial, que de ella deriven, cuando interviene un elemento extranjero, ejemplo: extranjeros en territorio mexicano o mexicanos en el extranjero.

No nos queda pues otro camino, que tratar de deducir qué ley será la aplicable del contenido de diversos artículos de nuestro Código que en forma genérica regulan aspectos relacionados con ella, tales como el estado y la capacidad de las personas, bie-

nes, etc., así como de las disposiciones distributivas de competencia que se encuentran en algunos ordenamientos legislativos.

A).—Ley aplicable al estado civil y a la capacidad de los extranjeros.

De entre las leyes mexicanas ¿cuál será la aplicable cuando interviene un elemento extranjero?

Para contestar esa pregunta diremos con el maestro Arce, que el Código Civil del Distrito y Territorios Federales "rige en toda la República en materia federal sin discusión desde que la reforma constitucional dió facultades clarísimas a la Federación para legislar en lo que correspondía a extranjeros". (70). Pero además el artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización establece: "Sólo la ley federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros; en consecuencia, esta ley y las disposiciones de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorios en toda la Unión". En esa virtud, a los extranjeros en toda la República se les aplican las leyes territoriales sobre capacidad, y precisamente los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito y Territorios Federales.

B).—Ley aplicable a los mexicanos en el extranjero.

En cuanto a los mexicanos en el extranjero (en nuestro caso menores de edad sujetos a la patria potestad), que trataren de realizar algún acto jurídico relacionado con el estado civil o la capacidad, si el derecho local remite como ley aplicable a la mexicana, la ley competente para regir dichos actos será también el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, por ser el único que tiene carácter general, y no así los Códigos de ninguno de los estados de la Federación; al respecto Siqueiros afirma que "las legislaciones estatales no pueden tener eficacia exterior". (71).—Sin embargo, no existe ninguna disposición que así lo establezca.

---

(70) Arce, Alberto. "Derecho Internacional Privado". 5a. edición. Ed. Departamento Editorial de la Universidad de Guadalajara, Jal. México, 1965, Pág. 125.

(71) Siqueiros, José L. "Ley aplicable a los extranjeros en México", *Sobretiro del Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, mayo-agosto de 1962. Número 44, Pág. 353.

### C).—Territorialidad de nuestro Código.

El artículo 12 del Código Civil establece "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes". De la lectura de este principio se deduce que el mismo, desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, es una norma distributiva de competencia y la atribuye a las leyes mexicanas.

El maestro Siqueiros al comentar el artículo 12 del Código Civil del Estado de Chihuahua, similar al del Distrito Federal opina: "Si lo aceptamos en todo su rigor territorialista, a cualquier persona por el simple hecho de ser habitante del estado, sin importar que sea mexicano, nativo del estado o de cualquier otro de la República, inmigrado o simple turista, se le aplicarán en forma general las leyes mexicanas relativas al estado y a la capacidad. Esto significa la territorialidad más aguda, la aplicación absoluta y general de las leyes de un estado tal y como en la época feudal". (72).

El artículo 13 del Código Civil establece que "los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código".

La ausencia de una reglamentación adecuada en materia de actos del estado civil, dio motivo a innumerables problemas sobre todo a evasiones a las jurisdicciones competentes por tal razón la Barra Mexicana de Abogados encomendó al Lic. Eduardo Trigueros la elaboración de un proyecto con las reformas adecuadas a las disposiciones deficientes en la regulación de normas de conflicto ad hoc en materia de estado civil de las personas.

El maestro Trigueros propuso reformas a algunas fracciones del artículo 121 de la Constitución al Código Civil del Distrito Federal. al Código de Procedimientos Civiles del Distrito y por último al Código Federal de Procedimientos Civiles.

Citaremos en este trabajo únicamente las reformas a las leyes que se relacionan con nuestro tema.

---

(72) Siqueiros, José L. "Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano". Editorial Universidad de Chihuahua, Chih., México, 1962. Pág. 64.



En general, en su proyecto sostiene que se respete la doctrina territorial proponiendo algunos casos de excepción que hacen que las nuevas disposiciones estén acordes con la justicia y la equidad.

