

Facultad de Derecho

**LA PATRIA POTESTAD,
PERDIDA Y RECUPERACION**

TESIS

que para obtener el título de

LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ACISCLO MORETT PARRA

REALIZADA BAJO LA DIRECCION DE

DOCTORA BERTHA BEATRIZ MARTINEZ GARZA



EXAMENADO EN
México, D. F., 1972



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.

La Patria Potestad, Pérdida y Recuperación

ACISCLO MORETT PARRA

BAJO LA DIRECCIÓN DE

DOCTORA BERTHA BEATRIZ MARTINEZ GARZA

Introducción

Capítulo I

La Patria Potestad
en la Historia

- a) China
- b) India
- c) Israel
- d) Grecia
- e) Roma
- f) España
- g) Francia
- h) Italia
- i) Portugal
- j) Alemania
- k) Rusia
- l) Hispanoamérica

Capítulo II

La Patria Potestad
en nuestro
Derecho Positivo

- a) Legislación vigente en la Colonia
- b) Código Civil de Oaxaca de 1827-1828
- c) Código Civil de Maximiliano de 1866
- d) Código Civil Mexicano de 1870
- e) Código Civil Mexicano de 1884
- f) Ley de Relaciones Familiares
- g) Código Civil Mexicano de 1928

Capítulo III

Pérdida de la
Patria Potestad

- a) Concepto de patria potestad
- b) Causas por las que se pierde
- c) Efectos de la pérdida

Capítulo IV

Posibilidades de recuperación
de la patria potestad en la
legislación comparada

- a) Leyes Mexicanas
- b) Leyes Extranjeras

Capítulo V

Conclusiones

A MI MADRE, causa primera de mi vida,

A LA QUERIDA UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO, "alma mater" tan
incomprendida por nosotros sus hijos,

A MIS MAESTROS, guías infables de mi personalidad,

A MIS PARIENTES,

A MIS AMIGOS y, en general, a todos aquellos que en alguna
forma han contribuido a mi ascenso personal.

DEDICO :

con un sincero voto de gratitud.

Muy especial mención me merece la señorita doctora en Derecho Civil,
DOÑA BERTHA BEATRIZ MARTINEZ GARZA,
quien creó en mí el afán de búsqueda;

igualmente, un especial recuerdo para el queridísimo maestro
DOCTOR DON GABRIEL GARCIA ROJAS.
Vaya mi gratitud, de igual manera, para las H. H. Embajadas de:

CHINA NACIONALISTA (hoy cerrada)

INDIA

ARGENTINA

CHILE

PANAMA

GUATEMALA

HONDURAS

NICARAGUA

COSTA RICA

ITALIA

BOLIVIA

PERU

URUGUAY

ECUADOR

COLOMBIA

REPUBLICA DOMINICANA

Mucho me merece gratitud el servicio indiscutible de la
BIBLIOTECA NACIONAL DE MEXICO
en cuya sala JOSE MARIA LAFRAGUA
pude conseguir un material precioso como son viejas copias de las
LEYES DE INDIAS y del CODIGO DEL IMPERIO MEXICANO.
En consecuencia, para todos ellos mi gratitud y mi más amplio reco-
nocimiento que se traduce en este humilde trabajo.

México, D. F., a 27 de septiembre de 1972

**PATRIA POTESTAD,
PERDIDA Y RECUPERACION**

INTRODUCCION:

Patria potestad, etimológicamente es un concepto que nos da la idea de poder o señorío de la voluntad por dos partes, ya que, tanto en una como en otra de las palabras que lo componen, se habla de lo mismo. En efecto, ambas palabras proceden de una misma raíz sánscrita que nos habla de poder. El olvido de la radical común, ha caracterizado el uso tautológico del concepto.

En el diccionario se lee que la patria potestad “es la autoridad que tienen los padres sobre los hijos no emancipados” (1). Para Benjamín Flores Barroeta, la patria potestad constituye una de las consecuencias más importantes de la filiación. Su substancia está en la relación paterno-filial (2); por eso, antes de hablar sobre el tema enunciado, será conveniente hacer alguna indicación acerca de la evolución sufrida por la institución familiar, de la cual depende, en gran parte, la patria potestad.

Se ha considerado que el matrimonio se sustenta en cuatro tipos de comunidad: a saber, comunidad de intereses espirituales y afectivos, comunidad sexual, comunidad económica y comunidad de familia. Si llegara a faltar alguno de los cuatro aspectos señalados, el matrimonio se enfrentaría con serios problemas (3).

Igualmente, se dice que "la familia es una institución que trata de vencer las vacilaciones del instinto sexual y de remediar el desvalimiento de los hijos (4). Esto último, es indudable, dio origen a la institución de la patria potestad, a la que se dedica este estudio.

Pero, como es notorio, han existido varios tipos de familia; así, se habla de "familia poliándrica" que suele llevar el matriarcado, organización en la cual la madre es el centro de la familia y ejerce ella la autoridad; en este tipo de familia, "la descendencia y los derechos se determinan por la línea femenina". Se piensa que este tipo de familia "se inició cuando la cultura inestable de los cazadores se transformó en sedentaria agrícola". "Desde siempre, la mujer había estado, como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos". "Cuando los progresos debidos a la mujer arrebataron al hombre el predominio económico y le dieron a ella la preponderancia, tuvo lugar esa transformación que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana y trajo, por consecuencia, una época de cultura femenina" (5).

En este o en otros casos, es conveniente recalcar que "si las familias están bien establecidas, bien ordenadas y funcionan bien, ellas serán la fuente de bienestar y grandeza y prosperidad de un país" (6).

"La familia polígama ha existido o existe, incluso, en algunas sociedades primitivas". Entre pueblos de cazadores y guerreros, la poligamia puede haberse motivado por las bajas del contingente masculino, producidas en los accidentes de la guerra o de la caza. En otras sociedades, se ha motivado por el hecho de que se deseara multiplicidad de esposas para acrecentar la descendencia que representaba un importante factor de poder y de trabajo" (7).

Hay quienes consideran que los pueblos orientales del Pacífico tuvieron un sistema monogámico matriarcal.

Por su parte, "la familia monogámica patriarcal, ya aparecida en la antigüedad clásica, tiene como fundamento principal el culto de los muertos, o de los antepasados, mismo que era participado en forma privada, siendo el padre el sacerdote de dicho culto (8). Así, el "*paterfamilias*" del régimen romano, en el cual el nexo fundamental que unía a sus miembros era el parentesco civil o agnación era el director del culto familiar (9).

El cristianismo, de acuerdo con el Génesis, sostiene el régimen monogámico patriarcal y, en el Nuevo Testamento, elevó el contrato

matrimonial a la dignidad de sacramento, o sea de cosa sagrada y, por lo mismo, "elevó el nivel de las mujeres" (10) a la categoría de esposas o copartícipes con el esposo de las cargas de la institución familiar, al servicio de los hijos y para su beneficio; por esa razón, ya no es sólo una de las partes la que lleva la carga y la que goza de los posibles beneficios de la institución familiar, sino que son los dos progenitores a la vez, no sin dejar de reconocer en el padre cierta preponderancia en orden al funcionamiento de la misma familia (11).

La familia conyugal moderna, se distingue en que no abarca varias generaciones, sino tan sólo a los progenitores y a su prole, a la cual se le suele dar el nombre de familia monogámica restringida, en contraposición a la familia monogámica externa, que abarcaba varias generaciones y que aún subsiste, principalmente en los medios rurales (12).

Así, pues, siendo la familia la "institución social fundamental" y puesto que "los hijos necesitan ser cuidados, asegurados en su asistencia y educación, lo cual no pueden hacer ellos por su propia cuenta", se requiere la existencia de otra institución que otorgue a los padres las posibilidades para satisfacer esas necesidades de la prole; ella es la patria potestad, a la que se dirige este estudio.

Convendría, finalmente, hacer destacar que la familia debe reunir las siguientes características: "1.—Una relación sexual continuada, 2.—Una forma de matrimonio o una institución equivalente, de acuerdo con la cual se establezca y se mantenga la relación sexual, 3.—DEBERES Y DERECHOS ENTRE LOS ESPOSOS Y ENTRE LOS PADRES Y LOS HIJOS, 4.—Un sistema de nomenclatura que comprende el modo de identificar a la prole, 5.—Disposiciones económicas entre los esposos y con especial referencia a las necesidades relativas a la manutención de los hijos, 6.—Generalmente, un hogar, aunque no indispensablemente necesario" (14).

Ya posteriormente, se podrán ampliar algunas de las cosas mencionadas. Sólo una última anotación con respecto al matrimonio moderno, el cual se encuentra dividido en cinco grandes etapas, de entre las que sobresale la relativa a la crianza de los hijos, misma que implica una serie de deberes, pero a la vez, una serie de derechos derivados para el logro del cumplimiento del deber relativo.

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Cfr. Diccionario de la Lengua Española. Ediciones Herrerias, S. A. México, 1942. Pág. 973.
- 2.—Cfr. Benjamín Flores Barroeta. Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil. Univ. Iberoamericana. México, 1965. Pág. 430.
- 3.—Cfr. Luis Recasens Siches. Tratado General de Sociología. Porrúa, México 1958. Cap. XXIII. Pág. 424.
- 4.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Pág. 424.
- 5.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Cap. XXIV. Pág. 426. Vide Etiam. F. Müller. La Familia. Edit. Revista de Occidente. Madrid. 1930. Cap. IV. Págs. 100 y 79.
- 6.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Pág. 425.
- 7.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. 127. Etiam F. Müller. Obra citada. Págs. 19, 25, 27, 29 y 37.
- 8.—Vide: Fustel de Coulanges. La Ciudad Antigua. Libro II. Cap. I. Etiam F. Müller. Obra citada, Cap. VII. Pág. 171.
- 9.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Págs. 4-17-3. Etiam Fustel de Coulanges, Obra citada. Libro II. Cap. II. También F. Müller. Obra citada. Pág. 175.
- 10.—Vide: José María Castán Vázquez. La patria potes'ad. Edit. Rev. de Derecho Privado. Madrid, 1960. Pág. 80.
- 11.—Vide contra: F. Müller. Obra citada. Págs. 218 a 222.
- 12.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Pág. 429. También F. Müller. Obra citada. Pág. 237.
- 13.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Pág. 429.
- 14.—Cfr. Luis Recasens S. Obra citada. Pág. 429.

Capítulo I

LA PATRIA POTESTAD EN LA HISTORIA

Habiendo presentado en párrafos anteriores un brevísimo esbozo de las diferentes clases de familias existentes, no resta sino presentar definitivamente el tema propuesto. No se ha hablado de todos los tipos de familias conocidas, para abreviar; baste lo señalado; lo enunciado se ampliará con la visión que se obtenga a continuación.

El desenvolvimiento de la patria potestad como institución, es lo que más interesa en el momento y a ella están dedicadas las líneas posteriores.

A) CHINA :

Unos 2,200 años antes de Cristo, se establecieron cinco principios básicos en la cultura de China, sobre las relaciones individuales, los cuales fueron luego desarrollados y elaborados por los discípulos de Confucio, pasando a ser el código de conducta moral para el pueblo chino, durante más de dos mil años.

Se ha dicho que la familia es la célula germinativa de la civilización en el Lejano Oriente. Por lo mismo, debió tener, desde sus orígenes, un eje alrededor del cual pudo girar el desarrollo del propio Estado; este fue, el padre de familia, mismo que rigió los destinos de su Gran Nación (1).

Entre alguno de los pueblos nativos, "el joven ofrecía matrimonio a la muchacha entregándole una horquilla de hasta de venado; cuan-

do ella lo aceptaba, lo acompañaba a su casa y al día siguiente regresaba con sus padres" (2). Pero no por ello gozaba de libertad en el hogar, sino que, según la antigua tradición, permanecía en el hogar como rehén, como garantía del "je" o "amor del hombre", que según ellos, constituía el principio básico de la sociedad humana.

En principio, como en la mayoría de las tribus aborígenes, entre los chinos prevaleció el sistema de control matriarcal, encabezado por la sacerdotiza de la tribu. A tal grado, que sólo ella (la sacerdotiza) hacía "los presagios, tomaba las decisiones finales sobre la paz o la guerra y dirigía todas las actividades dentro de la tribu; cuando se debía elegir a los jefes, ella decidía quiénes serían candidatos y luego, según su propia interpretación de los presagios, sugería el nombre del ganador. Nombraba, además a su sucesora, celebraba bodas y decretaba divorcios. Estaba en sus manos establecer el lugar donde se fundaría un nuevo pueblo. En casos de disputa, su juicio era decisivo. Ella indicaba los castigos y señalaba su duración" (3).

Es notoriamente importante el pensamiento filosófico sobre la materia. La grandeza de la institución familiar se nota en las palabras de Mencio, que sostenía: "los hombres tienen la costumbre de hablar del mundo, del estado. De hecho, la base del mundo descansa en el estado, la base del estado descansa en la familia y la base de la familia en el individuo" (4) añadiendo, luego, "la sustancia de la humanidad reside en servir a los padres; la base de la rectitud consiste en obedecer a los hermanos mayores" (5).

Confucio, por su parte, buscó la forma de restaurar un orden social basado en el amor al prójimo y al respeto a la autoridad; de ahí que para sus seguidores, la naturaleza humana tenga su más grandiosa manifestación en el amor entre el padre y sus hijos. Esta es la razón por la cual ellos dieron tanta importancia al cuidado desarrollo y enseñanza de la piedad filial, tanto en las escuelas como en la sociedad (6).

Al propio Confucio se atribuye lo siguiente: "así se comporta el hijo respetuoso con sus padres: en vida de estos cumple con su deber de apoyarlos; después de su muerte, llevará luto; en los sacrificios se acordará de ellos con respeto"; y continúa: "...sírvese al padre de tal forma que del mismo modo pueda servirse al rey". Ahora bien, según Chu Hsi, cuando los antiguos sabios "...hablaron del pleno desarrollo de la naturaleza humana, querían significar a realización completa de los principios morales de los tres vínculos (el ministro al go-

bernantes, el hijo al padre y la esposa al marido) y las cinco virtudes constante (rectitud por parte del padre, amor por parte de la madre, fraternidad de parte del hermano mayor, respeto del hermano menor y piedad filial de parte del hijo) cobijando las relaciones entre los gobernantes y los ministros y entre padres e hijos”; “. . . el ejercicio del amor entre padre e hijo son mandato del Cielo (destino), constituye también una parte de la naturaleza del hombre” (7).

La regulación legal más antigua conocida, procedente del año 624 a.C. hacía una detallada regulación de los crímenes y contenía disposiciones impositivas, pero el derecho civil estaba completamente subdesarrollado; de ahí que se concluya que no hubo una regulación verdadera de la institución que se estudia aquí. Sin embargo, en aspectos puramente prácticos, todo hace suponer que la patria potestad fue ejercida primeramente por la mujer, de la cual pasó al varón, siendo en la actualidad, cuestión de ejercicio de ambos progenitores, aunque con preponderante actuación de padre (8).

B) INDIA :

Un principio fundamental del derecho indú, es que sólo se obtiene la emancipación o mayoría de edad con el matrimonio. Sólo entonces, la mujer deja de depender de su padre y el varón de su maestro.

Antiguamente, el padre estaba en posibilidad de escoger un marido para su hija, aun en el caso de que la misma no hubiere cumplido la edad de los ocho años, mínima exigida para la celebración del matrimonio (9); más, pese al matrimonio, la hija menor permanecía en casa de su padre, y por tanto, bajo su potestad, hasta que obtuviera los conocimientos necesarios para el estado matrimonial. Por eso, se dice que en aquel país existió un régimen patriarcal muy cerrado (10).

Aún más, “. . . una esposa, un hijo y un esclavo —según disposición del Manava Dharma Sastra— no poseen nada por sí mismos; todo lo que pueden adquirir, es propiedad de la persona de quien dependen” (11).

Para el ciudadano de tipo medio, lo corriente fue la monogamia, aunque no había ninguna ley que lo obligara a ella. La literatura poética hindú clamaba por una amplia libertad sexual, pero, sin embargo, el sistema monogámico no ha sufrido alteración alguna hasta la fecha.

Así, pues, el ejercicio de la patria potestad ha correspondido al padre con excepción de los hijos varones que no podían estar bajo la potestad paterna debido a que dependían de su maestro y no propiamente de su padre; no puede considerarse éste, como un punto de aplicación rigurosa y general; más bien podría considerarse que sólo se encontraban en la hipótesis señalada los hijos de personas correspondientes a las clases elevadas, las que, en forma casi exclusiva, podían gozar de los beneficios de la educación con exclusión de los de las clases bajas; por tanto, los varones de las clases bajas, debieron, como las mujeres, permanecer bajo la potestad paternal mientras no llegaran a constituir una familia diferente.

Conviene añadir que, si bien en la actualidad el cuidado de los hijos corresponde, por Ley, a ambos progenitores, no existiendo el divorcio con ruptura del vínculo matrimonial, sino como simple separación de personas, la patria potestad debe ser ejercida por ambos padres de común acuerdo (12).

C) ISRAEL :

“Según Robertson Smith y otros autores, el matrimonio sería el tipo primitivo familiar entre los semitas. En Israel, se encuentran vestigios (Génesis: 20,12; 48,5; Jueces: 14; Levítico: 18,9; 20,17; Deuteronomio: 27,22; Ezequiel: 22,11) que indicarían ciertas costumbres matriarcales (13); sin embargo, los textos aducidos son insuficientes para probar que los antiguos israelitas estuvieron regidos por ese sistema familiar; todo parece indicar, por el contrario, que el tipo familiar por excelencia, fue el patriarcado. A mayor abundamiento, débese decir que “. . .el grupo familiar se identifica como ‘casa paterna’ y no propiamente como familia” (14) “El padre tenía la autoridad sobre todos los miembros de la familia, en forma absoluta, de vida y muerte, aún sobre los hijos casados que vivieran a su lado” (15).

Unos ocho siglos antes de Cristo, hubo una profunda transformación y se estableció el régimen de la ciudad, substituyendo al de “casa”. A partir de entonces, la autoridad del jefe de familia fue disminuyendo, pues, en adelante ya no pudo disponer de la vida de sus hijos sin el juicio de los ancianos que asumieron el poder general (16).

En Israel parece que subsistieron conjuntamente la monogamia y la poligamia. La monogamia era, sin embargo, la institución matrimo-

nial más aceptable. Algunos patriarcas, adoptando disposiciones del Código de Hammurabi, escogieron una segunda esposa cuando la primera fuera estéril (17).

