

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO



**LA PATRIA POTESTAD, NATURALEZA
JURIDICA, ALCANCES Y PROYECCIONES.**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A

DOMINGO LINCE FRIAS

MEXICO, D. F.

1973



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI PADRE:

Sr. Domingo Lince Guerrero.
"In Memoriam"

Con la satisfacción de la promesa cumplida.

A MI MADRE:

Sra. María B. Frías Vda. de Lince.
Con profundo amor y gratitud de hijo.

A TI AMERICA:

Angel de amor y de ternura
por tu comprensión y cariño.

A MI HIJO:

Domingo Javier
Con el amor eterno e infinito de un padre.

A MI HERMANA:

María Magdalena
"In Memoriam"

CON CARÍO A MIS HERMANOS:

Domitilo, Blanca Delia, Oscar, Mario,
Irma, Juana Patricia, Jorge Arturo.

A MI MAESTRO:

Lic. José Barroso Figueroa.

**Bajo cuya dirección se realizó
el presente trabajo.**

con afecto y respeto.

AL

Doctor Raúl Ortiz Urquidi.

Por su simpatía y profesionalismo.

A MIS MAESTROS:

Por la enseñanza recibida.

A mis compañeros de Generación y a mis amigos.

A la naciente Barra de Abogados de Poza Rica, Veracruz.

LA PATRIA POTESTAD, NATURALEZA JURIDICA,
ALCANCES Y PROYECCIONES.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.- PUEBLOS PRIMITIVOS.

A.- EL MATRIARCADO.

B.- EL PATRIARCADO.

2.- LA PATRIA POTESTAD EN EL
DERECHO ROMANO.

A.- INTRODUCCION.

B.- CARACTERISTICAS GENERALES
DE LA FAMILIA ROMANA.

C.- CARACTERISTICAS DEL PODER
DOMESTICO.

D.- PATRIA POTESTAS ROMANA.

3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL
DERECHO CANONICO.

4.- LA PATRIA POTESTAD EN EL
DERECHO MEXICANO.

- A.- DERECHO AZTECA.
- B.- CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884
PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES.
- C.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES
DE 1917.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

- 1.- PROBLEMA TERMINOLOGICO.
- 2.- DEFINICION.
- 3.- ASPECTOS JURIDICOS.
 - A.- LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCION.
 - B.- LA PATRIA POTESTAD COMO DERECHO
SUBJETIVO.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD EN EL ACTUAL CODIGO DE 1928.

- 1.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO
DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.
- 2.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

- A.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.
 - B.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.
 - C.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS ADOPTIVOS.
- 3.- LA INTERVENCION DEL ESTADO Y LOS LIMITES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO CUARTO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LO QUE CONCIERNE A LOS BIENES DE LOS HIJOS

- 1.- ACTOS DE ADMINISTRACION.
- 2.- ACTOS DE DOMINIO.

CAPITULO QUINTO

DIFERENTES FORMAS DE ACABARSE, SUSPENDERSE Y PERDERSE LA PATRIA POTESTAD

- 1.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE

TERMINA ESTE DERECHO.

2.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE
SUSPENDE ESTE DERECHO.

3.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE
PIERDE ESTE DERECHO.

CAPITULO SEXTO

DE LA IRRENUNCIABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD Y SUS EXCEPCIONES.

CONCLUSIONES.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- PUEBLOS PRIMITIVOS.

A.- EL MATRIARCADO.

B.- EL PATRIARCADO.

2.- DERECHO ROMANO.

A.- INTRODUCCION.

B.- CARACTERISTICAS GENERALES
DE LA FAMILIA ROMANA.

C.- CARACTERISTICAS DEL PODER
DOMESTICO.

D.- PATRIA POTESTAS ROMANA.

3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CANONICO.

4.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

A.- DERECHO AZTECA.

B.- CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884
PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS
FEDERALES.

C.- LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES
DE 1917.

CAPITULO PRIMERO ANTECEDENTES HISTORICOS

1.- PUEBLOS PRIMITIVOS.

A.- EL MATRIARCADO O GINECOCRACIA es en principio -- y -- esto en caso de que fuera posible probar su existencia a través de la Historia -- una institución metajurídica. Las ciencias que se han avocado a su estudio han sido la Historia, la Sociología y la Etnología, principalmente la segunda, en la que, por ello mismo, nos apoyaremos para analizarlo.

Es, desde luego, un fenómeno respecto del cual no ha sido posible la uniformidad de ideas por lo que hace a su existencia, incluso el Maestro Antonio Caso, citando a Pablo Krische, le llama "El Enigma del Matriarcado" (1).

Es Bachofen quien hace los primeros estudios en 1865; posteriormente Lewis H. Morgan enriquece estas ideas, pues, como recuerda Engels: "Morgan llega, de acuerdo con la mayor parte de sus colegas, a la conclusión de que existió un estadio primitivo en el cual imperaba en el seno de la tribu el comercio sexual promíscuo, de modo que cada mujer pertenecía igualmente a todos los hombres y cada hombre a todas las mujeres" (2). Morgan hace un estudio detallado del origen y la evolución de la familia, a la cual llama, según el caso, familia consanguínea, familia punalúa, familia sindiásmica y familia monogámica.