Reglamenta la situación de los mexicanos en el extranjero, de la que el Código actual hace caso omiso; propone la modificación de los artículos 12 y 13, respetando el fondo pero mejorando su técnica, para quedar como sigue:

"Artículo 12.—Son aplicables las leyes de la República a todos los habitantes de ella sin distinción de nacionalidad, domicilio o residencia. El estado y la capacidad de las personas será determinado por el derecho del lugar en que se encuentren. Tratándose de mexicanos que se hallen en el extranjero, cuando la ley del lugar donde se encuentren ordene la aplicación de la ley nacional para regular su estado y capacidad, serán aplicables las disposiciones que sobre la materia contenga este Código".

"Artículo 13.—Los actos jurídicos y contratos válidamente celebrados fuera del Distrito y Territorios Federales producirán en esas demarcaciones los mismos efectos que los realizados en ellas. Cuando se trate de actos o contratos válidamente celebrados en el extranjero, que conforme a las leyes de la República se refieran a leyes reservadas a la legislación federal, producirán los efectos que a los actos de esa naturaleza atribuya la ley mexicana correspondiente, en cuato esos efectos se realicen en territorio nacional".

Con las reformas propuestas por el Lic. Eduardo Trigueros se llena un vacío en la legislación mexicana por lo que respecta a normas de solución relativas al estado civil y capacidad de las personas en materia de aplicación de leyes extranjeras, como él denominaba a este tipo de problemas. El maestro Trigueros era uno de los más claros partidarios y exponentes de la teoría de la incorporación; sostenía que la ley debe ser territorial, no teniendo validez fuera de las fronteras del territorio donde rige, pero puede contener en sí misma determinadas disposiciones que establezcan por propio mandato que se aplique una ley extranjera, incorporándola a su sistema no como tal, sino como ley nacional.

D).—Bienes.

En lo que atañe a bienes que posean los extranjeros (en nuestro caso los menores sujetos a patria potestad) en territorio na-

cional, diremos que el artículo 14 del Código de 1870 establecía que los bienes inmuebles debían ser regidos por las leyes mexicanas sin considerar la nacionalidad de los titulares del derecho real respectivo.

El Código de 1884 en su artículo 13 contiene una disposición similar a la del Código del 70.

Con respecto a los muebles, nada se establecía en los Códigos mencionados.

El Código vigente establece en su artículo 14 que "Los bienes inmuebles sitos en el Distrito o Territorios Federales, y los bienes muebles que en ellos se encuentren, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros".

Nuestra Constitución en su artículo 121 fracción II establece que los bienes tanto muebles como inmuebles, se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

E).—Forma de los actos.

En virtud de que son los actos del estado civil los que determinan el estado y capacidad de las personas, habrá que estudiar la forma de hacer constar esos actos.

El artículo 15 del Código Civil previene: "Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito o de los Territorios Federales quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones".

El artículo 15, aplicable a los extranjeros en toda la República, establece que los actos jurídicos en cuanto a su forma, se rigen por la ley del lugar donde ocurran. En tal virtud, los actos celebrados por los extranjeros, formalmente serán válidos si han llenado los requisitos exigidos por la ley del lugar donde pasen.

Por lo que toca a mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito y Territorios Federales, pueden elegir la ley del lugar donde celebren el acto o los preceptos del Código Civil del Distrito cuando el acto de que se trate vaya a ejecutarse en el Distrito o en los Territorios Federales.

## CONCLUSIONES:

1.—En los primeros tiempos del derecho romano la patria potestad significaba un privilegio para quien la ejercía; la dependencia del hijo en relación con el padre era semejante a la del esclavo con respecto al señor; se trataba de una verdadera propiedad del pater-familias quien, como es sabido, podía llegar a matarlo. En estos primeros tiempos la patria potestad se extendía por toda la vida del padre.

Poco a poco se inicia la liberación del hijo; se castiga a los padres que dan muerte a sus hijos; se limitan los malos tratamientos. En el aspecto económico también se logró un avance al crearse los diferentes tipos de peculios. Se regularon algunas formas de emancipación, dejándose de considerar a la patria potestad como una institución que sólo se extinguía por la muerte del titular de la misma.

2.—En relación con el derecho visigodo podemos decir que poco se diferenció del romano y que únicamente encontramos una ventaja muy notable del primero respecto de este último y que consiste en la participación que se dio a la madre en el ejercicio de la patria potestad.