Los cambios sociales propiciaron la poligamia; con todo, esta institución sólo es admisible en el caso de contadas personas, pertenecientes, por lo general, a las clases dominantes. Esto, sólo tuvo lugar cuando el pueblo hebreo pudo constituirse definitivamente en un lugar. La generalidad, dadas las condiciones socio-económicas, siguieron la monogamia.

El divorcio fue aceptado en Israel antes del destierro a Babilonia; pero se ignora cual haya sido la suerte de los hijos en el caso de que los hubiera y se decretara el divorcio; es posible pensar que hubieran permanecido al lado del cónyuge inocente, por lo general, el varón.

En todo caso, "los hijos debían obediencia y respeto a su padre; la Ley condena las faltas de los hijos contra las madres en los mismos términos en que condena las cometidas contra el padre" (18), lo que da margen a pensar en una posible igualdad de los esposos ante la Ley.

En algunos relatos bíblicos, la mujer aparece tratada por el marido como su igual; sin embargo, su situación era inferior con respecto a la de la mujer de otras civilizaciones de esa época, porque carecía de los más elementales derechos civiles (19).

Los hijos, especialmente los varones, eran muy estimados. "La potencia de una casa era valuada en relación con el número de hijos varones". Sin embargo, el hijo primogénito era especialmente estimado y llegaba a ocupar el lugar de su padre en caso de muerte (20).

La educación, en su inicio, estaba encomendada a la madre, la que debía proporcionar los elementos básicos para el desarrollo intelectual y general de los hijos. El padre ocupaba el segundo lugar en tratándose de los hijos varones, encaminándolos hacia una vida profesional, generalmente la misma del padre. Los maestros especializados, atendían a los jóvenes varones con posterioridad, para complementar la educación proporcionada en el hogar. Las mujeres no recibían más educación que la hogareña (21).

En fin, puede concluirse que la patria potestad en Israel se ha marcado por su acentuado rigor paternalista, considerándose al padre como el centro del desarrollo, al rededor del cual deberán crecer los hijos, como renuevos de olivo (22).

D) GRECIA :

Para Platón, la ciudad es un gran todo integrado por individuos, familias y clases sociales, con actividades e intereses muy distintos. No sería posible una entidad social si entre sus diversas partes no reinara un orden riguroso que redujera la diversidad a unidad, asignando a a cada parte el lugar y la función que le corresponden dentro de la totalidad (23).

Aristóteles consideraba el bien individual o particular subordinado al bien familiar y común. La familia es la unidad social básica (oikós): comprende el marido, la mujer y los hijos y los esclavos... Esta es una asociación netamente natural, en que el varón tiene la autoridad real sobre los hijos y los esclavos y una autoridad doméstica sobre la mujer (24).

“En la vida de la comunidad griega, predomina el espíritu masculino”. “Las normas de convivencia eran dictadas por la familia, que a su vez, estaba regida por el derecho paterno”. “Los hijos recibían casi siempre, instrucción fuera del hogar” (25). La mujer no podía dedicarse a otra actividad que no fuera la de tipo doméstico; incluso la que era considerada ciudadana —libre—, carecía de los derechos más elementales. Sin embargo, “la esposa a quien no se hubiere pedido el consentimiento para el matrimonio, podía pedir el divorcio cuando el hombre se hacía culpable por crueldades o excesos” (26).

Entre algunas de las tribus primitivas, solía suceder que cada padre imperaba sobre sus hijos y mujeres, sin entrometerse en asuntos de otras familias, pero la complejidad de la civilización hizo necesaria la supresión de esa forma de vida.

Aristóteles dice: “. . . la familia es la comunidad establecida por la naturaleza para la convivencia de todos los días. . .” (27); “tiene como elementos: el marido y la mujer, el padre y los hijos. . .” (28); “el régimen familiar es una monarquía, pues toda la casa está bajo un señor” (29). “Al jefe de la familia corresponde, en efecto, gobernar a su mujer y a sus hijos” (30): “El varón manda conforme a su dignidad, pero remitiendo a la mujer todo lo que a ella correspondía; . . . los hermanos son iguales, salvo en la medida en que difieran por la edad” (31).

Así, pues, se puede observar que la primitiva familia griega se inclinó por un sistema familiar de tipo patriarcal cerrado, en que “. . . los

hijos permanecían al lado del padre a pesar de haber llegado a la mayoría de edad" (32).

En un desarrollo posterior de las ciudades griegas, se notan ciertas diferencias, aunque muy relativas, principalmente en lo que se refiere a Esparta y Atenas, los dos centros culturales más importantes. En efecto, mientras que Esparta, por su sistema militarizado de gobierno, hacía que el varón pasara a depender directamente del Estado, Atenas procuraba dar a los mismos la más notable instrucción, para hacer de ellos ciudadanos aptos (33).

De lo hasta aquí tratado, se puede inferir que poco a poco se fue dando a la madre una determinada ingerencia en los asuntos de la familia y que, aún en la antigüedad, gozó de ciertos derechos que la podrían, en ciertos momentos, equiparar, en cuanto a poder, con el varón (34).

E) ROMA :

La primitiva sociedad romana, estaba dividida en "gens". Cada "gens" comprendía el conjunto de personas descendientes, por los varones, de un autor común. A la muerte del fundador de la "gens", los hijos llegaban a ser jefes de familias distintas, conservando, sin embargo, una señal de su origen común (35). "Por familia o 'domus', debemos entender el conjunto de personas colocadas bajo la autoridad o 'manus' de un jefe único o pater-familias".

El antiguo matrimonio fue rigurosamente patriarcal y su única finalidad fue la descendencia. Había dos clases de matrimonios (37): "cum manu" y "sine manu". En el matrimonio "cum manu", la mujer entra a la familia del marido y queda, con respecto a él, "loco filiae"; así que, los hijos nacidos de ese matrimonio "...siguen la suerte del padre en el momento de la concepción, pues la obra del padre queda entonces consumada" (38). Fuera de las "iustae nuptiae" o matrimonio "cum manu", los hijos siguen la condición de la madre (39).

Al parecer, la legislación del Emperador Octavio, estaba específicamente encaminada a la regulación de la familia, sobre todo a fomentar el matrimonio, que había sufrido alteraciones importantes en su pureza original, así como a regular el número de hijos, la raza, la vida sencilla, la inocencia y otros aspectos relacionados.

Las personas integrantes de una familia se consideraban "alieni iuris" o "sui iuris", según que dependieran o no de otra persona (40). El "pater-familias", es el que ejerce la potestad sobre los demás, los cuales reciben el nombre de "filios-familias" o "alieni iuris". La "potestas", da derecho a un patrimonio y a ejercer los poderes básicos sobre los demás, independientemente de la edad de los diversos componentes (41); se ejerce sobre los integrantes de la familia civil y sobre los clientes o dependientes directos, "... no pudiendo ser ejercida más que por un ciudadano romano, sobre otro ciudadano romano" (42).

La sociedad romana conservó siempre la impronta indeleble del orden patriarcal. El cabeza de familia con su poder jurisdiccional y su autoridad como padre de una descendencia, como patrono de los clientes dependientes de él, económica y personalmente, dio lugar a la formación de una voluntad unitaria, de la que surgió, después, una estructura política ejemplar. Así se ve que las garantías familiares condicionaron el destino de la comunidad misma.

La patria potestad romana se caracteriza por la preponderancia del interés paterno (43), pese a que antes de la vigencia de la Ley de las Doce Tablas, fue un poder de protección; de ahí, también, que no se modifiquen en ningún momento y que sólo corresponda al jefe de la familia misma. En principio, esta potestad confirió derechos rigurosos y absolutos, pero, poco a poco, fue disminuyendo esa energía que la caracterizó como un régimen patriarcal más bien de tipo monárquico.

La regulación de los derechos de familia, se localiza desde la Ley de las Doce Tablas; "... la tabla cuarta, regulaba los derechos del padre sobre la persona de los hijos" (44). Esas disposiciones no fueron objeto de renovación expresa, sino con la llegada del cristianismo. Así, pues, el régimen familiar romano fue monógamo patriarcal, sobre todo hasta el año 522 de la fundación de Roma, en que se estableció el divorcio, el cual vino a modificar la costumbre antigua, aunque no en forma total.

F) ESPAÑA :

"La legislación de los visigodos derivó del Derecho Romano, principalmente del Bajo Imperio (45). Pero, a pesar de la existencia de algunas normas que rememoraban el derecho clásico, a la vez se contenían algunas hablando de una "naturalis pietas" inculcada por las

enseñanzas del cristianismo. Confirma lo dicho la supresión del “ius vitae ac nescis”, del infanticidio, del derecho de exposición e incluso del “ius vendendi” (46). Esto hace que la patria potestad en España Unificada por los visigodos, deje de ser un derecho absoluto para convertirse en una función u “officium” en interés de los hijos (47).

Durante la reconquista, ese “officium” siguió su evolución hasta no tener otra realidad que la de un derecho natural (48). A través de las Ordenanzas, de las Partidas y, sobre todo, de la Ley de Matrimonio Civil de 1870, la potestad se hace temporal y, en todo caso, útil al hijo.

Los fueros, salvo algunas excepciones, siguieron las directrices del Derecho romano, como se indicó anteriormente (49).

Las partidas definieron la Institución aludida como un “poder o señorío” (49 bis), aunque ese poder fuera limitado y debiera ejercerse con moderación; así, el derecho de corrección debía ejercerse con medida y con piedad, sancionándose con la pérdida de la patria potestad a quien se excediera en el castigo de sus hijos (50). Igual pena sufría quien prostituía a su hija.

Entre los diversos fueros que orientaron la vida política de España, es digno de señalarse el de Cataluña que estableció la emancipación por matrimonio (51). El Fuero de Aragón, no da a la patria potestad el sentido de poder, sino más bien, el de deber (52); finalmente, el Derecho Vasco, presenta huellas de una potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre (53).

En el Derecho actual, esta institución está encaminada a realizar una función puramente tutelar, llegándose a decir: “ser padre es, ante que se muestra que ha desaparecido en forma casi completa, el poder absoluto imperante en las relaciones familiares de la antigüedad. Además, como esta es una función protectora en beneficio de los hijos, deben aún ejercerse en relación con los hijos naturales, puesto que esta potestad paterna, no proviene de disposiciones legales, sino de la propia naturaleza, por lo cual podría decirse corresponde al derecho natural.

Por eso, la ley vigente en ese país, dispone que: “. . .ambos progenitores habrán de cumplir conjuntamente con esta potestad”, entendiéndose por tal no un poder o señorío, sino una obligación, o como antes se indicó una misión.

G) FRANCIA :

En términos generales, este país ha seguido los lineamientos básicos del Derecho germánico combinados con los del derecho romano; por lo mismo, se puede asegurar que el régimen vigente, en lo relativo a la familia, ha sido el monogámico patriarcal, en que el varón tiene una marcada supremacía sobre la mujer y sobre sus hijos (55).

Un estudio más detallado, daría una doble visión de este país, en su desarrollo jurídico; por un lado, ofrecería el derecho anterior a la Revolución y, por otro, el posterior a ella; en efecto, en la prerrevolución, el derecho se presentó despótico, tiránico, incluso inhumano; pero después el influjo de los enciclopedistas, hizo variar la ideología imperante, estableciendo notables beneficios en favor de los desposeídos (56).

Débase recordar que antes del establecimiento del Código Napoleón, había dos regímenes de derecho muy distintos en su estructura, pero, aparentemente, semejantes en sus resultados (57); después de la aparición del Código, en el ejercicio de la potestad paterna "...la mujer concurrió con el marido en la dirección moral y material de la familia, provee a su mantenimiento, educa a los hijos y los prepara para su ulterior situación en la vida" (58). Sin embargo, esta atribución legal es sólo nominal en tanto dura el matrimonio; en efecto, esa potestad es delegada exclusivamente al padre, en tanto viva y se muestre capaz de tal ejercicio (59). Así, sólo en defecto del padre, la madre entrará a suplirlo.

La institución, es definida por el Código como "un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la Ley, que da al padre y a la madre, durante un tiempo ilimitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de la persona y la administración y goce de los bienes de sus hijos" (60).

Los hijos naturales quedan sujetos a la potestad de aquel padre que los reconozca primero, salvo el caso de reconocimiento conjunto, en que dicha potestad corresponderá ser ejercida por el padre.

No se piense, con todo, que es un poder absoluto. La doctrina y la jurisprudencia modernas, reconocen al Estado poder suficiente para intervenir en el control del ejercicio de dicho poder, con el objeto de contener los abusos que se pudieren presentar. La intervención estatal se va aumentando diariamente, al punto que se ha llegado a afirmar que esta institución está sufriendo un asalto del Derecho Público. Es por ello que, la forma en que se priva a un padre de su potestad sobre sus hijos es bipartita, esto es, legal y judicial; pero, al mismo tiempo, se

deja libertad a los progenitores privados de ella, de recuperarla, según el caso, mediante un juicio seguido, al efecto, ante los tribunales competentes (61).

H) ITALIA :

En todo tiempo y ante cualquier condición, mental o corporal, puede un ciudadano tener derechos; pero, no en todo tiempo, ni bajo cualquier condición mental o corporal, podría, sin grave daño o peligro, dejarse la facultad de ejercitarlos libremente (62).

Este país ha seguido, en lo familiar, la inspiración clásica del derecho romano, estableciendo un sistema monogámico patriarcal.

Se ha sostenido que la patria potestad tuvo, en su origen, una autoridad soberana y fue una institución política en los pueblos antiguos, y en especial para el derecho primitivo de Roma; pero en los modernos ordenamientos del Derecho familiar, se ha considerado bajo dos diversos aspectos. Como autoridad doméstica (la más antigua y la más santa de la tierra), es ejercida según las leyes natural y divina, para proveer a la conservación, a la educación y a cualquier necesidad física, moral o intelectual de los hijos; como institución de derecho civil, es la encargada de la tutela de los haberes e intereses de los hijos, mientras que, por su inmadurez e inexperiencia, se encuentran incapacitados para llevar bien sus negocios (63).

Los afectos de la patria potestad deben, por tanto, consistir, principalmente, en deberes impuestos por la Ley, como son la educación y el cuidado de los bienes de los hijos. Estos deberes, sin embargo, son al mismo tiempo, derechos de los progenitores, que viendo cómo se traduce y se continúa su propia personalidad en la de sus hijos, tienen el más alto y legítimo interés moral en proporcionarles una educación recta y una sabia administración patrimonial para que puedan llegar a ocupar, dignamente, el lugar que les está preparado en la sociedad (64).

La patria potestad es común al padre y a la madre; sin embargo, y con el fin de evitar situaciones conflictivas, se ha dejado en forma exclusiva el ejercicio de la misma al padre, considerado por la Ley como cabeza de la familia (65); de ahí que se diga que la Ley sólo concede a la madre el ejercicio de la patria potestad en forma subsidiaria, sin que al efecto valgan, en ningún momento, los pactos celebrados entre los progenitores (66).

Finalmente, conviene hacer notar que el grado de desarrollo en estos aspectos ha sido muy importante; a tal grado, que se ha tratado de conciliar los derechos familiares con los del Estado y se ha tratado de establecer la sanción de "privación de la patria potestad" en contra de quien viole o descuide sus deberes para con sus hijos (67).

I) PORTUGAL :

Débase tener en cuenta que este país fue, durante mucho tiempo, parte de la España actual y, por consiguiente, el derecho antiguo de España vale lo mismo para Portugal.

En la actualidad, el conjunto de derechos dimanados de la dirección y protección de los menores, así como la administración de sus bienes, es lo que constituye la patria potestad.

Las madres portuguesas participan del poder paterno, debiendo ser oídas en todo aquello que se refiere a los intereses de los hijos (68) ; sin embargo, es el padre quien, durante el matrimonio, soporta todo el peso de la dirección, representación y defensa de sus hijos.

Los hijos menores no reconocidos no están sujetos a la patria potestad.

El ejercicio de la patria potestad se interrumpe por: la incapacidad de los padres reconocida judicialmente; la ausencia declarada en forma o la sentencia que contenga alguna interlocutoria temporal.

Por otra parte, se termina dicho ejercicio: por muerte de los padres o de los hijos sujetos a ella; por condena de los padres en que haya interlocutoria perpetua; o por mayoría de edad.

La nulidad del matrimonio no deja de producir efectos civiles, tanto en relación con los cónyuges, como en relación con los hijos, siempre que se hubiere contraído, el matrimonio, de buena fe; con ese objeto, deberán celebrar un acuerdo para determinar entre sí, quien habrá de ejercer dicha potestad; a falta de convenio, deberá acudir a las decisiones del consejo de familia, encargado por el Estado de la custodia de este derecho obligación (69).

J) ALEMANIA :

La familia, en el más amplio sentido de la palabra, era la base

de la organización social y política. El padre, soberano señor, era a la vez, juez y rey. Su matrimonio lo realizaba por compra de la esposa; sin embargo, no por eso la consideraba su esclava, sino que, antes bien, la respetaba mucho porque, para ellos "...en la mujer había algo de divino" (70). En torno al padre estaban reunidos los hijos, los parientes, los libertos y los esclavos. El lazo de familia era tan estrecho que la injuria a uno, se consideraba hecha a todos. La agrupación de cierto número de familias constituía la tribu. Los intereses de la tribu eran discutidos por los diversos padres de familia reunidos en asamblea.

"La potestad paterna, llamada 'munt', tenía una acepción de derecho y de deber"; sin embargo, la autoridad paterna, al igual que la del "pater-familias" romano, era ilimitada, sin que por ello contradijeran lo dicho antes, en el sentido de que también había deberes (71).

En el moderno derecho germánico, encontramos que en el Landrecht prusiano sólo se habla de la potestad del padre, pero, igualmente, se obliga a los hijos a venerar y obedecer a ambos progenitores (72).

Más tarde se estableció que la patria potestad incumbe al padre y que sólo en su defecto podrá ejercerla la madre (73). Parecía existir una contradicción entre lo que se ha asentado hasta aquí y la Ley que dice: "...la madre tiene el derecho y la obligación de velar por la persona del hijo...", pero no es así, puesto que la Constitución, tanto de la República Democrática, como la de la República Federal, llegan a la conclusión de que "...hombres y mujeres son iguales en Derecho" (74) "todas las leyes y disposiciones que fueren contrarias a la emancipación de la mujer quedan derogadas" (75).

Pero lo más extraordinario, es el hecho de que dentro de las propias Constituciones se señale lo concerniente a la Familia; así, se lee en el artículo 6 de la Constitución de la República Federal:

"MATRIMONIO, FAMILIA E HIJOS LEGITIMOS:

I.—El matrimonio y la familia están bajo la protección especial del orden estatal.

II.—El cuidado y la educación de los niños son un DERECHO NATURAL de los padres y el primero de los deberes a su cargo. La comunidad estatal vigila su ejercicio.

III.—Los niños pueden ser únicamente separados de la familia, en contra de la voluntad de sus legítimos educadores, en virtud de la ley y cuando exista peligro de que los legítimos educadores

no cumplan su deber o cuando exista el peligro de que los niños, por otras causas, queden desamparados.

IV.—Las madres tienen derecho al cuidado y protección de la comunidad.

V.—La comunidad debe procurar a los hijos ilegítimos las mismas condiciones para su desarrollo corporal y espiritual y para su posición en la sociedad, que corresponda a los hijos legítimos” (76).

Por su parte, en la Constitución de la República Democrática, en sus artículos 30 y siguientes, que forman el apartado III, denominado FAMILIA Y MATERNIDAD, señala:

“30.—El matrimonio y la familia constituyen la base fundamental de la vida en comunidad. Uno y otra están bajo la protección del Estado.

31.—Es un derecho natural de los padres y su más alto deber hacia la colectividad, la educación de los hijos, para hacer de ellos, en armonía con el espíritu democrático, hombres útiles, espiritual y corporalmente.

32.—La Mujer tiene derecho, durante el período de la maternidad, a una especial protección y ayuda del Estado.

La República debe expedir una Ley especial de protección a la maternidad. Deben fundarse instituciones para la protección de la madre y de los niños.

33.—El nacimiento fuera de matrimonio no perjudica los derechos, ni del niño, ni de los padres.

Quedan derogadas todas las leyes y disposiciones que se opongan al anterior principio” (77).

La lectura de ambas constituciones, deja ver que el Gobierno de Alemania ha vuelto a la consideración primitiva de la potestad paterna de un derecho-deber y, al mismo tiempo, ha renovado su especial respeto hacia la mujer, posible madre y, por lo mismo, fuente de riqueza para el país.

En fin, sólo obscurece el desarrollo de esta institución, el camino seguido bajo la dictadura nazi, en que “. . . la procreación de los hijos se encaraba como un deber hacia el Estado y de ahí la necesidad de que fueran racialmente puros” (78).

K) R U S I A :

La Rusia soviética “. . . pretendió imponerse a la realidad y a los

sentimientos humanos" (79), olvidándose del origen mismo de la familia, que es el fruto de las necesidades biológicas y afectivas. El comunismo disasoció los elementos componentes de la relación familiar y, despreciando el vínculo jurídico, concendió absoluta y única preminencia al vínculo biológico, encarnándolo como fenómeno animal (80).

El legislador transformó la estructura tradicional de la familia con la implantación del matrimonio de hecho y del divorcio de hecho; pero, más tarde, debió atenuar el cambio con la exigencia de la inscripción de ambos actos, llegando a restablecer las nupcias formales y el divorcio declarado judicialmente (81).

La autoridad de los padres de familia, era tenida como una derivación de la autoridad colectiva. El Estado, constantemente intervenía para el ejercicio de la misma.

El código de Familia de 1918, reformado en 1926, establecía, en su artículo 153: "... los derechos del padre y de la madre son ejercidos exclusivamente en interés del hijo y, en el caso del ejercicio abusivo, el Tribunal tiene el derecho de privar a los padres de esos derechos" (82). Por su parte, el artículo 151 decide que: "... todas las medidas que conciernan a los hijos son tomadas por los padres cuando haya acuerdo entre ellos sobre la cuestión" y añade: "... en caso de desacuerdo entre los padres, la cuestión litigiosa es sanjada por el Tribunal local con la participación de los padres" (83).

A partir de 1937, la familia volvió a tener su importancia. Desde entonces, parece como si los jercarcas socialistas, trataran de tomar en serio la advertencia de Engels, de que la familia debe ser monógama y fuertemente constituida. Por eso, el Código de familia de 1944, ha derogado el código de 1926 (reformador del de 1918), exaltando a la madre, inclinándose, en consecuencia, hacia un sistema familiar, podría decirse, más matriarcal (84).

L) HISPANOAMÉRICA :

De entre los pueblos antiguos de Hispanoamérica sólo se mencionarán aquí a los más destacados por su civilización y por las características tan claras que han imperado en el régimen familiar. En general, el derecho de estos pueblos, aunque de marcada tendencia consuetudinaria, asumió la regulación de importantes aspectos de orden civil, como la herencia, el divorcio y, entre otras instituciones, la patria potestad (85).

Así, entre los mayas y Aztecas, “. . . la monogamia fue el régimen familiar de rigor, excepto para los nobles” (86), entre quienes había algunos que tenían hasta doscientas mujeres, y de ahí para abajo cada uno tenía las que quería, impidiéndolo tan sólo, entre personas de escasos recursos.

Los chichimecas tomaban una sola mujer y no había de ser pariente.

El matrimonio entre los mexicas fue obligatorio y existía un régimen patriarcal, en que el hijo mayor heredaba todos los derechos del padre, incluso sobre sus hermanos (87).

El esposo era dentro de la familia la autoridad superior y gozaba de potestad sobre su mujer y sus hijos. Podía vender o reducir a la condición de esclavos a estos últimos, y en algunos casos, tenía el derecho de disponer de aquella para dejarla como herencia (88).

Con el objeto de dar a los hijos de los aztecas una educación conveniente, había en los templos casas pupilares de niños, destinadas para los mozos y para las mozas; ahí se les industriaba en loables ejercicios, principalmente en servir y obedecer a sus mayores. En dichos establecimientos, y en los especialmente dedicados a la juventud, se preparaba a los futuros ciudadanos mexicas (89). De ahí que, podríase pensar, la patria potestad tuvo escasa importancia, ya que su ejercicio correspondía, en la realidad, al Estado, quien la ejercía a través de sus templos y, directamente de sus sacerdotes.

Sin embargo, ese internamiento en las escuelas, tenía ciertas limitaciones que demuestran que los padres eran quienes ejercían la patria potestad ya que, todas las tardes, los jóvenes iban, acompañados de alguno de sus preceptores, a la casa familiar, donde el padre lo amonestaba con sabios consejos. (90).

Aún más, cuando el hijo llegaba a una edad proporcionada para contraer y sostener las cargas del estado, que en los hombres era de los veinte a los veintidós años, y en las mujeres a los diez y siete o diez y ocho, le buscaban mujer correspondiente a su calidad, estando sólo prohibido el matrimonio entre personas consanguíneas o afines en primer grado, a excepción de los cuñados (91).

Cuando habiendo llegado a la edad máxima (22 años), el varón no tomaba esposa, se consideraba destinado a los quehaceres del templo y, por lo mismo, ya no podría contraer nupcias, considerándosele infame en caso contrario (92).

A lo confuso y vago del conocimiento inicial de la sociedad precolumbiana, ha seguido una más firme aprehensión de las remotas realidades.

“La principal ocupación agraria de los Inkas se traduce en colectivismo como forma característica de asociación; no hay hombre que se baste a sí propio; todos buscan el auxilio de los demás; . . . cada componente del grupo social nada valía por sí, sino en tanto constituía guarismo dentro de una comunidad. El individuo carecía de derechos; sólo el grupo era sujeto jurídico” (93) y por lo mismo, el grupo familiar tenía mayor importancia que cada uno de los que lo integran.

La sociedad lo es todo: el individuo nada; . . . sus jefes se distinguen por un paternalismo. El Inka no era sino un gran paterfamilias que presidía el banquete doméstico y las fiestas y los actos litúrgicos de su clan (aullú) escogido y dominador. El Inka proveía al bienestar de su pueblo en virtud de su organización colectiva; así, no hubo lugar a la propiedad individual. Nadie estaba exceptuado de aplicar su actividad a la producción: mujeres, niños, ancianos, realizaban un género de labores proporcionados a su capacidad.

El grupo social básico, aparte de la familia, era el ayllu o aullu (94) especie de extensión de la familia, o subtribu, que poseía un territorio determinado.

El matrimonio adquirió características monogámico endogámicas v, en cuanto al grupo social, asumió un carácter patrilineal. Por eso. “. . . no tenían por adulterio tener muchas mujerés o mancebas, ni ellas tenían la pena de muerte si las hallaban con otros, sino solamente la que era verdadera mujer, con quien contraían propiamente matrimonio, porque ésta no era más de una y recibíase es especial solemnidad . . .”, según dice el padre José de Acosta en su *Historia Natural y Moral de las Indias* (95).

En el ayllu, el parentesco era su base y su lazo de unión. El matrimonio entre familiares estaba permitido, a excepción de los casos de parentesco de primer grado. La residencia era patrilocal; durante el imperio, se dio más importancia a la comunidad de residencia que a la de parentesco.

En cuanto se refiere al régimen familiar durante la colonia, en especial a México, las Siete Partidas y las Leyes de Indias tienen una especial importancia; en ellas, el derecho de familia se nota especial-

mente influenciado por el derecho canónico, sin olvidar el Derecho Romano; pero, sobre este tema se hablará más adelante.

Una visión rápida sobre el derecho moderno de la América, presenta el siguiente panorama: En Argentina, el ejercicio de la patria potestad sólo corresponde a la madre en forma subsidiaria, esto es, a falta de padre. La Legislación Chilena permite cierta participación legal, aunque no completa. Uruguay, a partir de la Constitución de 1934, en que se estableció la igualdad de derechos, la patria potestad es ejercida por ambos cónyuges de común acuerdo sin perjuicio de las resoluciones judiciales que priven, suspendan o limiten su ejercicio, o lo confieran a alguno de ellos o a otra persona, y de los convenios previstos por el artículo 172 del Código Civil correspondiente (96).

Panamá estableció una potestad subsidiaria, al igual que Colombia, Cuba (salvo las modificaciones que se hayan introducido a la legislación correspondiente después de la Revolución), Puerto Rico, Salvador y Haití, así como Venezuela, que más tarde habrá oportunidad de contemplar (97).

Perú estableció una coparticipación de la patria potestad, al igual que Honduras. Finalmente, cabe señalar que en Costa Rica se habla de una participación en el ejercicio, aunque con claras limitaciones (98).

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Vide: F. Müller: "La Familia". Edit. Revista de Occidente, Madrid, 1930. Págs. 172 y 173.
- 2.—Cfr. W. D. Godard "Los Forjadores de Taiwan". China Publishing Company, Taipei, s. f. Pág. 50.
- 3.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Págs. 64 y 65.
- 4.—Cfr. Tomas Lee: "3,000 años de literatura" en Rev. América Latina y China Libre. Vol. V., Núm. 32. Marzo 1970. Pág. 54.
- 5.—Cfr. Obra citada en nota anterior, igual página.
- 6.—Cfr. "La República de China". Información General de la Embajada de China Nacionalista en México. Junio 1969.
- 7.—Cfr. Yang Ming Che: "Filósofo de la Imparcialidad". En Rev. América Latina y China Libre". Marzo 1970. Pág. 41.
- 8.—Sobre este tema, conviene ver también: "Historia de la Cultura Oriental" de Herman Boekhoff, principalmente el artículo rubricado "China. Imperio del Centro". Edit. Labor, Barcelona. Págs. 366 y siguientes.
- 9.—Cfr. Inés Vargas de Núñez. "A los pies de Shiva". T. I. Pág. 113. Mexico 1963.
- 10.—Cfr. F. Müller. Obra citada. Pág. 164.
- 11.—Citado por Inés Vargas de Núñez. Op. cit. Pág. 112.

12.—Ayudarán también “Historia de la Cultura Oriental”, en sus artículos “India, país maravilloso entre la ilusión y la realidad” y “La gran India, irradiaciones y transformaciones”, páginas 229 y 285 respectivamente, de la edición señalada en nota ocho. Igualmente véase “India’s Constitution” y “Small family norm comity”, proporcionados por la H. Embajada de India en México.

13.—Cfr. Manuel de Tuya: “Instituciones Israelitas” en Introducción al Estudio de la Biblia, T. II. Cap. I. Pág. 305. B.A.C. Madrid 1967.

14.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Pág. 305. Nota 3.

15.—Cfr. Obra citada en nota 13; nota 3 al fin. Pág. 306. Igualmente puede verse. “Historia del Mundo”. Varios Autores. T. II; página 1 y siguientes.

16.—Cfr. Manuel de Tuya. Obra citada. Pág. 307.

17.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Pág. 308.

18.—Ibid. Pág. 317.

19.—Ibid. Pág. 317.

20.—Ibid. Pág. 318.

21.—Ibid. Pág. 323 y siguientes.

22.—Cfr. José Ma. Castán V. “La Familia”. Pág. 74.

23.—Cfr.—Platón: “La República” en Diálogos. Edit. Porrúa, México 1971. Libro II. Pág. 463.

24.—Cfr. Aristóteles: “Política”. Libro I. Pág. 158. Edit. Porrúa, México, 1969.

25.—Cfr. Herman Boekhoff “Historia de la Cultura Occidental”, en especial: “Atenas”. Pág. 14. Edit. Labor. Barcelona.

26.—Ibid. Pág. 22.

27.—Cfr. Aristóteles: “Política”. Pág. 158. Edición citada.

28.—Ibid. Pág. 159.

29.—Ibid. Pág. 163.

30.—Ibid. Pág. 169.

31.—Cfr. Aristóteles: “Ética Nicomaquea”. Edit. Porrúa, México, 1969. Pág. 111.

32.—Cfr. Angel Miranda Basurto: “La Evolución del Hombre”. Edit. Herro. México, 1970. Pág. 74.

33.—Cfr. Herman Boekhoff: “Historia de la Cultura Occidental”. Pág. 22.

34.—Para completar esta visión, puede consultarse: F. Müller. Op. cit. Págs. 37, 39, 161 y 195, así como Fustel de Coulanges “La Ciudad Antigua”. Edit. Iberia. Barcelona, 1961. Libro V.

35.—Cfr. E. Petit: “Tratado elemental de Derecho Romano”. Edinal. México 1963. Pág. 29.

36.—Ibid. Pág. 96.

37.—Cfr. José Ma. Castán V. Op. cit. Pág. 75.

38.—Cfr. E. Petit. Op. cit. Pág. 84.

39.—Cfr. Fustel de Coulanges. Op. cit. Libro II. Cap. II. También F. Müller. Op. cit. Págs. 187 y siguientes.

40.—Cfr. E. Petit. Op. cit. Págs. 75 y 95.

41.—Cfr. J. Ma. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 22.

42.—Cfr. Fustel de Coulanges Op. cit. Págs. 174 y siguientes y Págs. 187 y siguientes.

- 43.—Cfr. J. Ma. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 21. E. Petit. Op. cit. Pág. 101.
- 44.—Cfr. E. Petit. Op. cit. Pág. 38. Nota 2.
- 45.—Cfr. J. Ma. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 26.
- 46.—Ibid. Pág. 26.
- 47.—Ibid. Pág. 27.
- 48.—Ibid. Pág. 27.
- 49.—Ibid. Pág. 345 y siguientes.
- 49 bis.—Cfr. Alfonso X: "Las Siete Partidas". Partida IV. Título XVIII. Ley primera. Imprenta de Antonio Bergues. Barcelona, 1943. T. II. Pág. 1079.
- 50.—Ibid. Pág. 1081.
- 51.—Cfr. J. Ma. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 345.
- 52.—Ibid. Pág. 347.
- 53.—Ibid. Pág. 362.
- 54.—Item. Pág. 33.
- 55.—Cfr. Planiol, M. F.; *Traite Theorique et Practique de Doit Civil. Lib. Generale de Doit et de Jurisprudence. París, 1946. Quinta parte. Chap. II. Sec. 2. Pág. 604.*
- 56.—Cfr. Müller. Op. cit. Págs. 45 y 46.
- 57.—Planiol. Op. cit. Chap. III. Pág. 634.
- 58.—Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 84.
- 59.—Item.
- 60.—Citado por Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 83.
- 61.—Cfr. Planiol. Op. cit. Chap. III. Pág. 636.
- 62.—Cfr. Paoli, Baldassarre. "Nozioni Elementari di Diritto Civile". Tipografia del R. Instituto Sardo-Muti. Génova 1880. Pág. 5.
- 63.—Item. Págs. 9 y siguientes.
- 64.—Citado por Paoli. Op. cit. Pág. 11. Nota 1.
- 65.—Cfr. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 88.
- 66.—Item. Pág. 90. Paoli. Op. cit. Pág. 13.
- 67.—Cfr. Castán Vázquez. Op. cit. Págs. 58 y 88.
- 68.—Item. Pág. 91.
- 69.—Sobre este inciso conviene añadir lo dicho por Aguilera y Velasco Alberto, en su Código Civil Portugués comentado.
- 70.—Cfr. Müller. Op. cit. Págs. 215 y siguientes y Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 77.
- 71.—Cfr. Castán Vázquez. Op. cit. Págs. 24 y 25.
- 72.—Item. Pág. 92.
- 73.—Item. Pág. 92.
- 74.—Cfr. "Ley Fundamental para la República Federal Alemana". En la traducción del Dr. Mario de la Cueva, publicada en la Revista de la Facultad de Derecho. Tomo II. Número 6 de 1952. Pgs. 204 y siguientes.
- 75.—Cfr. Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 95.
- 76.—Cfr. Constitución citada. Pág. 205.
- 77.—Cfr. "Constitución de la República Democrática Alemana". Traducción del Dr. Mario de la Cueva. Publicada en Revista de la Facultad de Derecho. Tomo II. Número 6, de 1952. Pgs. 248 y siguientes.

- 78.—Cfr. Enrique Díaz Guijarro: "Evolución de la Familia". En Revista de la Facultad de Derecho. Tomo III. Número 11, 1953. Pág. 41. También conviene ver la Historia de la Cultura Occidental.
- 79.—Cfr. E. Díaz Guijarro. Op. cit. Pág. 39.
- 80.—Item. Pág. 40. En similar sentido Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 61.
- 81.—Cfr. E. Díaz Guijarro. Op. cit. Pág. 40.
- 82.—Citado por Castán Vázquez. En Op. cit. Pág. 62.
- 83.—Item. Pág. 105.
- 84.—Item.
- 85.—Cfr. Boekhoff, H. "Historia de la Cultura Oriental". Pág. 512.
- 86.—Item.
- 87.—Item.
- 88.—Cfr. Trinidad García: "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Porrúa. México, 1965. Pág. 59. En igual sentido Fco. J. Clavijero "Historia Antigua de México". Porrúa. México 1971. Págs. 201 y siguientes.
- 89.—Cfr. F. J. Vlavihero. Op. cit. Págs. 201 y siguientes.
- 90.—Item. Pág. 206.
- 91.—Item. Pág. 195.
- 92.—Item. Pág. 207.
- 93.—Valcárcel, Luis Eduardo. "De la vida Inkaica". Lima, Perú . . .
- 94.—Cfr. H. Boekhoff, "Historia de la Cultura Oriental". Pág. 561.
- 95.—Cfr. José de Acosta "Vida religiosa y civil de los Indios". B. E. U. UNAM. México 1963. Pág. 117.
- 96.—Citado por Castán Vázquez. Op. cit. Pág. 90 y siguientes.
- 97.—Item. Pág. 96 y siguientes.
- 98.—Item. Págs. 100 y siguientes.