3.—En España, tanto el Fuero Juzgo como las Partida regulan la patria potestad estableciendo conceptos despóticos y autoritarios y si bien es cierto que se puede apreciar una evolución de la institución motivo de este trabajo al compararla con la del derecho romano; esa evolución solamente se explica en razón de los mil años que aproximadamente transcurrieron entre el derecho español de esa época y el romano:

4.—En el derecho mexicano de la época precortesiana la educación de los hijos era cuidadosamente organizada y se preocupaba primordialmente por la instrucción de los menores; la patria potestad se hizo recaer principalmente en el padre, pero no se consi-

deró como un derecho de éste; en caso de extrema necesidad económica de la familia se permitía la venta o la entrega en esclavitud de los hijos, pero siempre que mediara autorización judicial.

5.—Durante la época colonial estuvieron en vigor en la Nueva España las leyes de la Metrópoli.

Al triunfo de la causa de la Independencia se mantuvieron en vigor las mismas reglamentaciones jurídicas; no es sino hasta el Código de 1870 cuando se regula en forma técnica y precisa, sorprendente para su época, las relaciones civiles en nuestro tema de estudio.

Este Código establece las bases sobre las que habrán de desarrollarse los ordenamientos que le siguieron aportando, a nuestro juicio, tres innovaciones de suma importancia: la igualdad del padre y de la madre frente a los hijos; el reconocimiento de iguales derechos entre hijos naturales y legítimos y la sucesión de pleno derecho de la patria potestad a cargo de los abuelos a la muerte de los padres.

Solamente en el Código de 1884 se observa un retroceso, ya que el mismo vuelve a colocar en lugar preferente al padre respecto de la madre y establece la pérdida temporal de la patria potestad para la madre o abuela que contraiga ulterior matrimonio, pérdida que se prolonga el tiempo que éste dure.

La ley de Relaciones Familiares, último antecedente de carácter histórico a que hicimos referencia, regula la patria potestad en términos muy semejantes a los establecidos por el Código de 1870.

6.—En nuestro actual Código Civil se regula la patria potestad dentro del concepto moderno que de ella se tiene, considerándola como un conjunto de derechos y obligaciones reconocidos a quien la ejerce.

Comparándola con otras legislaciones, encontramos que a muchas de ellas las supera en el aspecto correspondiente a los sujetos a quienes reconoce su ejercicio, en razón de que coloca en el mismo plano al padre y a la madre, estableciendo igual autoridad para ambos. La misma situación se presenta tratándose de los abuelos.

Respecto a los efectos de la patria potestad, nuestro Código no se aparta de la mayoría de las legislaciones y así los clasifica de la siguiente forma:

a).—En cuanto a las personas, entraña los siguientes derechos y a la vez obligaciones: de guarda, de educación, de corrección y de representación.

b).—En cuanto a los bienes, se derivan los derechos de administración y usufructo; respecto del primero podemos anotar que cuando ambos padres ejercen la patria potestad, el administrador de los bienes será nombrado de común acuerdo. De esta manera, nuestro legislador mantiene su espíritu de paridad al considerar en igualdad de derechos a la madre con relación al padre.

Otro aspecto progresista de nuestro ordenamiento civil es el que coloca en el mismo plano a los hijos legítimos que a los naturales.

En lo relativo a duración y extinción de la patria potestad diremos que como en la mayoría de las legislaciones, ésta termina cuando ya no se tiene razón de ser, cuando el hijo sujeto a ella ha alcanzado un desarrollo físico e intelectual que le permite cuidar por sí mismo de su persona y de sus bienes.

7.—Del análisis que hicimos de la patria potestad en el derecho comparado podemos concluir que las legislaciones del tipo romano-francés presentan en general las siguientes características:

En casi todas ellas, a pesar de haber encontrado una evolución muy marcada al tratar los aspectos relativos a la patria potestad, procurando la protección de la persona y patrimonio de los hijos, existen, sin embargo, algunos otros aspectos que han permanecido estáticos, tales como la consideración de que aun cuando la patria potestad corresponde a ambos padres, durante el matrimonio es solamente el padre quien la ejerce, y los derechos de la madre se encuentran en estado latente mientras no surge la condición que hace que ella entre a realizarlos, ejemplo: Francia, Italia, España, Uruguay, Argentina y Chile.