Capítulo II

LA PATRIA POTESTAD EN NUESTRO DERECHO POSITIVO

A) Legislación vigente en la Colonia.

Muy en cuenta han de tenerse las circunstancias que acompañaron al descubrimiento y colonización de toda la América Latina. No era posible que los viajes trasatlánticos fueran realizados a plena satisfacción; de ahí que, pese a que la mayoría de los conquistadores vinieran con el solo propósito de enriquecerse y volver a sus familias, no lo pudieran hacer impedidos por la propia naturaleza, con lo que muchos, olvidando sus compromisos en aquellas lejanas tierras procuraran rehacer su vida, si se puede así decir, tomando otra mujer en este suelo.

Por eso, fueron muchas las disposiciones de las distintas autoridades que procuraron poner un coto a los posibles desmanes; algunas de ellas fueron de carácter particular, otras de carácter general, pero todas ellas tendiendo a remedir, en lo posible, ese mal; así se puede ver en parte de la cédula, que a continuación se transcribe en la parte conducente:

“ . . . e agora nos somos ynformados que en esa prouincia residen y están muchas personas que son casadas en estos reynos y tienen en ellos a sus mugeres contra lo por nos proveido y mandado cerca desto, e se siguen otros daños e ynconuenientes, y nuestra voluntad es que las personas que ansí en esa prouincia estubieren casados en estos reynos y tubieren en ellos a sus mugeres vengán o enbien por ellas para las llevar a esa tierra y hazer vida con ellas; por ende, yo vos mando que veais la dicha nuestra cedula que de suso va

incorporada y la guardéis y cumpláis y executeis y hagáis guardar, cumplir y executar en todo y por todo, como en ella se contiene y declara, y contra tenor y forma della ni de lo en ella contenido no vais, ni paseis, ni consintais y ni pesar en manera alguna . . . ”(1).

En fin, se puede afirmar que en el derecho de familia no encontramos la forma fría de la Ley, sino que queda cierta libertad para obrar, procurando el mayor bienestar posible. Confirman lo dicho varias disposiciones reales de las que sobresale lo siguiente: “. . . he reflexionado la dureza y repugnancia que trae consigo el que por la inconsideración o contravención, tal vez inadvertida de una determinada persona, se castigue a toda una generación futura que pueda derivar de ella, por la cual claman los vínculos de la naturaleza . . . ” (2).

Con respecto a nuestro país, tuvieron vigencia todas las leyes de España, como los Fueros, las Partidas, los Códigos, las Leyes y las Ordenanzas, entre otros, lo cual causó una lamentable confusión, misma que habría de agravarse con la aparición de las Leyes de Indias y con las disposiciones especiales destinadas a cada una de las Colonias. Aún más, pese a que las disposiciones dictadas para el régimen de la colonia, que fueron muchas, si bien en lo general no atacan los principios básicos sustentados en anteriores legislaciones, introdujeron modificaciones que complicaron su aplicación. Amén de eso, aunque en su mayor parte las Leyes fueron recopiladas, quedaron muchas fuera de los cuerpos compiladores, complicándose, en consecuencia, su aplicación efectiva (3).

Pero entre todos los cuerpos de leyes, merece especial atención el de las Siete Partidas de Don Alfonso el Sabio, que, por lo que toca al derecho civil, constituyeron fundamental representante y médula del primitivo derecho independiente, y en algunas disposiciones secundarias, igualmente, el cuerpo de leyes de Indias.

Ahora bien, téngase en cuenta que la legislación de Indias, según algunos comentaristas, se caracteriza por dos tendencias: la de hacer del precepto legal una tentativa, susceptible de corregirse en vista de una más amplia información, y la de respeto a las costumbres de los pueblos en todo lo compatible con la nueva cultura; esto, por la distancia de los nuevos reinos, la novedad y variedad de las cosas, y la frecuente contradicción de las informaciones correspondientes.

Con todo lo dicho, las disposiciones del Título I, Libro II de la Recopilación, tienen particular importancia, ya que, según ellas señalan, en todo lo que no estuviere ordenado en particular para las Colonias,

deberían observarse las Leyes de Castilla (4); pero al mismo tiempo se ordena que las leyes y buenas costumbres que los indios tengan para su gobierno, así como los usos adquiridos después de su cristianización, fueran respetados con tal que no contravinieran el espíritu general de la Ley (5).

En cuanto se refiere al tema de la patria potestad, las Leyes de Indias concuerdan con las disposiciones de las Siete partidas, de las que a continuación se ofrece un panorama general en lo concerniente.

La patria potestad es, para el Código Alfonsino, según se lee en la Ley primera del título XVII, Partida Cuarta, "el poder o señorío que tienen los padres sobre sus hijos . . ." (6). De acuerdo con la introducción del citado título, la patria potestad la tienen los padres sobre los hijos de cualquier clase que sean, considerándola derivada de la naturaleza o de la ley: ". . .lo uno, porque nascen dellos; lo al, porque han de heredar lo suyo . . ." (7). Sin embargo, en la ley segunda se contiene una aclaración a la disposición antes indicada, ya que ordena que los hijos naturales quedan bajo la potestad de la madre (8). Ahora bien, en la ley tercera del propio título y partida, se dice: ". . .se toma esta palabra Potestas, por ligamiento de reverencia, e de subiecion, e de castigamiento, que deue auer el padre sobre su fijo . . ." (9).

Pero ese poder no se entiende tan sólo sobre la persona de los hijos, sino que se prolonga también sobre los bienes que a ellos les pertenezcan según disponen las leyes 5, 6 y 7 del título de referencia (10).

Tal parece que la primera consecuencia de la patria potestad era la relativa a la crianza y educación, ya que, según las leyes 3 y 4 del título XIX, el padre estaba obligado a criar a su hijo, proveyéndole de instrucción de acuerdo con sus recursos (11). De acuerdo con las mismas leyes, señaladas, durante los tres primeros años de la vida del niño, la obligación de la crianza era de la madre, así como también en el caso de que ella fuera rica y el padre pobre. Ya se había señalado cómo la ley segunda del título XVII, concede la patria potestad a la madre en cuanto a los hijos naturales; pero, en el título XIX, en su ley quinta, parece ignorar lo anterior, o mejor dicho, pretende aclarar el ordenamiento de la ley anteriormente señalada, disponiendo que tratándose de hijos legítimos, o de los **NATURALES HABIDOS EN AMIGA BIEN CONOCIDA COMO TAL. CORRESPONDE LA OBLIGACION DE CRIANZA AL PADRE Y A LOS ASCENDIENTES POR AMBAS LINEAS**; pero de los otros hijos ilegítimos, sólo incumbe la obli-

gación a la madre y a los ascendientes por esa línea (12). Muy lamentable parece ser la disposición de la ley antes indicada, ya que, tratándose de hijos que la madre no hubiere deseado, injusto sería atribuirle una carga como la que se cita.

En fin, de todas las obligaciones que el padre tenía para con sus hijos, debía sacar algún provecho, y por eso, tenía derecho sobre los bienes del hijo; pero ese derecho se veía modificado de acuerdo con la clase de bienes de que se tratara. Pero, el derecho de un padre no terminaba en la libre disposición de los bienes del hijo, en caso de necesidad, sino que se extendía, incluso, a la posibilidad de la disposición de la persona misma del hijo, a quien, conforme a lo preceptuado en la ley octava del título XVII, podría vender o empeñar, cuando concurrieran causas especiales; y, lo que es aún más admirable, el padre podría comer al hijo, según la propia ley indica al decir: “. . . seyendo el padre cercado en algund Castillo que touiesse del Señor, si fuesse tan cuytado de fambre que non ouiesse al que comer, puede comer al fijo, nin mala estanta, ante que diesse el Castillo sin mandato de su Señor. Onde, si esto puede fazer por el Señor, guiasada cosa es, que lo puede fazer por si mismo . . .” (13).

La patria potestad acababa, tanto —según dicen las Siete Partidas y en consonancia con ellas las Leyes de Indias—, por cuatro razones: “. . . la una es (dice el código alfonsino), por muerte natural”. La segunda es, “. . . por juyzio, que sea dado en razon de desterramiento para siempre; a que llaman en latin mors civilis”. La tercera es “. . . por dignidad a que pujase el fijo”. La cuarta es “. . . cuando el padre sacasse su fijo de su poder, a plazer del; a que dizen en latin emancipatio” (14). A estas formas de terminación se refieren las primeras diez y ocho leyes del título XVIII de la partida cuarta, la ley diez y nueve del mismo, señala que la ingratitud del hijo emancipado, provoca que recaiga en la potesta del padre.

De lo señalado en la ley octava del título XVII, citada con anterioridad, se podría desprender una causa de suspensión en el ejercicio de la patria potestad, en el caso de la venta o empeño del hijo, ya que, no estando el hijo bajo la autoridad directa del padre, no podría éste, decir que ejercía su poder sobre el mismo. Por eso, las leyes 9 y 10 del mismo título, hablan, respectivamente, de cómo se puede “. . . redemir el fijo que vendiere su padre, e tornar en su libertad” y “. . . que el padre puede demandar al juez, quel torne su fijo a su poderio, si lo non touiere, o el fijo nol quisiere obedecer” (15).

Finalmente, conviene señalar que el padre pierde "...el poder que hay sobre sus hijos" por el delito de incesto y por lo que la ley cuarta del título XVIII llama encartamiento (16).

Otro de los cuerpos legales de importancia en lo que se refiere a México, fue, indudablemente, el de las Leyes de Toro, concordantes con las antes enunciadas en las que se añade otra forma de terminación de la potestad paterna, al decir, en su ley 47: "Filius, aut filia, MATRIMONIO JUNCTUS cum Ecclesiastica solemnitate, habeatur in omnibus rebus in perpetuum emancipatus", a lo que añade la ley 48: "Praecipimus ut posthac filius aut filia, matrimonio juncti cum Ecclesiastica solemnitate habeat sibi fructum omnium suorum bonorum adventitium, etiam vivente patre; qui teneatur ab illa eis restituendum, nec sibi patrem eorum usufructum relinquat" (17).

Resumiendo, podría afirmarse que el derecho colonial se caracterizó por su excesiva dureza, tan solo atenuada, de vez en cuando, con disposiciones muy escasas, como la que se encuentra en la ley décima del título primero de las Partidas, con relación al matrimonio, en que se dispone: "...que los padres no pueden desposar sus hijas, non estando ellas delante, e non lo otorgando..." (18).

B) El Código Civil de Oaxaca de 1827-28.

En México independiente, habiéndose establecido, casi de inmediato, el régimen republicano federalista, se hacía indispensable que cada uno de los Estados de la Federación tuviera sus leyes propias; sin embargo, no fue sino el Estado de Oaxaca el que se preocupó por establecer una legislación diferente en materia civil, misma que fue promulgada por el C. José Ignacio Morales en el año de 1826.

Pero aún se nota en el citado código, la dureza de las normas relativas a la patria potestad; así, entre otras normas, son dignas de mención la referida en el artículo 234 que dice: "El hijo no puede dejar la casa paterna sin la licencia de su padre, y por muerte de éste, sin la licencia de la madre...". Pero más drástico parece lo dispuesto en el artículo 236 que dispone: "...Si los hijos cometiesen desórdenes que merezcan un castigo más serio, su padre o su madre podrán hacerlos arrestar desde un mes hasta tres..." (19).

Con todo, para el legislador oaxaqueño, según se puede desprender de los artículos 231, 232, 233, la patria potestad era una autoridad que, como queda dicho, podría ser ejercida con exceso, aun cuando el artícu-

lo 238 estableciere cierta limitación al ordenar que: "...Si el hijo, que el padre o la madre dispusiere que sea arrestado, no fuere del presente matrimonio, el alcalde con conocimiento de causa dará o negará la orden de arresto" (20).

Asimismo, en el citado ordenamiento se establece, en el artículo 239, que sobre los hijos naturales reconocidos, se tiene la misma autoridad que sobre los legítimos (21).

No se menciona en momento alguno la posibilidad de la pérdida de la patria potestad; podría considerarse que sólo existe en el caso del fallecimiento de alguno de los padres o de su ausencia.

En el caso del divorcio, puesto que el mismo sólo consiste en la separación de: "...lecho y habitación", conforme lo dispone el artículo 144, no se podrá considerar la posibilidad de que alguno de los cónyuges, el culpable, pierda la patria potestad; el artículo 160, al respecto, sólo establece que: "...los hijos serán confiados al esposo que obtuvo el divorcio..." y luego añade el artículo 161, "...cualquiera que sea la persona a la que los hijos hayan sido confiados, el padre y la madre conservarán respectivamente el derecho de inspeccionar la mantención y educación de los hijos..." (22).

Cabe señalar que en dicho código se establecen dos tipos de divorcio, uno temporal y otro perpetuo. Si se entendiera, por lo dicho anteriormente, que sí se pierde la patria potestad, se debería admitir que en el primer caso, o sea, en el divorcio temporal, es factible la recuperación de la misma, ya que, en el artículo 162, causa primera, al fin, se ordena que el cónyuge separado deberá reunirse con el otro, cuando la causa hubiere cesado, con lo que, la patria potestad, no propiamente perdida, sino limitada, se recobraría legalmente.

El establecimiento mismo de otro tipo de divorcio, el perpetuo, hace pensar en la factibilidad de la pérdida de la patria potestad, o mejor dicho, de su ejercicio, sin la posibilidad de su recuperación.

Es de considerarse, igualmente, que si se ha declarado la ausencia de una persona y esa regresa, habrá también de recobrar todos sus derechos entre los cuales podrá contarse la patria potestad.

Es lamentable que el legislador de Oaxaca se haya olvidado de establecer a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad en caso de la falta de los progenitores, a quienes parece limitarlo, conforme a lo dispuesto en el artículo 233, a no ser que se deba tener en cuen-

ta la disposición del artículo 83 que dice: "...si el padre o la madre han muerto o se hallan en imposibilidad de manifestar su voluntad, los abuelos y abuelas los reemplazarán..." (23), mas debe tomarse en consideración que la disposición aludida se refiere al consentimiento que se debe otorgar para el matrimonio.

No se hace ninguna limitación al ejercicio de la institución que aquí se estudia; es de alabarse el esfuerzo por independizar la legislación de México, aunque no su parvedad en materia familiar.

C) Código Civil de Maximiliano de 1866.

Después del Código de Oaxaca, no hubo ningún antecedente claro de legislación que viniera a confirmar la independencia de México, sino hasta las Leyes de Reforma, cuya virtud fue entregar al Estado el cuidado de las instituciones que tan celosamente había custodiado la Iglesia Católica.

"El Gobierno de Juárez —dice don Trinidad García en sus Apuntes de Introducción al estudio del Derecho— encargó al doctor Justo Sierra la redacción de un proyecto de Código Civil, terminado y publicado en 1861. El trabajo fue pasado para su estudio a una comisión designada por el propio Gobierno de Juárez, la cual concluyó sus trabajos durante el Imperio de Maximiliano; este expidió —con las correcciones o adaptaciones pertinentes los libros primero y segundo del Código, que quedaron sin valor legal al caer el Imperio" (24). Así, pues, este código fue el primero en tener, hasta cierto punto, vigencia nacional, desde luego con las limitaciones oportunas debido al estado de lucha en que se encontraba el país.

Dicho código se ocupa de la patria potestad en su título VII del libro primero. Así como el de Oaxaca, analizado antes, también este considera a la patria potestad como una simple autoridad, según se desprende de sus artículos 269, 270 y 271 (25). Su ejercicio compete, según dispone el artículo 271 "...el padre, o en su falta a la madre, al abuelo paterno, al abuelo materno, a la abuela paterna o a la abuela materna..." , sucesivamente, en cuanto se trate de hijos legítimos, pues tratándose de hijos naturales, corresponde ejercer la patria potestad a la madre o en su defecto a los abuelos maternos, salvo el caso de que el hijo hubiere sido reconocido antes de cumplir los siete años, pues entonces se habrá de ejercer dicha potestad conforme a lo dispuesto en el precitado artículo, al tenor del 272 (26).

Aún subsiste en esta legislación la tendencia a considerar a la patria potestad como una autoridad absoluta, que podría caer en el arbitrio, ya que, según dispone el artículo 273, el hijo no puede "...dejar voluntariamente la casa del que la ejerce (la patria potestad), sin el permiso de este o decreto de la autoridad pública competente". Aún más, el padre puede destinarle (al hijo) a alguna carrera específica, mientras el hijo no llegue a la mayoría de edad, por disposición del artículo 274 (27).

Mucho más injusta aparece la disposición consignada en el artículo 275, el cual faculta al padre a ordenar el arresto del hijo hasta por un mes, si el hijo ha cumplido once años y no excede de diez y seis, y hasta por seis meses, si el hijo ha cumplido los diez y seis pero no ha logrado su emancipación. Esa facultad es "...absoluta y el juez a quien pida (el padre) la orden de arresto la expedirá sin dilación y sin investigar sus motivos" (28).

Igual derecho al antes señalado, concede el artículo 277 a la madre viuda mientras no contraiga segundas nupcias (29). Lógicamente, si la madre no contrae las mencionadas "segundas nupcias", sino que se dedica, por cualquier circunstancia, a una vida indecente y el hijo le es un estorbo para ello, la madre, de acuerdo con esta absurda legislación, podría pedir la detención del hijo, con lo que ella quedaría libre y conservaría, siempre, el ejercicio de la patria potestad, con sus consiguientes beneficios, si el hijo tuviera algún bien. Favorablemente, el movimiento legislativo posterior a este código, no tomó en cuenta esta disposición, que ha pasado exclusivamente a la historia.

El artículo 278, insiste en la detención del hijo, pero, aclara, que si se trata de un hijo de segundas o ulteriores nupcias, el padre que pida la detención deberá manifestar al juez los motivos de disgusto (30). Es de creerse que la disposición está mal redactada y que debía entenderse aplicable no a los hijos nacidos en el segundo o ulterior matrimonio, sino a los hijos de cualquiera de los consortes, habidos en anterior matrimonio y que los hubiera llevado a convivir en el nuevo hogar.

La misma limitación señalada, la hace el citado artículo en cuanto el hijo esté ejerciendo algún cargo industrial, algún oficio profesional, aunque el padre no haya contraído segundo matrimonio.

El capítulo III habla de los modos de acabarse la patria potestad y señala, en su artículo 290, que la patria potestad se acaba con la muerte, con la emancipación o por la mayoría de edad del hijo. Añade

el artículo 291 que se pierde por condena penal o por divorcio. El artículo 292 establece que, quien trate con excesiva dureza a sus hijos, no los educa o les da consejos, preceptos o ejemplos corruptores, puede ser privado del ejercicio de la patria potestad, o bien, que su ejercicio le podrá ser limitado o modificado (31). Esta es, realmente, la primera disposición que, en bien de los hijos, se encuentra en las leyes mexicanas.

En fin, la patria potestad se suspende por incapacidad de quien la ejerce, por ausencia de quien debe ejercerla o por condena de autoridad competente que así lo disponga (32).

En caso de divorcio, por disposición del artículo 174, los hijos quedarán bajo el poder del cónyuge no culpable, pero ambos padres “quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, aunque pierdan la patria potestad”, según reza el artículo 176 (33).

Establece el artículo 198 que en caso de nulidad de matrimonio, las obligaciones con respecto a los hijos quedan subsistentes; en caso de anulación, no se dejan de producir la legitimación a favor de los hijos y, en consecuencia, subsistirán todas las obligaciones, conforme ordena el artículo 242. Finalmente, los hijos naturales, según este código, tienen derecho a un trato igual a los legítimos.

Por último, es de advertirse que este código no contiene ninguna disposición relativa a la recuperación del ejercicio de la patria potestad, salvo el caso de que se deba dicha pérdida al divorcio declarado por adulterio, por la proposición del marido para prostituir a la mujer, por sevicia o trato cruel del marido a la mujer, por acusación falsa hecha por un cónyuge al otro, o por la violación de las capitulaciones matrimoniales, conforme dispone el artículo 177. Es posible pensar que también se recuperarán los derechos correspondientes en el caso de la ausencia, en cuanto se presente el ausente o se compruebe su existencia.

D) Código Civil Mexicano de 1870.

El primer código que tuvo vigencia real en la República, fue el de 1870 promulgado por el entonces presidente, Don Benito Juárez. Podríase afirmar y con razón, que este cuerpo legal no fue más que una burda copia del Código del Imperio Mexicano, al cual, por otra parte, se le detesta tanto. Don Trinidad García en su obra citada, señala como antecedentes más importantes de este código, así como del proyecto del Maestro Justo Sierra utilizado por el Imperio, el proyecto correspondiente que el maestro García Goyena elaborara para España; posi-

blemente esa sea la causa de la extraordinaria similitud que ambos códigos conservan.

En la exposición de motivos del código en cita, se lee que "...la comisión ha creído que las madres y abuelas deben ejercer la patria potestad" (34), con lo que se soluciona el problema anterior, de la atribución de este derecho a los padres con preferencia de las madres. En cuanto al divorcio no voluntario, se dice: "...se priva el culpable de los derechos paternales" (35), como consecuencia de este hecho.

Si el matrimonio fuere declarado nulo, deberá sin embargo producir todos sus efectos "...siempre en favor de los hijos; porque no es justo que un error, tal vez inevitable, cause los males de un crimen" (36).

Abreviando, "...el pensamiento dominante de la comisión en esta materia ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se pueda evitar..." (37).

Con todo, el concepto que el código contiene acerca de la institución, es el mismo que han sustentado los antes mencionados, o sea, el de una autoridad plena, de la cual no se puede escapar, ya que, conforme al artículo 390: "...los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponde aquella según la ley" (38).

Ahora bien, esa autoridad debe ser ejercida, según dispone el artículo 391 "...sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales legitimados o reconocidos...", y conforme al artículo 392, corresponde ser ejercida: "...por el padre; por la madre; por el abuelo paterno; por el abuelo materno; por la abuela paterna, o por la abuela materna" (39).

La disposición del artículo 395 señala: "al que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente", con lo que parece contradecirse con la contenida en el artículo 270, en que se establece: "el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos (40); débase tener en cuenta que prevalece lo dispuesto por el primero de los artículos señalados, el padre que perdiere el divorcio y que, por lo mismo, fuera sentenciado a perder la patria potestad sobre sus hijos, podría fácilmente librarse de sus obligaciones aduciendo que, conforme al artículo que se comenta, él no tendría obligación alguna.

Parece prudente señalar que, pese a que se conserva literalmente

el mismo rigor en cuanto a la extensión de la patria potestad, ya se nota mucha limitación a las facultades paternas antes señaladas en otras leyes; en efecto, el artículo 396 señala que el “padre tiene la facultad de corregir y castigar a sus hijos templada y mesuradamente” (41), a lo que añade el artículo 397: “las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada, cuando sean requeridas para ello”. Con esto, indudablemente, se evitarán las arbitrariedades que podrían ocasionarse bajo el influjo de anteriores legislaciones, y como se señaló en la exposición de motivos, el legislador del setenta, pretendió que los problemas de tipo familiar, fueran, en lo posible, solucionados dentro del ámbito de la propia familia.

Pero ningún derecho es eterno en su ejercicio. La patria potestad, según disposición del artículo 415, “. . . se acaba: por la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; por emancipación; por la mayor edad del hijo” (42). Ante la extinción del derecho no hay posibilidad alguna en la legislación mexicana, de volver a adquirir esos derechos, como lo había en el derecho español, al que se hizo referencia con anterioridad, como en el caso de que el hijo fuere ingrato.

Por otra parte, se habla de pérdida de la patria potestad, y según dispone el artículo 416, esto suceda: “. . . cuando el que la ejerce, es condenado a alguna pena que importe la pérdida de este derecho; y en los casos señalados por los artículos 268 y 271” (43). En el numeral 268 se dice: “. . . ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor, conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso” (44). Por su parte, el artículo 271 dice: “el cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras vive el cónyuge inocente; pero los recobrará, muerto éste, si el divorcio se ha declarado por las causas 3a., 5a., y 6a., señaladas en el artículo 240”.

Ahora bien, el citado artículo 240 dispone, en las fracciones aludidas: “Son causas legítimas de divorcio. . . La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal. . . El abandono sin causa justa del domicilio conyugal, prolongado por más de dos años. . . La sevicia del marido con su mujer o la de esta con aquel. . .” (45). Téngase en cuenta que,

según el diccionario de la Lengua Española, la pérdida es el daño o menoscabo que se recibe en una cosa; por tanto, ese daño podrá ser reparado y, en el caso que nos ocupa, dirase que la patria potestad se recupera sólo en los casos señalados por la ley y no en los demás, en que se declara la pérdida. Sería, quizá, incluso más importante hablar de privación definitiva o de terminación de la patria potestad para los casos en que la misma no se pudiera recuperar; pero, sobre esto se tratará más adelante, a donde me remito.

Muy cercana a la pérdida está la privación de la potestad, con la diferencia de que esta puede recuperarse aún en vida de la otra parte que sustente el ejercicio, mientras que aquella sólo puede ser recuperada en ausencia del cónyuge que la ejerza. Según el artículo 417, "los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificar su ejercicio, si tratan a los que están en ella, con excesiva severidad, no los educa, les impone preceptos inmorales, o les dá ejemplos o consejos corruptores". Es aquí donde se nota la tendencia social de la institución de la patria potestad, que hasta entonces sólo había tenido un carácter meramente patriarcal, cerrado, limitado sólo al interés de quien la ejercía.

"La patria potestad se suspende dice el artículo 418: por incapacidad, declarada judicialmente en los casos 2o. y 3o. del artículo 431: en el caso 1o. del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes: por la ausencia declarada en forma; por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión". Los casos a que se refiere el artículo 431 son: la privación de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aun cuando tengan intervalos lúcidos; y la sordomudez complicada con la ignorancia de la escritura y la lectura. Por su parte el artículo 432 se refiere a los pródigos declarados conforme a la Ley. El caso observado ahora, asume características especiales, en cuanto que se trata sólo de casos excepcionales que pueden tener una vigencia muy limitada.

Indudablemente una de las disposiciones más notables es la contenida en el artículo 424, según la cual "...la madre, abuelos y abuelas pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o el ejercicio de esta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponde según la ley. Si no lo hay, se proveerá de tutor al menor conforme a derecho". Cabe preguntarse sobre la procedencia de tal renuncia. Si se tratara sólo de un derecho del padre sobre el hijo, tal vez sería

admisible tal posición; pero debe tenerse en cuenta que esto no es un derecho en beneficio del progenitor, sino de ambos, como luego se verá.

Se insiste en la pérdida, en el artículo 426 que dice: "...la madre o abuela viuda, que dé a luz un hijo ilegítimo pierde los derechos que le concede el artículo 392" (el ejercicio de la patria potestad) y añade el artículo 427: "...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". Pero debe advertirse que en el caso que se contempla en los citados artículos, en lugar de imponerse una pena a la madre, muchas veces, quizá las más, se castiga al hijo que es inocente de lo que su madre haga, dejándolo, por lo mismo, en un estado total de abandono. Favorablemente, esas disposiciones han desaparecido en nuestra legislación vigente.

El artículo 429 que habla de la recuperación de los derechos paternos sólo los limita a un caso: cuando la madre o la abuela, casadas en segundas nupcias, volvieren a enviudar. A esto deberá añadirse el ya contemplado líneas arriba, o sea el que se encuentra señalado en el artículo 271. Igualmente conviene añadir el caso del ausente que se presentare o de quien se probare su existencia antes de la declaración de presunción de muerte, ya que, en estas circunstancias, por disposición del artículo 745: "...recobrará sus bienes...", dentro de los cuales se pueden considerar los derechos derivados de la patria potestad. Por su parte, el artículo 753 dispone que si regresare después de hecha la declaración de ausencia, "...quedará restaurada la sociedad conyugal...", con lo que se podría pensar, habría lugar a la recuperación de la patria potestad, como autoridad natural dentro de la familia; no es posible afirmarlo plenamente, porque el legislador no da lugar a ello.

E) El Código Civil Mexicano de 1884.

En lo que a la materia de la patria potestad se refiere, este código no presente variación real con respecto al anteriormente señalado, por lo que, en términos generales, habrá que remitirse a lo dicho con relación al anterior. Una de las pocas novedades que contiene este código, es la relativa a las causales de divorcio que sí propician la recuperación de la patria potestad, siendo, en el caso presente: "...la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para con el otro: la acusación falsa hecha por un cónyuge contra el otro: la infracción de las capitulaciones matrimoniales...", conforme dispone el artículo 248, en consonancia con el 227 (46).

F) Ley de Relaciones Familiares.

Aun cuando conservando en gran parte las mismas normas de los códigos antes citados, esta Ley presenta algunas modalidades de importancia como la consignada en el artículo 240, de acuerdo con el cual la patria potestad es ejercida: "...sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos, de los hijos legitimados, de los naturales y de los adoptivos" (47), con lo que, de hecho, se incluyen dentro de la clasificación a todos los hijos en beneficio de los mismos.

Es igualmente loable la disposición que contiene el artículo 241, según la cual: "...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" (48), con lo que termina la antigua preponderancia del marido, en beneficio indiscutible de la comunidad. Pero, pese a lo dicho, parece que el artículo 248 quisiera aún retener para el varón cierto poderío pues dice: "...cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, el administrador de los bienes será el padre o el abuelo, pero consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración" (49) y añade: "...el padre y el abuelo, en su caso, representará también a sus hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Hasta el presente, la legislación había hecho una serie de divisiones de los bienes del hijo, dando al padre participación mayor o menor, de acuerdo con la clase de bienes de que se tratara; pero, en esta Ley, según se desprende del artículo 249, todos los bienes pertenecientes al hijo tienen las mismas características y están sujetos a los mismos cuidados. Por lo demás, sigue esta ley los lineamientos de las que le precedieron.

En cuanto al divorcio, cuando acaezca, según indica el artículo 97, "...el cónyuge que diere causa al divorcio, perderá todo su poder y derechos sobre la persona de sus hijos mientras viva el cónyuge inocente; pero los recobrará muerto este, si el divorcio se ha declarado por las causas VI, VII, VIII y IX del artículo 76. La madre que conserve la patria potestad de sus hijos la perderá si vive en mancebía o tiene un hijo ilegítimo". Por su parte, el artículo 76 en las fracciones indicadas señala: "...son causa de divorcio: La ausencia del marido por más de

un año, con abandono de las obligaciones inherentes al matrimonio; la sevicia, las amenazas o injurias graves o los malos tratamientos de un cónyuge para el otro, siempre que estos y aquellas sean de tal naturaleza que hagan imposible la vida común; la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión..." (50). De acuerdo con esto, en los demás casos no existe posibilidad de recuperar la patria potestad.

G) El Código Civil Mexicano de 1928.

El Código Civil de 1928, vigente, sigue muy de cerca a la Ley de Relaciones Familiares, analizada con anterioridad; en el artículo 413 hace una aclaración muy oportuna al ejercicio de la patria potestad, al ordenar que: "...su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le imprimen las resoluciones que se dicten..." (51), con lo que la institución que se estudia deja de estar al servicio exclusivo de los padres, para ocuparse, preferentemente, del servicio de los menores, de donde se afirma que la legislación correspondiente se va inclinando, cada vez más, hacia un aspecto más socializante.

Cuando se trate del ejercicio de la patria potestad sobre los hijos naturales, reconocidos por ambos padres que no vivan juntos, conforme lo dispone el artículo 380, deberán convenir en designar a uno de los dos para que ejerza su custodia, pero el ejercicio de la misma, corresponderá a ambos, según dispone el artículo 415 (52).

Las disposiciones que le siguen, no tienen mayor importancia puesto que insisten en lo aseverado en normas anteriores.

En lo que respecta a la recuperación de la patria potestad, se encuentran algunos cambios, principalmente después del divorcio. En las legislaciones anteriores, debe notarse, eran muy limitadas las posibilidades de la recuperación, con perjuicio de los menores que muchas veces se veían privados de los cuidados de alguna parte más solvente, que podría darles una mejor preparación para la vida.

En cambio, conforme al artículo 283 del código actual, "...los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable" (53), si las causas de divorcio fueren: "...el adulterio debidamente comprobado de uno de los cónyuges; el hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio, un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo; la propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya

hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal; los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción; la separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada; haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal..." (54). En todos estos casos, no se prevé, por la gravedad de los hechos, la posibilidad de la recuperación de la potestad.

En cambio, el propio artículo 283 señala que si las causas del divorcio fueren: "...la separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesite para que se haga que proceda la declaración de ausencia; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro; la negativa de los cónyuges a darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no se puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166; la acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; cometer un cónyuge contra la persona o los hijos del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión...", "...los hijos quedarán bajo la patria 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. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor" (55).

Ciertamente, en el caso antes señalado, en la primera parte se presenta una disposición más o menos justa, puesto que, así como se pudo

lesionar lo que interesa al consorte, fácilmente se podrán lesionar los intereses de los hijos menores; pero, cuando ambos padres son culpables de alguna de las faltas que se señalan en el precepto, no se ve la razón de que a ambos se les prive del ejercicio de la potestad paterna, o como dice el artículo, que se les suspenda, para que, cuando uno de ellos muera, el otro la recobre; la norma peca de injusticia, pues hace una acepción de personas que no tiene sentido y lo que es peor, cuando exista algún interés en conservar ese ejercicio, se podrá ocasionar un homicidio indirecto. Lo más correcto sería que a ambos progenitores se diera y menor lesiva de los intereses de los menores.

En los casos de enfermedades crónicas e incurables, o de enajenación mental, la ley vigente no niega el derecho del padre enfermo, por ese simple hecho, sino que lo limita por el peligro que existe; por el contrario, las legislaciones anteriores (ley de relaciones familiares, artículo 76 fracción IV y Código Civil de 1884, artículo 227 fracción XI), las consideraban causa de pérdida de la patria potestad sin que existiera la posibilidad de recuperación. Esta es, pues, una manifestación más de la tendencia socializante de la institución que se estudia, en beneficio indiscutible de los menores, que en definitiva, ninguna culpa tienen de venir al mundo, para que se les haga sufrir con la ignorancia de la situación de sus padres. Sin embargo, el camino por recorrer en la materia es amplio y es de esperarse que en próximas legislaciones se hacen nuevos adelantos en favor de la niñez, lo que desde luego, redundará en beneficio de la Nación.

BIBLIOGRAFIA:

- 1.—Cfr. Recopilación de las leyes de los reinos de las Indias. Libro Siete. Título tercero de la edición de Gráficas Ultra, S. A. Madrid 1943.
- 2.—Cfr. Recopilación de las Leyes de Gobierno Español que rigen en la República, respectivas a los años 1788 y siguientes. Imprenta de J. M. Lara. México 1851. Pág. 76.
- 3.—Cfr. Trinidad García. "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Porrúa. México 1965. Págs. 68 a 71.
- 4.—Cfr. Trinidad García. Obra citada. Pág. 70 y Toribio Esquivel y Obregón. "Apuntes para la Historia del Derecho en México". T. II. Pág. 186. México, 1938.
- 5.—Cfr. Toribio Esquivel y O. Obra citada. T. II. Pág. 186.
- 6.—Cfr. Obra citada Edición de Antonio Berguez, Barcelona 1843. T. II. Pág. 1079.
- 7.—Igualmente. Pág. 1079.