En el caso de España encontramos una disposición que no tiene semejanza con ninguna de las contenidas en las legislaciones estudiadas y es la que se refiere a la pérdida de la patria potestad como consecuencia de las segundas o ulteriores nupcias de la viuda.

Muy censurable es también la disposición establecida en los Códigos de Uruguay, Argentina y Chile, por la que ni aun en caso de muerte del padre se le reconoce a la madre la patria potestad plena, cuando aquél, por medio de disposición testamen-

taria, ha señalado persona con quien la madre deba consultar para su ejercicio.

Otro punto en el que nos parece que estos países se encuentran muy atrasados es el relativo a la diferenciación prevista entre los hijos naturales y los legítimos, concediéndose sobre los primeros no la patria potestad sino una simple tutela legítima.

En cuanto a los derechos-deberes de tipo personal que entraña el ejercicio de la patria potestad, se pueden concretar en los siguientes:

a).—Alimentación, por la que se comprende manutención, vestido, habitación, gastos por enfermedad, etc.

b).—Guarda.—Respecto a ésta en tanto que obligación, países como Francia y España proveen para su incumplimiento sanciones de tipo penal o las que entrañan la pérdida de la patria potestad. En atención a ella, los hijos deben habitar la casa paterna no pudiendo dejarla sino en los casos de alistamiento voluntario o por motivos de estudio, ejemplo: Francia, Italia. El Código argentino es más rigorista al respecto estableciendo que los hijos no podrán enrolarse en el ejército, ni entrar en comunidades religiosas, ni ejercer oficio, profesión o industria sin autorización de sus padres.

c).—Educación.—Por educación se comprende en estos países la preparación tanto física como moral.

d).—Corrección.—En este aspecto la influencia que han ejercido legislaciones como la francesa e italiana nos parece que ha sido nefasta, pues en la mayoría de los códigos estudiados se concede a los padres la posibilidad de hacer encarcelar a los hijos y como ya dijimos, el encarcelamiento por más refinado que se encuentre siempre producirá efectos psíquicos lamentables en el hijo.

En las legislaciones estudiadas los derechos que tienen los padres sobre los bienes de los hijos son dos: de administración y de usufructo. Ellas establecen el principio general de la administración de los bienes de los menores por sus padres y varias excepciones a ese principio en las que desarrollan la antigua teoría de los peculios, tomada del primitivo derecho romano.

Como característica general diremos que los padres no pueden enajenar los bienes inmuebles ni constituir derechos reales sobre dichos bienes sin autorización judicial.

Los padres en tanto que usufructuarios, tienen las mismas cargas que todo usufructuario, excepto la de afianzar. En algunos

códigos como en el francés, el usufructo termina entre otras causas, por divorcio de los padres.

La forma normal de terminar la patria potestad es la mayor edad de los hijos; además existen algunas causas lógicas como la muerte del hijo o de ambos padres, pero también existen en todas estas legislaciones normas que establecen la pérdida de la patria potestad como una sanción para el que la ejerce por ser éste considerado indigno de tal ejercicio o bien por haberse hecho acreedor a una condena penal.

8.—Consideración muy especial merece la legislación soviética al regular los aspectos relativos a la patria potestad ya que en ella los derechos que se estipulan a favor del titular de la misma habrán de ejercerse en interés exclusivo de los hijos, bajo pena de privación de tales derechos.

Entre los aspectos más destacados de esta legislación queremos mencionar dos que llamaron nuestra atención por lo avanzado de su contenido:

Uno es el referente a la igualdad establecida entre los hijos nacidos de matrimonio y los habidos en unión libre. De las legislaciones comentadas en este trabajo sólo la soviética y la mexicana colocan en igualdad de condiciones a uno y a otros.

El otro punto que nos parece digno de mencionarse es el relativo a la situación en la que se encuentra la mujer, a la que se de la patria potestad y señala como posibles leyes aplicables la de le reconoce igual número de derechos políticos, sociales y los que más nos interesan por el tema que desarrollamos, familiares. A tal distancia se encuentra esta legislación en cuanto a nuestro tema concreto de estudio de las demás que hemos mencionado, que llega incluso a preveer soluciones en relación con el apellido que habrán de llevar los hijos, pudiendo optarse por el del padre o por el de la madre.

9.—Partiendo del hecho de que las legislaciones de los diferentes países regulan la patria potestad en forma distinta, se hizo necesario determinar qué ley iba a ser la aplicable en el caso de que interviniera algún elemento extranjero. Con ese propósito los tratadistas de Derecho Internacional Privado propusieron tres soluciones diversas: una, de tipo personal; otra, territorial; y la tercera, ecléctica.

La tesis personalista sostiene que ha de ser una ley de ese tipo precisamente, la que habrá de regir las relaciones derivadas

de la patria potestad y señala como posibles leyes aplicables la de la nacionalidad, o la del domicilio, pretendiendo de esta manera garantizar la unidad de la familia, pero dejando a un lado, en todos aquellos casos en los que se inclina por la ley del padre, la consideración de que la patria potestad se establece fundamentalmente en favor del incapaz.

La postura territorialista al establecer que la patria potestad debe regirse por la ley del lugar en que se hacen efectivos los derechos y deberes que son su consecuencia, abre un camino a los padres para que éstos la ejerciten en el lugar que más pueda favorecer a sus intereses.

La tercera solución es la llamada ecléctica misma que al regular las relaciones personales por una ley de tipo extraterritorial y las patrimoniales por la ley de la ubicación de los bienes, es la que en nuestra opinión garantiza en mayor grado los intereses del menor y al mismo tiempo evita las más de las veces las interferencias con normas que regulan instituciones de alguna manera conectadas con la patria potestad.

10.—De entre las codificaciones analizadas, es el Tratado de Montevideo de 1940 el que nos parece que resuelve de mejor manera el problema planteado, ya que al adoptar la tesis ecléctica reúne los atributos propios de ella, mismos a los que nos referimos en el párrafo anterior.

11.—En lo relativo al criterio adoptado por la legislación positiva mexicana en atención a los conflictos de leyes, podemos decir que a pesar de que nuestro Código no determina en forma específica qué ley debe ser la aplicable a los problemas que presenta la patria potestad en el ámbito del Derecho Internacional, del contenido de diversos artículos del mismo podemos advertir una marcada tendencia territorialista, la que además de adolecer de los defectos mencionados en su oportunidad, al contrastar con la orientación seguida por la mayor parte de los países americanos, es una fuente constante de conflictos de leyes.



## BIBLIOGRAFIA

### Monografías:

- Alba, Carlos H.**—"Estudio comparativo del derecho azteca y del derecho positivo mexicano", México, Ed. Selfa, 1926.
- Alcobiz, Fray Andrés de.**—"Estas son las leyes que tenían los indios de la Nueva España", México, Ed. Nacional, 1939.
- Alcorta, Amancio.**—"Derecho internacional privado", 2a. ed., Buenos Aires, Ed. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Tomo II, 1927.
- Arce, Alberto.**—"Derecho internacional privado", 5a. ed., México, Ed. Departamento Editorial de la Universidad de Guadalajara, 1965.
- Batiffol, Henri.**—"Traité élémentaire de droit international privé", 2a, Ed. Paris, Ed. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1955.
- Benavente, Fray Toribio de.**—"Historia de los indios de la Nueva España", México, Ed. Chávez, 1941.
- Bonnecase, Julien.**—"Elementos de derecho civil", Tr. José Ma. Cajica, Puebla, Ed. Cajica, 1945, Tomo I, Vol. XIII.
- Calixto y Valverde.**—"Derecho civil español", Valladolid, Ed. Cuesta, 1921, Tomo IV.
- Castán Tóbeñas, José.**—"Derecho civil español común y foral", Madrid, Ed. Reus, 1936, Tomo I, Vol. I.
- Castro, Federico de.**—"Derecho civil en España", Madrid, Ed. Reus, 1952, Tomo II.
- Castro Pérez, B.**—"La prueba de los grupos sanguíneos en la investigación y desconocimiento de la paternidad", Madrid, Ed. Reus, 1950.
- Cicu, Antonio.**—"El derecho de familia", Tr. Santiago Santes Melindo. Buenos Aires, Ed. Sociedad Anónima de Editores, 1947.