- 8.—Igualmente.
- 9.—Como en la anterior nota. Pág. 1080.
- 10.—En la misma obra. Págs. 1080, 1083, 1084 respectivamente.
- 11.—También páginas 1098 y 1099.
- 12.—Asimismo página 1100.
- 13.—También página 1085.
- 14.—Misma obra, páginas 1087 y siguientes. Véase también Toribio Esquivel y O. Obra citada. Págs. 55 y siguientes.
- 15.—Cfr. Alfonso X. "Las Siete Partidas". Edición citada. Págs. 1085 y siguiente.
- 16.—Item. Pág. 1090.
- 17.—Cfr. Antonio Gómez. "Ad. Leyes Tauri Commentarium". Madrid 1794.
- 18.—Cfr. Alfonso X. Obra citada. Pág.
- 19.—Cfr. Código Civil para Gobierno del Estado Libre de Oajaca. Talleres del Estado. Oajaca 1826. Pág. 34.
- 20.—Item. Pág. 34.
- 21.—Igualmente.
- 22.—Igualmente. Págs. 22 y 24.
- 23.—Igualmente. Págs. 34 y 15.
- 24.—Cfr. Trinidad García. Obra citada. Pág. 73.
- 25.—Cfr. Código Civil del Imperio Mexicano. Ed. de Imprenta de Andrade y Escalante. México, 1866. Pág. 33.
- 26.—Igualmente. Pág. 33.
- 27.—Igualmente. Pág. 33.
- 28.—Igualmente. Pág. 33.
- 29.—Igualmente. Pág. 34.
- 30.—Como en nota anterior.
- 31.—Igualmente. Pág. 36.
- 32.—Como en nota anterior.
- 33.—Igualmente. Pág. 21.
- 34.—Cfr. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Parte Expositiva. Tipografía de J. M. Aguilar Ortiz. México 1875. Pág. 15.
- 35.—Igualmente. Pág. 19.
- 36.—Igualmente. Pág. 20.
- 37.—Igualmente. Pág. 23.
- 38.—Cfr. Obra citada, de la misma edición en su Título VIII. Capítulo I. Pág. 46.
- 39.—Igualmente. Pág. 46.
- 40.—Igualmente. Pág. 35.
- 41.—Igualmente. Pág. 46.
- 42.—Igualmente. Pág. 48.
- 43.—Como en nota anterior.
- 44.—Igualmente. Pág. 35.
- 45.—Igualmente. Pág. 32.
- 46.—Cfr. Código Civil del Distrito Federal y Territorios: Reformado. Ed. Andrés Botas e Hijo. Scr. México 1926. Págs. 44 y 40.
- 47.—Cfr. Código Civil citado en nota anterior. Pág. 184.

- 48.—Igualmente. Pág. 184.
49.—Igualmente. Pág. 185.
50.—Igualmente. Págs. 148 y siguientes.
51.—Cfr. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Porrúa. México, 1971. Pág. 120.
52.—Igualmente. Pág. 120.
53.—Igualmente. Pág. 98.
54.—Igualmente. Pág. 93.
55.—Igualmente, artículos 283 en relación con 267. Págs. 94 y 93.

Capítulo III

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD

A). CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD.

“Creced y multiplicaos hasta llenar la faz de la tierra”, es la orden dada al hombre en el Génesis.

Todo ser humano tiene el poder de ser causa de que otros vivan; pero esta facultad no es sólo en beneficio o en provecho del padre de familia, como parece haberse considerado en la antigüedad, sino principalmente en bien del hijo, para su perfeccionamiento.

Considérese que en el hombre “...la procreación no es sólo un acto biológico, sino y sobre todo, una responsabilidad moral” (1). Por lo mismo, la patria potestad tiene su fundamento, no en la Ley, sino en el hecho natural de la procreación; es por eso, indudablemente, que el código alfonso, en el proemio del título XIX de la partida cuarta, dice: “...piedad, e debdo natural deuen mouer a los padres, para criar a los fijos, dandoles, e faziendoles lo que es menester, segund su poder. E estos se deuen mouer a fazer, por debdo natural. Ca si las bestias, que non han razonable entendimiento, aman naturalmente, e crian sus fijos, mucho mas lo deuen fazer los omes, que han entendimiento, e sentido de todas las otras cosas. . .” (2).

Sin embargo, para que los padres puedan cumplir con el deber que la naturaleza les señala, es indispensable que la Ley les confiera una autoridad que sea tal que no deje que haya interferencias; esa autoridad es la patria potestad. “Potestad —dice Carnelutti— es la facultad de

mandar para la tutela de un interés ajeno" (3); pero, recuérdese que, si el hombre tiene sobre el producto de su acto biológico reproductivo un poder, no es en interés de él mismo, sino en interés del mismo producto y de la sociedad, de la que forma parte el recién nacido o el gestado, incluso, como lo corrobora la ley mexicana vigente que le concede ciertos derechos.

Así, pues, conviene delimitar lo que ha de entenderse por patria potestad.

Es "...el poder o señorío que tienen los padres sobre sus hijos", según la expresión de las Siete Partidas (4).

Por su parte, el diccionario de la Lengua Española, dice: "Es la autoridad que los padres tienen, con arreglo a las leyes, sobre sus hijos no emancipados" (5).

En el Derecho Francés, Colin y Capitant, definen la patria potestad como "...el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos" (6).

En la doctrina italiana, Messineo, dice: "La patria potestad es un conjunto de poderes en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a la falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar" (7).

En la doctrina española, Clemente de Diego, dice que la patria potestad es "...el deber y el derecho que a los padres corresponde de proveer a la asistencia y protección de las personas y bienes de los hijos en la medida reclamada por las necesidades de estos" (8).

Puig Peña, por su parte, señala: "...es aquella institución jurídica por cuya virtud los padres asumen por derecho la dirección y asistencia de sus hijos menores en la medida reclamada por las necesidades de estos" (9).

Castán Vázquez sostiene: "...es el conjunto de derechos y deberes que corresponden a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole" (10).

En la doctrina mexicana, el maestro Benjamín Flores Barroeta, sigue la definición de Planiol que dice: “. . . es el conjunto de derechos y facultades que la Ley concede a los ascendientes sobre la persona y bienes de sus descendientes menores, para el cumplimiento de sus obligaciones como tales” (11).

Los conceptos emitidos hasta aquí, forman parte del sistema del derecho moderno; en derecho romano, no se encuentra definición alguna de lo que se entendía por tal, sosteniéndose tan solo que “. . . pertenece al jefe de familia, sobre los descendientes que forman parte de la familia civil . . .” y que “. . . no puede ejercerse más que por un ciudadano romano, sobre otro ciudadano” (12).

El Derecho Canónico tampoco define la patria potestad; marca, sin embargo, con rigor las obligaciones de los padres hacia sus hijos; así, el cánón 1113 señala: “. . . los padres tienen la obligación gravísima de procurar con todo empeño la educación de sus hijos, tanto la religiosa y moral como la física y civil, y de proveer también a su bien temporal” (13); pero conviene añadir que, conforme al cánón 1335: “. . . no solamente los padres, y los demás que hacen sus veces, sino también los amos y los padrinos, tienen la obligación de procurar que todos sus súbditos o encomendados aprendan . . .” (14).

Resumiendo; en todo momento histórico, se ha visto que la institución de la que aquí se trata, ha sido considerada como una manifestación de poder, casi ilimitado, en que los hijos han quedado relegados a planos de inferioridad. Ultimamente se ha notado, con todo, un movimiento tendiente a reconocer, junto con los derechos del padre, una importante serie de derechos de los hijos, por lo que debe hablarse de derechos-deber.

De ahí que en este estudio se deba tomar en cuenta que la patria potestad constituye una de las consecuencias más importantes de la filiación, cuya substancia está constituida por la relación paterno filial, que se concreta por vínculos naturales y deberes éticos, que el derecho sólo debe reconocer en su mínimo indispensable.

Tal parece, empero, que todos se han olvidado del origen de las palabras que forman la expresión usual para enunciar lo que se estudia aquí. En efecto, es oportuno señalar que tanto la expresión patria, como la palabra potestad, tienen un radical común “pa” o “po”, del sanscrito, que indica precisamente poder.

Así, se ha venido redundando en las definiciones, insistiendo en el

poder, hasta convertirlo en abuso. Favorablemente, como se notó líneas arriba, ya no solo se toma en cuenta eso, sino se tiende a hacer, como realmente debe ser, una institución meramente social, que se encamine a la protección de los menores y, por ende, de la sociedad misma.

Así, pues, téngase en cuenta que esta institución, pese a lo que las legislaciones, en términos generales, han enunciado, no es sólo un derecho de los padres, o una simple obligación de los hijos, sino que es un conjunto de derechos y obligaciones por ambas partes que, como sabiamente ha señalado el código alfonsoino, no derivan de la ley, sino más que nada de la naturaleza misma.

Aún más, si la función de la patria potestad se puede resumir, en el momento actual, en la protección que los padres deben otorgar a los hijos, esta no devendrá del derecho sino de la naturaleza, y por tanto, sea cual sea la clase de hijos de que se trate, legítimos o naturales, habrá siempre de existir, aún en contra de lo que las leyes pueden establecer, pues la ley deberá proteger y no destruir. Ni el divorcio, ni cualquiera de los problemas que puedan surgir entre los padres, puede ser causa para terminar la patria potestad.

En consecuencia, no es posible aceptar, como los legisladores del derecho familiar pretenden, que la patria potestad se pierda.

Pero, si lo dicho no bastara, téngase en cuenta que: “. . . los derechos se pierden unas veces por voluntad de quien los tiene y otras en contra de su voluntad; en este último supuesto se encuentran: la renuncia, la enajenación o transferencia, la pérdida de estado, personalidad o consideración, la extinción de la cosa, la condición resolutoria o el tiempo de duración, la falta de interés en la conservación, la prescripción y el mal uso o delito” (15).

Siendo que la patria potestad no es sólo un derecho, sino también un deber, no es posible admitir la pérdida conforme se pierden los derechos; el único caso posible es el de la extinción de la cosa, que en el caso sería la muerte de quien ejerce la patria potestad o de aquel sobre quien se ejerce.

De donde, podría decirse, que la patria potestad no es susceptible de pérdida sino de limitación, en determinados casos, o bien de suspensión, cosas que en ningún momento equivalen a la pérdida, ya que, según reza el diccionario de la Lengua Española, esta “. . . es la carencia o privación de lo que se poseía . . .” o bien, “. . . el menoscabo que se

recibe en una cosa . . .” (16), lo que no suceda en el caso que aquí se trata.

Siendo que la sustancia de la patria potestad, como quedó dicho anteriormente, es la relación paterno-filial, que se constituye por vínculos naturales y deberes éticos que el derecho sólo reconoce en su mínimo necesario, no es posible aceptar el término “PERDIDA” de la patria potestad; sin embargo, siguiendo los lineamientos de las leyes vigentes en la materia, es necesario avocarse al estudio del tema.

B) Causas por la que se pierde:

Las causas por las que se pierde la patria potestad, conforme al código de 1870 son: por condena expresa (artículo 416-I); por divorcio (artículo 416-II, en relación con artículos 268 y 281); en algunos casos en que se trate a los sujetos a la patria potestad con excesiva severidad (artículo 417) (17).

En el código de 1884 se presentan similares causales a las contenidas en el citado antes, en los artículos 389, 390, 245 y 248 (18).

Lo propio hace la Ley de Relaciones Familiares en el artículo 260 en relación con el 94, 41, 99, 41 y 261 (19).

El código vigente, en su artículo 444, alude a las mismas dos primeras causales señaladas arriba, esto es, la condena y el divorcio; pero la tercera señala: “. . .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, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal; “añade como cuarta causal: “. . .por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses” (20).

Considerando que la pérdida es la “privación de lo que se poseía” y dado que lo que se pierde no es fácil de recobrarlo, más bien parece ser que el lenguaje de los códigos, en este como en muchos otros casos, no ha sido el gramatical, sino que encierra, tan solo, algunas restricciones o limitaciones a los derechos-deber que integran la institución que se estudia. Todavía más, conviene insistir en que esta institución no está constituida por sólo derechos, sino que son derechos-deberes que no desaparecen al mismo tiempo, sino que subsisten independientemente, a pesar de todos los acontecimientos que aparezcan modificarlos.

Fuera de lo que las leyes han considerado como causas de pérdida, parecen encontrarse las mismas; a saber, en lo que los códigos han dado en llamar causas de terminación, porque entonces sí ya no subsisten (esto es se pierden en forma completa), en términos generales, ni los derechos ni los deberes. Así, conforme al código de 1870, la primera causa de terminación considerada en el artículo 415, sería la muerte, pero, históricamente se ha podido comprobar, no es del todo posible aceptar esta como una causa de terminación plena, como una extinción total de derechos y obligaciones, puesto que en el que sobrevive, deberá subsistir, cuando menos, el recuerdo respetuoso. En segundo lugar se señaló, en el numeral invocado, como causa de terminación de la patria potestad, la emancipación, la que no implica un desligamiento total entre padres e hijos, puesto que el hijo, en muchos casos, permanece supeditado a los padres; en consecuencia, ésta como otras, deberá ser tomada como una limitación circunstancial, por la que se concede al hijo, en razón de la posibilidad que tiene de decidir por sí mismo, la libertad para escoger lo que más le convenga. Finalmente, la mayoría del hijo conduce también a la terminación de la patria potestad; pero, como en el caso anterior, debe ser considerada como una simple limitación circunstancial, basada en la potencialidad del hijo para la dirección libre y espontánea de sus intereses, que podrá terminar, por algún accidente, que le restrinja dicha libertad emocional y física (21).

En el código de 1884 se encuentra una disposición semejante a la acabada de cometer del de 70, en su artículo 338 (22). Lo mismo sucede en la Ley de Relaciones Familiares en su artículo 259 (23) y en el código vigente en el artículo 443 (24), por lo que debe tomarse en cuenta lo dicho para el primero de los citados.

A partir, igualmente, del código de 1870, se viene considerando a la ausencia como una causa de suspensión de la patria potestad, que como luego se verá, podrá ser recobrada. La adopción, según la Ley de Relaciones Familiares y el código vigente, es también causa de pérdida o terminación de la potestad paterna; sobre ella se hablará también luego.

C) Efectos de la pérdida.

En la exposición de motivos del código Civil de 1870, se dice que: "...trata el capítulo V de los modos de acabarse la patria potestad" y añade: "...las disposiciones que contiene son de derecho común..." (25) ¿Qué deberá entenderse en el caso? ¿Tal vez que la patria potes-

tad se rige por las normas comunes a los contratos? Y, en cuanto se refiere a la pérdida, ¿será que habrá que atenerse a las disposiciones relativas a la prescripción o a alguna otra de las instituciones del derecho común? El artículo 268 del citado ordenamiento señala: “ejecutoriado el divorcio, quedarán los hijos o se pondrán bajo la potestad del cónyuge no culpable; pero si ambos lo fuesen y no hubiere otro ascendiente en quien recaiga la patria potestad, se proveerá a los hijos de tutor, conforme a los artículos 546, 547, 555 y 556 en su respectivo caso” (26).

En consecuencia, el primer efecto de la pérdida de la patria potestad será la transmisión de la misma a la persona que conforme a la propia ley deba ejercerla y, en caso de que no existiera, conforme lo señala la propia ley, se procederá al nombramiento de tutor, de acuerdo con las normas que el propio ordenamiento legal contiene.

Pero eso es en el caso de divorcio; mas, en el código se añade, como causa de pérdida, la condena “. . . a alguna pena que importe la pérdida de este derecho”. Es de pensarse que cuando así suceda no será sobre los dos padres y en consecuencia el ejercicio de la misma corresponderá al no condenado; en caso de que a ambos se les sentenciara, el ejercicio pasaría a la persona que señale la ley. Por lo mismo, el efecto será, como en el caso anterior, la transmisión de dicha facultad, ya bien al ascendiente, ya al tutor que hará las veces de ambos.

Aún más, la patria potestad no es sólo una obligación que importe el cuidado sobre las personas, sino también, si los hubiere, sobre los bienes de los hijos. Así que, la segunda gran consecuencia de la pérdida de esa potestad, será la inhabilitación para el cuidado de los dichos bienes, cuya guarda pasará, junto con la de la persona, a quien corresponda conforme a la Ley ya sea ascendiente, ya sea tutor. Esto, no significa que el tutor tenga igualdad de condiciones que un progenitor y por lo mismo no hay razón para equiparar su autoridad a la de aquel, por lo que, en la mayoría de los casos debe estar conforme con los dictámenes judiciales, lo que no acontece con un padre, que actúa con independencia, en cuanto no lesione lo establecido en la Ley.

Con todo, lo contemplado en el párrafo anterior es un caso excepcional, ya que son pocos los niños que tienen bienes suficientes para su subsistencia personal; de ahí que se ordene que “el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos” (27), con lo que se está reconociendo que no se ha perdido la potestad paterna, sino que se ha limitado

en cuanto que el padre o la madre sentenciado en el caso, tendrá las mismas obligaciones, pero no los mismos derechos para intervenir en la educación o en las demás circunstancias que rodeen la formación, física y moral, de los hijos, por lo que, indudablemente, se puede afirmar que la patria potestad no se ha perdido, sino, como se asentó antes, sólo ha sufrido limitaciones que se refieren a su solo ejercicio que pasará a otra persona que la propia ley se encarga de designar. Así que, otra de las consecuencias de dicha pérdida, será la serie de limitaciones que se impongan al ejercicio de la potestad paterna.

Si bien directamente no es contemplada como un caso de pérdida, la ausencia, en la realidad legal, podría considerarse como una causa más, cuyo efecto inmediato sería la transmisión de que se habló antes, aunque cabe señalar que puede ser recuperada por el padre que la pierde en cuanto se presente o se demuestre su existencia, por lo que una vez más conviene advertir, no se trata de una pérdida definitiva o ilimitada, sino de una simple suspensión, como se lee en la Ley, temporal en lo concerniente al ejercicio de la misma.

En el código de 1884, no se hacen señalamientos de causales diferentes, para la pérdida de que se viene tratando, por lo que, para abreviar, conviene remitirse a lo dicho ya. Así, valga también lo dicho para la Ley de Relaciones Familiares (28), misma que, al agregar una fuente más de la patria potestad, la adopción, añade, por ende, una causa más para la pérdida, ya que, conforme al artículo 220, el adoptante adquiere sobre el adoptado: “. . . todos los derechos que un padre tiene” y contrae “. . . todas las responsabilidades que el mismo reporte . . .”, lo que, confirma en el artículo 230. En consecuencia, los efectos en relación con los padres naturales del adoptado serán la anulación de todas las obligaciones que con él tenían y la trasmisión de la potestad paterna al adoptante, de quien dependerá el hijo.

El código vigente conserva como causas las ya señaladas y añade como tales: “. . . 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 . . .” (29). Habrá que entender, tal vez, que el efecto principal, en el caso que se indica, será el de ceder el ejercicio de la potestad paterna a las personas que, en forma sucesiva, la propia ley señala, considerando que, si se les deja a los padres dicho ejercicio, pondrán en peligro a la propia sociedad, a la que entregarán no unos seres concientes, sino unos hombres embru-

tecidos por el vicio: Por esto mismo, los padres condenados por esta causa, no podrán, mientras no se pruebe su regeneración, intervenir para nada en la vida de sus hijos; pero ello no significa pérdida, sino limitación en beneficio de la sociedad.