- Colín y Capitant.**—"Curso elemental de derecho civil", 3a. Ed. Tr. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Madrid, Ed. Reus, 1952.
- Couto, Ricardo.**—"Derecho civil mexicano", México, Ed. La Vasconia, 1919.
- Fernández Clerigo, Luis.**—"El derecho de familia en la legislación comparada", México, Ed. UTHEA, 1947.
- Goldschmidt, Werner.**—"Sistema y filosofía del derecho internacional privado", Barcelona, Ed. Bosch, 1949.
- Goldstein, Mateo.**—"El derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud", Buenos Aires, Ed. Atalaya, 1947.
- Gómez Morán, Luis.**—"La posición jurídica del menor en el derecho comparado", Madrid, Ed. Delegado, 1948.
- González de la Vega Francisco.**—"Derecho penal mexicano", México, Ed. UNAM, 1939, Vol. I.
- Josserand, Luis.**—"Derecho civil", Tr. Santiago Cunchillos, Buenos Aires, Ed. Bosch, 1950.
- López Austin.**—"La constitución real de México—Tenochtitlan" México, Ed. UNAM, 1961.
- Mendieta y Núñez, Lucio.**—"El derecho precolonial", México, Ed. Porrúa, 1937.
- Niboyet, J. P.**—"Principios del derecho internacional privado", Tr. Rodríguez Ramón, 2a. ed., México, Ed. Nacional, 1965.
- Petit, Eugene.**—"Tratado elemental de derecho romano", Tr. José Fernández González, México, Ed. Nacional, 1961.
- Pichardo, E. Félix.**—"Derecho romano, introducción e historia", México, Ed. Cultura, 1953.
- Planiol y Ripert.**—"Tratado práctico de derecho civil francés", Tr. Mario Díaz Cruz, La Habana, Ed. Cultural, 1938.
- Sánchez de Bustamante y S., Antonio.**—"Derecho internacional privado", 3a. ed., La Habana, Ed. Cultural, Tomo III, 1943.
- Savigny, F. de.**—"Sistema de derecho romano actual", Madrid, Ed. Nacional, Tomo VI, 1897.
- Siqueiros, José Luis.**—"Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano", Chihuahua, Ed. Universidad de Chihuahua, 1962.

**Stolfi, N.**—"Diritto Civile", Torino, Ed. Unione Tipografico Editrice Torinese, 1921, Vol. V.

**Toro, Alfonso.**—"Compendio de Historia de México", México, Ed. Selfa, 1926.

**Toro, Alfonso.**—"Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", México, Ed. Selfa, 1948, Tomo I.

**Wolff, Martín.**—"Derecho Internacional privado", Tr. José Rovira Ermengol, Barcelona, Ed. Labor, 1936.

**Zeumer, Karl.**—"Historia de la legislación visigoda", Tr. Carlos Claveira, Barcelona, Ed. Reus, 1944.

#### PUBLICACIONES PERIODICAS:

**Hinojosa, E. de.**—"La condición jurídica de la mujer en el derecho español antiguo y moderno". En Discursos de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas. Madrid, julio, Vol. VIII, 1930.

**Krische, P.**—"El enigma del matriarcado", En Revista de Occidente. Madrid, marzo, Vol. VII, Núm. 28, 1930.

**Siqueiros, José Luis.**—"Ley aplicable a los extranjeros en México". En sobretiro del Boletín del Instituto de Derecho Comparado, México, mayo-agosto, Núm. 44, 1962.

#### LEGISLACION:

Código Bustamante, estudio comparativo de los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflicts of Laws, elaborado por el delegado de Colombia en el Comité Jurídico Interamericano, 1953. Unión Panamericana, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., septiembre, 1957.

Código Civil del Distrito y Territorio de Baja California de 1870, México, Imprenta dirigida por José Batiza, 1870.

Código Civil del Distrito y Territorio de Baja California de 1884, México, Imprenta de Francisco Díaz de León, 1884.

Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, 14a. Ed., México, Ed. Porrúa, 1965.

Códigos Españoles Concordados y Anotados, Madrid, Ed. Publicidad, 1847-1851.

Ley de Relaciones Familiares, 2a. Ed., México, Ed. Andrade, 1964.