No conforme, el legislador de veintiocho, agregó una causa más de pérdida: “. . . la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos o . . . los dejen abandonados por más de seis meses” En lo concerniente a la primera parte de la fracción IV del artículo 444 antes citada (30), no podrá decirse que entran a ejercer la potestad paterna las personas que la ley señala, ya que se desconocerá quienes son, salvo contados casos, los causantes biológicos del nuevo ser. En consecuencia, en lo posible, será el Estado el indicado para suplir la carencia de padres. Pero, indudablemente, el efecto principal será el de dejar sin nombres, en la penumbra de la vida, sin afecto y, tal vez, sin protección al nuevo ser.

En lo que se refiere a la pérdida por adopción, el código vigente establece limitaciones saludables al indicar en su artículo 403 que: “. . . los derechos y obligaciones que resulten del parentesco natural, no se extinguen por la adopción . . .”; de donde se puede inferir que lo más notable en esta forma de perder la patria potestad, es la transmisión de su ejercicio al adoptante dejando para los padres naturales los mismos derechos y deberes que tenían antes de la adopción (31).

BIBLIOGRAFIA

- 1.—Cfr. Daniel Kuri Breña “Etiología de lo Social”. En “Memoria del Congreso Científico Mexicano”. T. XIV. U.N.A.M. México, 1953. Pág. 37.
- 2.—Cfr. Alfonso X. Obra citada. Vol. II. Pág. 1102.
- 3.—Citado por Eduardo Pallares en “Diccionario de Derecho Procesal Civil”. Porrúa. México 1956. Pág. 502.
- 4.—Cfr. Alfonso X. Obra citada. Ley primera. Título XVII. Part. IV. Vol. II. Pág. 1079.
- 5.—Cfr. “Diccionario de la Lengua Española”. Herrerías. México 1942. Pág. 1020.
- 6.—Cfr. Colin et Capitant. Curso Elemental de Derecho Civil. Reus, Madrid. T. III Vol. I. Pág. 18. Citado por Castán V. en “La Patria Potestad”.
- 7.—Citado por Castán Vázquez, en La Patria Potestad. Rev. de Derecho Privado. Madrid 1960. Pág. 8.
- 8.—Id. Pág. 8.
- 9.—Id. Pág. 8.
- 10.—Id. Pág. 8.

- 11.—Cfr. Benjamín Flores Barroeta. "Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil". U.I.A. México 1965. Pág. 432.
- 12.—Cfr. Eugene Petit: "Tratado Elemental de Derecho Romano". Edinal. México 1963. Pág. 100.
- 13.—Cfr. Código de Derecho Canónico y Legislación Complementaria. BAC. Madrid 1957. Pág. 422.
- 14.—Id. Pág. 508.
- 15.—Cfr. José Fernández y González: "Derecho Subjetivo" en el Tratado Elemental de Derecho Romano de E. Petit, citado. Pág. 25.
- 16.—Cfr. Diccionario de la Lengua Española, citado. Pág. 973.
- 17.—Cfr. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Tip. de J. M. Aguilar Ortiz. México 1875. Págs. 48 y 35.
- 18.—Cfr. Código Civil del Distrito Federal y Territorios, Reformado. Ed. A. Botas. México 1926. Págs. 64 y 44.
- 19.—Id. Págs. 187 y 157.
- 20.—Cfr. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Porrúa. México 1971. Págs. 125, 126 y 98.
- 21.—Cfr. Código Civil del D. F. y T. de la Baja California. Pág. 48.
- 22.—Cfr. Código Civil del D. F. y TT. Reformado. Pág. 64.
- 23.—Cfr. Ley de Relaciones Familiares en Código Civil del D. F. y TT. Reformado. Pág. 187.
- 24.—Cfr. C. C. para el D. y T. T. F. F. Pág. 125.
- 25.—Cfr. Exposición de motivos del C. C. del D. F. y T. de la Baja California. Pág. 25.
- 26.—Id. Pág. 35.
- 27.—Id. Pág. 35.
- 28.—Cfr. Artículo 389 y 260 del C. C. del D. F. y TT. Ref. Págs. 64 y 187.
- 29.—Cfr. C. C. para el D. y T. T. F. F. Pág. 125.
- 30.—Id. Pág. 125.
- 31.—Id. Pág. 118.

Capítulo IV

345 POSIBILIDADES DE RECUPERACION DE LA PATRIA POTESTAD EN LA LEGISLACION COMPARADA

A) Legislación Mexicana.

Líneas arriba se ha indicado que la patria potestad no es susceptible de pérdida, pero siguiendo los lineamientos de las leyes vigentes en México, se ha tratado de ello. Ahora bien, puesto que, como se ha manifestado, dicha pérdida no es tal, sino que consiste en simples limitaciones en el ejercicio correspondiente, conviene ver si, conforme a las mismas leyes que la establecen, principalmente de América Latina, es posible hablar de recuperación de dicha potestad.

De acuerdo con el artículo 416 del Código Civil de 1870, la primera razón por la que se pierde la patria potestad es la condena "... a alguna pena que importe la pérdida de este derecho" (1). Téngase en cuenta que, en primer lugar, las leyes sólo tienen la misión de custodiar los derechos, pero no la facultad de desconocer los que la propia naturaleza ha establecido en beneficio de todos y cada uno de los hombres, como es el caso de la patria potestad.

Mas, considerando esta primera postura de la ley, debe afirmarse que, en cuanto cesa la condena de surtir sus efectos, cesará, igualmente, la pérdida de que se está hablando y, en consecuencia, se recuperará dicha potestad si puede así decirse.

Ahora bien, aún cuando las leyes hablan de condena a la pérdida de la patria potestad, eso no puede ser así, porque la paternidad no pro-

viene de la ley sino, como se indicó oportunamente, de un acto biológico y, por ende, no se perderá, sino en todo caso se limitará y, por lo mismo, sólo se recuperará su ejercicio que es el que se puede modificar o limitar según se ha dicho.

El segundo de los casos contemplados por el citado numeral 416 del código Juarizta, es el que se refiere al divorcio y presenta dos distintas hipótesis al remitir a los artículos 268 y 271. El primero de ellos otorga la patria potestad al cónyuge no culpable; pero cuando ambos lo son, esa recaerá en el ascendiente que corresponda, o bien, se nombrará tutor. Nuevamente, no se puede hablar de pérdida de la patria potestad ya que de ser así, se desconocería la relación natural existente entre padres e hijos y el causante del divorcio no debería soportar las obligaciones que la ley le impone con respecto a los hijos, si se le priva de la patria potestad; lo que se puede decir es que se priva del ejercicio de la misma. Sin embargo, aceptando lo establecido en la ley, deberá considerarse, conforme al señalamiento hecho por el artículo 271 invocado con anterioridad, que se recobrará la potestad paterna en cuanto el que la ejerza, por cualquier razón, no la pueda seguir ejerciendo.

Pese a lo dicho, la propia ley limita los casos de recuperación posible. Sin embargo, aún en los casos en que conforme al propio código no es factible la recuperación, considerando que las obligaciones inherentes a la misma no terminan sino con la vida, y aún entonces subsisten algunas, debe admitirse en todo caso, la posibilidad de la recuperación de la potestad paterna, sin que reste limitación alguna en cuanto se cumplan los presupuestos establecidos en la ley.

El propio cuerpo legal, en su numeral 417, habla de privación de la patria potestad en el caso en que los padres traten "... a los que están en ella, con excesiva severidad, no los educan, o les impone preceptos inmorales, o les dá ejemplos o consejos corruptores" (2). Recuérdese que en éste como en los casos antes señalados, se trata de limitaciones al ejercicio de la potestad correspondiente, pero no de pérdida propiamente dicha; en consecuencia, en cuanto el culpable muestre haber cambiado favorablemente, podrá volver a ejercer su potestad. Ciertamente, esta hipótesis es muy relativa, porque es difícil que en edad madura alguien abandone las convicciones que obtuvo de pequeño y que, si es un depravado, pueda superarse para mostrar a sus pequeños retoños una imagen diferente; de manera que, de acuerdo con esto, la ley, como defensora del bien social, sí tiene derecho a procurar que los progeni-

tores se preocupen por dar a sus hijos ejemplos sanos; empero, con una recta orientación, sí es posible pensar en cierta recuperación por parte del progenitor, máxime si esto lo hace impelido por el posible afecto hacia sus descendientes.

En virtud de que el código de Manuel González contiene en su articulado, principalmente en los artículos 389 y 390, disposiciones semejantes a las comentadas con antelación, valga lo dicho ya para este ordenamiento, al igual que para la Ley de Relaciones Familiares, promulgada por V. Carranza.

En el código vigente para el Distrito y Territorios, se señala como causas de pérdida, conforme al artículo 444, primero: la condena expresa o "...cuando es condenado dos o más veces por delitos graves". ¿Qué deberá entenderse por delitos graves? El código penal no señala casos expresos de pérdida de la patria potestad y la vaguedad con que se expresa el código civil, provocan cierta inseguridad en este punto. Piénsese, por ejemplo, que un padre, por cualquier razón, comete un homicidio, ¿será suficiente este hecho para privar del ejercicio de la patria potestad a quien lo cometió? Véase, matar es un delito grave, pero si ello bastara a privar a un padre del más sagrado de los deberes, la patria potestad, se estaría ante la presencia de un lamentable error, de una injusticia. Por otra parte, la condena en ningún momento podrá ser de por vida y, en consecuencia, al concluir el reo su condena, debería ver como resucitados, valga la expresión, todos sus derechos, incluso el de la patria potestad, lo cual no tendría lugar en caso de pérdida real, porque, como se insistió tantas veces, lo que se pierde difícilmente se puede recuperar; además, si se le priva de por vida de la potestad paterna, no tendría razón el mandarle a compurgar su pena a una pestilente prisión, sino bastaría, apelando a sus sentimientos humanos, quitarle a sus hijos con la amenaza de que no les vería más.

El citado precepto señala, como segunda causa de pérdida de la potestad paternal, el divorcio, conforme con el artículo 283 del propio ordenamiento, que siguiendo a las normas que le antecedieron, limita los casos de recuperación, por un lado, y, por otro, conforme al numeral 285, dispone que "... el padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedarán sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos" (3), donde se muestra a todas luces que no se ha perdido la potestad de que se habla, sino que se ha limitado, ya que el ejercicio de la misma se constriñe a proporcionar alimentos conforme lo ordena

el artículo 308 del propio código y con los alcances que el mismo señala, así como al cuidado directo de que lo que allí se establece se cumpla. Conforme a la parte conducente que se ha transcrito del artículo 285, se muestra, una vez más, que no se trata de pérdida sino de limitación al ejercicio, y, en consecuencia, sí será factible recobrarlo.

La tercera de las causas consideradas en el numeral que se cita, tiene lugar: “. . . 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, aun cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal”. Es, en cierta forma, loable la actitud de nuestro legislador pero, al mismo tiempo, debe recordarse que la ley es sólo custodia y no dueña y, en consecuencia, aunque ella disponga que se pierde el derecho de la patria potestad, no puede ser así, pues, como tanto se ha insistido en este estudio, ella deriva de un hecho natural y no legal. Es verdad que la disposición de que aquí se trata, sólo pretende cuidar a los menores en beneficio de los mismos y de la sociedad de la que forman parte, pero no por eso deberá fomentar la irresponsabilidad de los padres quitándoles algo que les corresponde, como es su poder sobre sus hijos; no deberá auspiciar el desapego familiar privando a los hijos de la presencia de sus progenitores, que aunque perversos, tendrán en todo momento un poco de afecto, de consideración hacia ellos. Así, lo conveniente es sólo limitar hasta donde no se perjudique a ninguna de las partes, dicho ejercicio, con la aclaración de que, si el padre sancionado con tal castigo muestra con hechos plenamente notorios su regeneración, podrá ser rehabilitado en él.

La fracción IV del invocado precepto, el 444, considera también como causa de pérdida: “. . . la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, o porque los dejen abandonados por más de seis meses”. Indiscutiblemente esta actitud no es, en momento alguno, digna del ser humano que se entiende actúa con conciencia y responsabilidad, principalmente cuanto a su reproducción; se piensa que de antemano ha aceptado la responsabilidad que implica la traída al mundo de un hijo; pero, como la realidad es muy contraria al deber ser, esto es, como existen personas que sólo se entregan al acto reproductor por el simple placer del desahogo físico y emocional, sin hacer caso alguno de las consecuencias del mismo, cabría en el caso hablar de una sanción correspondiente a una limitación absoluta de todos los derechos paternos, de manera que si, por cualquier circunstancia, se llegaran a encontrar progenitor e hijo, el primero en estado de lamentable necesidad y el

segundo en estado de bonanza, este no tuviera sino los deberes que la caridad común aconseja para con cualquier menesteroso, aun cuando se pudiese demostrar el vínculo entre ambos. En ningún momento, cabe insistir, conviene hablar de pérdida, porque ello, es de considerarse, fomentaría la irresponsabilidad de las personas que, por la ignorancia o por cualquier otra razón, abusan de sus facultades psico-físicas. En cuanto al abandono o en cuanto a la exposición, géneros de una misma especie, la brutalidad, valgan las normas señaladas aquí, aunque debe tenerse en cuenta que en caso del simple abandono, en la mayoría de los casos, se presenta cuando las condiciones económicas o sociales son tales que impiden a los progenitores dar a sus hijos el cuidado que merecen; pero no por eso es de aceptarse la posibilidad de la recuperación del ejercicio de la potestad correspondiente.

Aunque nuestras leyes no lo han señalado expresamente, conforme al artículo 699 del código de 1870, la ausencia debe ser considerada también como una causa de pérdida del ejercicio de la patria potestad, pero, que conforme lo señala el artículo 745 del propio ordenamiento legal, será posible recuperar: “. . . si el ausente se presenta, o se prueba su existencia antes de que sea declarada la presunción de muerte . . .”. Indudablemente, también después de hecha la declaración de muerte, será factible la recuperación de dicho ejercicio, ya que, por disposición del artículo 753 “. . . quedará restaurada la sociedad conyugal . . .”, de donde resulta dicha posibilidad.

En el código de 1884 (5) y en la Ley de Relaciones Familiares (6), se encuentran disposiciones muy parecidas a las acabadas de comentar; principalmente en la última citada en que se añade: “. . . si el ausente se presentare o se probare su existencia después de otorgada la posición definitiva; recobrará sus bienes en el estado en que se hallen. . .”, lo que corrobora al decir: “la posesión definitiva termina: I.—Con el regreso del ausente; II.—con la noticia cierta de su existencia. . .”

El código en vigor tiene disposiciones similares a las anotadas en los párrafos anteriores, en sus artículos 697, 708 y 711, por lo que, para ellos valga, igualmente, lo señalado para los correspondientes de las leyes antes citadas.

Hasta el momento sólo se ha hecho referencia a la legislación correspondiente al Distrito Federal; pero como en nuestro país impera un sistema republicano federalista, en que cada una de las Entidades Fe-

derativas tienen autonomía, entre otras cosas, para establecer sus leyes propias, conforme a las bases mínimas que se establecen en el pacto Constitucional Federal, será oportuno dar una mirada rápida a la legislación correspondiente en cada una de ellas.

En el momento actual, la mayoría de los Estados de la Federación siguen, palabras más, palabras menos, la legislación civil del Distrito Federal vigente, a excepción de los Estados de Puebla y Tlaxcala que, en igual circunstancia, se rigen por lo preceptuado en el código civil de 1884 del Distrito, por lo que, para abreviar, será oportuno remitirse a lo señalado anteriormente con respecto a esa legislación Distrital.

Así, pues, resumiendo; en el ámbito nacional, la legislación prevé tan sólo en el caso de ciertas causales de divorcio, la posibilidad de recobrar la patria potestad; pero ya se vio antes que no sería tal sino su ejercicio.

B) Legislación Comparada.

En la Legislación de Hispanoamérica, destaca la de la República de Venezuela, promulgada en mil novecientos cuarenta y dos, en la que sí se encuentra la posibilidad de la recuperación de la patria potestad. Indudablemente no por eso es de aceptarse el término pérdida de la patria potestad por las razones aducidas en líneas arriba. En consecuencia, habrá de aplicarse, lo que estatuye dicha legislación, a la recuperación del ejercicio de la potestad en cuestión.

En el artículo 279 del propio ordenamiento aludido, se dispone: "el padre y la madre privados de la patria potestad pueden ser rehabilitados cuando su corrección y regeneración resulten de hechos plenamente comprobados, y, además, notorios. La rehabilitación se decretará a petición del padre o de la madre, previa averiguación sumaria y oída la persona a quien estén confiados los hijos. . ." (7). De la misma manera, el artículo 391 se refiere a dicha recuperación cuando señala: "el tribunal podrá privar al menor del beneficio de la emancipación, a solicitud del curador, cuando los actos del menor demuestren su incapacidad para administrar. Desde el día de la revocación de la emancipación, el menor volverá a entrar bajo la patria potestad o en tutela, y permanecerá así hasta que haya cumplido la mayor edad" (8).

En el código civil de la República de El Salvador, no se habla de pérdida de la patria potestad para ninguno de los casos contemplados en la legislación mexicana. Para el caso del divorcio, o casos que me-

rezcan alguna sanción en la materia de la potestad, se establece la suspensión, conforme al artículo 271 del citado ordenamiento que dice:

“La patria potestad se suspende por la prolongada demencia del padre, por estar el padre en entredicho de administrar sus propios bienes, y por larga ausencia del padre, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee. DURANTE LA SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD DEL PADRE, SERA ESTA EJERCIDA POR LA MADRE; PERO EL PADRE LA RECOBRARA CUANDO CESE DICHA SUSPENSIÓN” (9).

La Legislación Guatemalteca contempla, en dos de sus ordenamientos, la pérdida de la patria potestad, a saber, en el artículo 72 del Código de Derecho Internacional Privado y en el Código Civil. Este último señala las causas por las que se pierde esta potestad en su artículo 274, que son: “. . . 1o.—por las costumbres depravadas o escandalosas de los padres, dureza excesiva en el trato de los hijos o abandono de sus deberes familiares; 2o.—por dedicar a los hijos a la mendicidad, o darles órdenes, consejos, insinuaciones y ejemplos corruptores; 3o.—por delito cometido por uno de los padres contra el otro, o contra la persona de alguno de sus hijos; 4o.—por la exposición o abandono que el padre o la madre hicieren de sus hijos, para el que los haya expuesto a abandono; y 5o.—por haber sido ordenado dos o más veces por delito del orden común, si la pena excediere de tres años de prisión por cada delito. También se pierde la patria potestad cuando el hijo es adoptado por otra persona”.

A pesar de hablar de pérdida, también considera que subsisten las obligaciones correspondientes a la misma y se acepta, conforme ordena el artículo 277, que dicha potestad se recupere (véase que el artículo antes citado habla de pérdida de la patria potestad y no del ejercicio, como señala en que a continuación se transcribe). He aquí la disposición a la letra:

“El juez en vista de las circunstancias de cada caso, puede, a petición de parte, restablecer al padre o a la madre en el ejercicio de la patria potestad en los casos siguientes:

1o.—Cuando la causa o causas de la suspensión o pérdida hubieren desaparecido y no fueren por cualquier delito contra las personas o los bienes de los hijos;

2o.—Cuando en el caso de delito cometido contra el otro cónyuge,

a que se refiere el inciso 3o. del artículo 274, no haya habido reincidencia y hubieren existido circunstancias atenuantes;

3o.—Cuando la rehabilitación fuera pedida por los hijos mayores de catorce años o por su tutor, siempre que la causa de pérdida de la patria potestad no estuviere comprendida dentro de los casos específicos que determina el inciso 1o. de este artículo.

En todos los casos debe probarse la buena conducta del que se intenta rehabilitar, por lo menos en los tres años anteriores a la fecha en que se presente la solicitud respectiva” (10).

En el código civil de la República de Chile, no se habla de pérdida sino sólo de suspensión de la patria potestad, en los artículos 262 y 263. La emancipación, conforme al artículo 264 del propio ordenamiento, pone fin a la patria potestad y una vez efectuada es irrevocable, de acuerdo con el numeral 269 del mismo cuerpo legal (11), por lo que no es posible pensar que existe la recuperación de referencia.

La legislación panameña habla, en su artículo 201, de pérdida de la patria potestad y añade: “. . .serán declarados perpetuamente inhábiles para ejercerla sobre cualquiera de sus hijos, el padre o la madre que procure o favorezca la corrupción o prostitución del hijo o hija”.

En el artículo 202 del propio ordenamiento citado en el párrafo anterior se habla de modificar, suspender o quitar los derechos de la patria potestad y en el siguiente en orden se señala, en primer término, quienes pueden “. . .demandar la declaratoria a que se refieren los artículos anteriores”, añadiendo luego: “. . .cuando hubiere concluido el tiempo o cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad temporal, el suspenso o incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad mediante declaratoria expresa que lo rehabilite” (12).

En el primero de los mencionados numerales, el 201, se habla de pérdida y de inhabilitación perpetua, casos en que, según se desprende del último artículo citado, no se podrá recuperar la potestad paterna, por lo que se encuentra cierta contradicción con lo dispuesto en el artículo 202, según el cual sí es factible dicha recuperación.

El código civil español, al hablar de la pérdida de la patria potestad en su artículo 169, dispone en su segunda fracción: “Cuando por sentencia firme en pleito de separación personal así se declare, mientras duran los efectos de la misma”, en consecuencia y a falta de alguna disposición en contra, sí se puede pensar en la posibilidad de la recuperación aludida (13).

En el código civil colombiano, que consagra su título XIV a la patria potestad, refiere sus artículos 310 y 311 a la suspensión de la misma pero sin aclarar si se podrá o no recuperar en algún momento (14).

Por su parte, el código civil italiano, en su artículo 330, contiene una norma que dice a la letra:

“Decadenza della patria potestá. Il tribunale puó pronunziare la decadenza della patria potestá quando il genitore viole o trascura con grave pregiudizio del filio i doveri ad essa inerenti”.

Pero luego señala en el artículo 332:

“Reintegrazione nella patria potestá. Il tribunale puó reintegrare nella patria potestá il genitore che ne é decaduta, quando, cessate le regioni per le quali la decadenza fu pronunziata, é escluso ogni pericolo di pregiudizio per il filio” (15).

Ecuador establece en su legislación civil, en el artículo 281, la suspensión de la patria potestad “. . . por estar el padre demente o en entredicho de administrar sus propios bienes, o por su larga ausencia, de la cual se siga perjuicio grave en los intereses del hijo, a que el padre ausente no provee”. Conforme al artículo 282 del mismo código, la suspensión “. . . deberá ser decretada por el juez”.

En el artículo 283, a su vez, señala, “en todos los casos en que termine o se suspenda la patria potestad del padre sobre los hijos no emancipados, le reemplazará en ella la madre. . .”, sin aclarar en qué casos se termina y si es factible reintegrar al suspenso en sus derechos-deberes de la paternidad (16).

La República Oriental del Uruguay, haciendo una reglamentación extensa sobre la pérdida de la patria potestad, en su artículo 284, señala las causas por las que se pierde, abundando en el tema en su artículo 285. En el 286 se indica que los jueces podrán limitar la patria potestad ante determinadas circunstancias. El 287 establece la nulidad de los actos celebrados por el padre, con respecto a los menores, después de declarada la pérdida de la patria potestad.

Para este estudio es importante, empero, el artículo 292 del propio ordenamiento que se cita, en cuanto que en el mismo se señala: “la acción de rehabilitación a que se refieren los artículos 296 y 297 del Código Civil, deberá iniciarse ante el Juez Letrado de menores que decretó la pérdida, limitación o suspensión de la patria potestad y se discutirá por los trámites establecidos en el artículo anterior”.

“La demanda se seguirá con la persona que ejerza la patria potestad o la tutela del menor, debiendo oírse siempre al Ministerio Público”.

A su vez, el artículo 296 señala: “los padres que hubieren perdido la patria potestad o a los cuales se les hubiere limitado o suspendido su ejercicio, podrán pedir al Juez su restitución”, lo que confirma, más tarde, en el artículo 300 al establecer: “los jueces podrán restituir la patria potestad con todos sus atributos o con las limitaciones que consideren convenientes a los intereses del menor” (17). Así que no hay duda acerca de la posibilidad de recuperar esa potestad.

La suspensión y terminación de la patria potestad, están contempladas en el Código Civil de Costarrica en el capítulo IV del Título VI. En el artículo 147 se señalan las causas de la terminación de la patria potestad, pero resalta lo establecido en los siguientes dos artículos que en lo conducente dicen:

148.—“...serán declarados perpetuamente inhábiles para ejercerla sobre cualquiera de sus hijos, el padre o la madre que procure o favorezca la corrupción o prostitución de la hija”.

149.—“La mala conducta notoria, el abuso del poder paterno y el no cumplir las obligaciones de alimentar y educar a los hijos serán motivos para que, según las circunstancias, se modifique, suspenda o quiten los derechos de la patria potestad y también para que se declare al padre o madre culpable, inhábil para ejercerla temporal o perpetuamente respecto de todos, de alguno o algunos de sus hijos”.

Con todo, se lee en el artículo 150 “...el Ministerio Público y cualquiera de los parientes del menor podrán demandar la declaratoria a que se refieren los dos artículos anteriores, y cuando hubiere concluido el tiempo o cesado el motivo de la suspensión o de la incapacidad temporal, el suspenso o incapacitado recobrará los derechos de la patria potestad mediante declaratoria expresa que lo rehabilite” (18). Es por demás insistir que la terminología usada no es la correcta y que da lugar a contradicciones el decretar la pérdida y favorecer después la recuperación o rehabilitación.

El Perú dispone en su Código Civil, en el artículo 436: “los padres que hubiesen perdido la patria potestad, o a los cuales se les hubiere suspendido o limitado su ejercicio, podrán pedir la restitución de ella cuando cesen las causas que motivaron la pérdida, suspensión o limitación” y agrega: “esta acción no podrá intentarse sino pasados tres años

de la sentencia correspondiente". Más tarde, en su artículo 437, señala: "el juez podrá restituir la patria potestad total o parcialmente, según convenga al menor". Las causas por las que se pierde, son en esencia las mismas de que se ha hablado, por lo que para abreviar se omiten (19).

Por su parte, en el código civil de la República Argentina, después de señalar, en el artículo 307, las causas por las que se pierde la patria potestad, señala una posibilidad, muy remota, de recuperación de la misma, al disponer en su artículo 309: "el ejercicio de la patria potestad queda suspendido en ausencia de los padres ignorándose su paradero y por incapacidad mental, *en tanto dure la ausencia o incapacidad*". Luego, añade en su párrafo tercero: "esa suspensión puede durar desde un mes, hasta que el hijo menor llegue a la mayor edad". Fuera de esa hipótesis, no es posible encontrar en la susodicha legislación, motivo alguno de recuperación de la potestad paterna (20).

En el código civil de la República Dominicana, dentro del capítulo dedicado a la patria potestad, no se hace mención ni de pérdida ni de suspensión o limitación alguna, sino sólo se señala, en el artículo 373, que el hijo permanecerá bajo la susodicha potestad hasta su mayor edad o emancipación; de ahí que, no habiendo pérdida, no pueda hablarse de la recuperación de referencia en la legislación que se trate (21).

Al decir de Planiól, también dentro del derecho francés es factible la recuperación de la potestad paterna perdida, pero sin poderlo comprobar conforme a la legislación vigente en el momento en la República Francesa.

BIBLIOGRAFIA:

- 1.—Cfr. Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Tip. de J. M. Aguilar. México, 1875. Pág. 48 parte Legislativa.
- 2.—Id.
- 3.—Cfr. Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Ed. Porrúa. México 1971. Pág. 99.
- 4.—Cfr. Código Civil citado en notas 1 y 2. Págs. 77 y 78.
- 5.—Cfr. Atrs. 655 y 662 del citado código. A. Botas. México 1926. Págs. 106 y 107.
- 6.—Cfr. Artículos 530 y 538 de la Ley citada. A. Botas. México 1926. Págs. 233 y 234.

- 7.—Cfr. Leyes Venezolanas. Código Civil. Ed. Pensamiento Vivo G. A., Caracas, s. f. Pág. 76.
- 8.—Id. Pág. 101.
- 9.—Cfr. Código Civil en Constitución y Códigos de la República de El Salvador. Imp. Nacional. El Salvador 1947. Pág. 138.
- 10.—Cfr. Código Civil en Constitución y Códigos de la República de Guatemala. Lito Arte. Guatemala, C. A., 1970. Pág. 661.
- 11.—Cfr. Código Civil de la República de Chile. Edit. Jurídica. Santiago de Chile, 1970. Págs. 73 y 75.
- 12.—Cfr. Código Civil. Universidad Panameña, Panamá 1960.
- 13.—Cfr. Código Civil Español, Instit. Edit. Reus. Madrid 1966. Pgs. 61 y 62.
- 14.—Cfr. Código Civil Colombiano. Edit. Voluntad. Bogotá 1963. Pág. 111.
- 15.—Cfr. I Quattro Codici per le udienze civili e penali. Edit. Ulrico Hoepli. Milano 1961. Pág. 58.
- 16.—Cfr. Código Civil del Ecuador. Edit. Fray Jodoco Ricke. Quito, 1960. Pág. 663.
- 17.—Cfr. Código Civil de la República Oriental del Uruguay, Colombino Hnos. Edit. Montevideo 1962. Págs. 164 a 171.
- 18.—Cfr. Código Civil. Imp. de las Américas. San José Costa Rica 1955. Págs. 26 y 27.
- 19.—Cfr. Código Civil. Edit. Mercurio. Lima, S. F. Págs. 110 a 112.
- 20.—Cfr. Código Civil de la República Argentina. Tipográfica Editorial. Argentina, Buenos Aires 1965. Págs. 112 a 116.
- 21.—Cfr. Código Civil de la República Dominicana. Edición de Plinio Terrero Peña. Santo Domingo, S. F. Págs. 60 a 62.

Capítulo V

CONCLUSIONES

Es mucho lo que se ha escrito sobre el tema ahora renovado, mas por lo general, no se ha visto con toda la amplitud o tal vez con todo el detenimiento que merece. En efecto, se ha olvidado, en la mayoría de los estudios que la patria potestad es un conjunto de *deberes-derechos*, impuestos por la naturaleza entre los padres y sus hijos, en orden a la vida física y moral de estos últimos. Por lo mismo, son deberes y derechos que forman parte del llamado derecho natural, entendiéndose por tal "...el conjunto de leyes comunes a todos los seres...", según expresión del jurista Ulpiano (1).

Sí, pues, se reconoce que la paternidad y, por ende, la patria potestad son algo inherente a la naturaleza misma, no será posible hablar de pérdida de privación o de suspensión de la patria potestad, porque ello equivaldría a querer modificar la esencia propia de las cosas. Las leyes son instrumentos al servicio del bienestar comunitario, pero no son entes superiores a los integrantes de la comunidad que les da vida y no pueden, en consecuencia, establecer nada que modifique las relaciones naturales de los mismos.

Indudablemente, el interés del grupo es muy grande, y con base en él, el progenitor podrá, apoyado por las leyes positivas incluso, castigar a su hijo como culpable de un crimen o de resistencia hacia él, pero de esto no se infiere ningún efecto jurídico, puesto que el padre no podrá romper la potestad paterna por su propia voluntad, como sucedía en el viejo derecho romano (2).

Para evitar los problemas inherentes a la patria potestad, sería, tal vez, oportuno que el Estado tratara de intervenir, con un máximo cuidado, "...por medio de las leyes, de las costumbres y de la religión, para que la familia sea algo ordenado, estable y rígidamente estructurado...", pero sin olvidar que "...los deberes del padre son anteriores..." a cualquier otro (3).

Ese cuidado de que se habla, se precisaría, más que nada, para impedir el matrimonio entre enfermos, porque "...quien para satisfacer sus instintos hace a otros el presente dudoso de la vida, está obligado a procurar que no le sirva de maldición. Quien padece enfermedades transmisibles por herencia, comete un acto inmoral al engendrar hijos. Y de la misma inmoralidad se hace culpable quien engendra hijos sin estar en situación de ofrecerles una educación humana y digna" (4).

Mas, no sólo la constitución del matrimonio, sino y principalmente su disolución deben ser materia de especial atención, ya que, la separación de los padres parece provocar en los hijos una gran tendencia hacia la criminalidad y, sobre todo, se hace vacilar el principio de autoridad, tan vital en la vida de sociedad. En general, y en obvio de repeticiones, se ha de evitar, hasta donde sea humanamente posible, que haya matrimonios irregulares por cualquier causa, ya que ellos son fuente de desajustes en la prole, lo que se refleja más tarde en la vida de las Naciones.

Por tanto, es de concluirse:

Primero: La patria potestad es una institución de derecho natural y de derecho positivo, que consiste en un cúmulo de deberes, primordialmente, y de derechos derivados de los mismos deberes. Es de derecho natural en cuanto que deriva del hecho biológico del engendramiento, común a todos los seres, y es de derecho positivo en cuanto que la ley, en todo el mundo, reconoce el valor de la institución y la ampara, a tal grado que da, en ciertos casos, derechos al feto y sanciona, en la mayoría de los países, el aborto, que tiende a destruir el hecho que le ha dado origen. Por eso, los padres tienen el deber de orientar a los hijos, pero, al mismo tiempo, tienen el derecho a hacerlo conforme a sus propios principios, viéndose limitados sólo por el interés de la comunidad social de la que forman parte.

Segundo: Tanto la legislación anterior como la vigente en el Distrito Federal, dicen que la patria potestad se acaba, se pierde o se sus-

pende; pero, considerando que la patria potestad es algo que deriva de la naturaleza misma, no es posible aceptar el término “pérdida”, privación o cualquiera otro similar, en relación con la institución de referencia, ya que, en forma alguna, no es posible modificar los hechos debidos a la naturaleza, como se pretende en la actualidad con las normas correspondientes, pues, gramaticalmente, pérdida es “un daño o menoscabo” (5), lo que no puede suceder en relación con la potestad paterna como institución, y suspensión consiste en “detener temporalmente una acción u obra” (6), que, si ocurriera en la institución que se estudia, la misma dejaría de cumplir su finalidad.

Tercero: Acéptese, en cambio, el señalado término pérdida, aplicado al ejercicio mismo de la institución, como incluso, lo hace ocasionalmente el artículo 283 en su regla segunda.

Cuarto: Admitiendo que la legislación mexicana se refiere a la pérdida del ejercicio de la patria potestad, tampoco se puede aceptar que se “pierde”, sino, como máximo, habrá de decirse que se suspende o se limita con lo que no se lesionan en nada los deberes y, por ende, quedan subsistentes los derechos aunque no se puedan ejercer en toda su plenitud, puesto que no en todo tiempo, ni bajo cualquier condición mental o corporal, podría, sin grave daño o peligro, dejarse la facultad de ejercitarlos libremente, como dice el maestro Paoli (7).

Quinto: Así, pues, si sólo se limita el ejercicio de la patria potestad, será posible hablar de recuperación del mismo, en la legislación mexicana, lo que ahora se hace vagamente, con la claridad que lo hacen muchas leyes extranjeras (8).

Sexto: En consecuencia, deben desaparecer de la legislación vigente los artículos que hablan de pérdida o de privación o de suspensión “de la patria potestad”, y en su lugar dictarse disposiciones que, usando aquellos términos, se refieran al ejercicio de la misma. Así, el artículo 443 deberá anunciarse: “el ejercicio de la patria potestad se limita...”. En el artículo 445 deberá quedar: “la madre o la abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho el ejercicio de la patria potestad”, y en el artículo 447 se dirá: “el ejercicio de la patria potestad se suspende...”, con lo que se evitarán problemas de interpretación, que si bien no han surgido, sí pueden dar lugar a situaciones embarazosas.

Séptimo: Finalmente, visto el primordial papel social de esta institución en el desarrollo del sujeto a la misma y en la comunidad, con-

viene señalar que al Estado toca encontrar, especialmente mediante una adecuada orientación técnica y ética, los medios idóneos para mejorarla. Debe, como en la legislación germánica moderna, establecer bases legales más sólidas para la misma, considerando que, si las familias están bien establecidas, ellas serán la fuente del bienestar y grandeza y prosperidad del país (9).

BIBLIOGRAFIA:

- 1.—Cfr. Curso Elemental de Derecho Romano. E. Petit. Edinal. México, 1965. Pág. 21.
- 2.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Págs. 120 y 124.
- 3.—Cfr. La Familia. F. Müller. Revista de Occidente. Madrid 1930. Pág. 178.
- 4.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Pág. 248.
- 5.—Cfr. Diccionario Enciclopédico de la Lengua Castellana. Edit. Sopena. Buenos Aires, 1956. Pág. 769.
- 6.—Cfr. Obra citada en nota anterior. Pág. 958.
- 7.—Véase en el capítulo II de este estudio, la nota 62.
- 8.—Véase en el capítulo IV de este estudio, la letra B.
- 9.—Véase en la introducción de este estudio la nota 6.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.