"La Familia, dice Morgan, es el elemento activo; nunca permanece estacionada, sino que pasa de una forma inferior a una forma superior, a medida que la sociedad evoluciona de un grado más bajo a otro más alto. Los sistemas de parentesco, por el contrario son pasivos; sólo después de largos intervalos registran los progresos hechos por la familia y no sufren una modificación radical, sino cuando se ha modificado radicalmente la familia" (3).

Por lo que respecta a la familia consanguínea en la cual se manifiestan, según los defensores de esta tesis el grado más alto de promiscuidad sexual, es decir, la existencia simultánea de la poligamia y la poliandria (ejemplo típico sería que los miembros de este grupo familiar fueran los descendientes de una pareja, en cada una de las generaciones sucesivas, siendo entre sí hermanos y hermanas, y en consecuencia también serían maridos y mujeres unos de otros), podemos decir que en la actualidad este tipo de familia no existe. Sin embargo, dice Federico Engels "Que para probar que existió ésta, sólo debemos de ver el sistema de parentesco hawaiano existente aún en toda la Polinesia y que expresa grados de parentesco consanguíneo que solo han podido nacer de esa forma de familia" (4).

La familia punalúa, representa un paso en el progreso histórico de la familia, pues si el primer paso fué excluir a los padres y a los hijos del comercio carnal, resulta más importante

aún la exclusión de los hermanos. A este tipo de familia también se le llamó matrimonio por grupos.

La familia sindiásmica. En este tipo de familia el régimen de matrimonio por grupos era lo típico y ya se formaban parejas conyugales por un tiempo más o menos largo; el hombre ya tenía una mujer principal; en esta etapa el hombre vive con una mujer, pero la poligamia y la infidelidad conyugal sigue siendo un derecho exclusivo del hombre y es de origen económico; por lo que respecta a la mujer, se le exige fidelidad mientras tenga vida en común con el hombre y se le castiga con crueldad cuando incurre en adulterio. Sin embargo, el vínculo matrimonial se disuelve con facilidad, bien sea por parte del hombre o por parte de la mujer, y por lo que toca a los hijos, como antes quedan en poder de la madre.

Bachofen, hablando de esta institución, nos dice en su teoría de la promiscuidad inicial, que el matriarcado tiene su origen precisamente en que la filiación puede ser únicamente uterina, pues ésta se prueba con el hecho fisiológico, evidente, del parto, y es así como es posible determinar quién es la madre, pero en ningún momento quién es el padre, puesto que el hombre en estado primitivo no sabía cuál era la consecuencia de las relaciones sexuales sostenidas con una mujer y se puede decir lo mismo por lo que respecta a la mujer; pero sí sabía quién era su hijo, por el hecho natural del alumbramiento.

Precisamente consecuencia de esta vida sexual promiscua es el Matriarcado, para estos autores.

Pablo Krische, citado por Caso, expone lo siguiente:

"que el matriarcado propiamente dicho se inicia cuando la cultura inestable de los cazadores se transforma en la cultura sedentaria de los agricultores. Desde siempre estaba la mujer, como recolectora de frutos, en estrecho contacto con la tierra y sus productos: las plantas. Cuando los progresos debidos a la mujer (cultivo de la tierra, tejido, alfarería) arrebataron poco a poco el predominio económico al hombre cazador y dieron a la mujer como elemento productor, la preponderancia económica, tuvo lugar esa transformación, única hoy en la historia de la cultura, que convirtió a la mujer en la clase directora de la sociedad humana, y trajo, por consecuencia, una época clásica de la cultura femenina que, aunque de corta duración dejó hondas huellas tras de sí, cuyos restos se han mantenido hasta nuestros días" (5).

La familia monogámica. Este tipo de familia surge posteriormente a la existencia de la familia sindiásmica, entre el estadio medio superior de la barbarie; es un síntoma de la civilización naciente. El hombre predomina en ello; su fin es la procreación de hijos sin poner en tela de juicio la paternidad. Tienen una mayor solidez los lazos conyugales; la condición dominante del hombre le permite, sin embargo, romper éstos lazos y repudiar a la mujer, y tiene derecho también a la infidelidad conyugal.

Las hipótesis de Bachofen se ven restringidas por algunos sociólogos e incluso negadas, entre otros por Ziegler, Starcke, Westermarck, citados por el mismo Maestro Caso, que nos dice "El fundamento de Ziegler, para esta monogamia, es que nunca pudo haber contrariado el género humano los instintos de su naturaleza que debieron haber obrado siempre con fuerza irresistible; amor, celos entre ambos sexos, inclinación de los padres hacia los hijos. Ahora bien, la promiscuidad originaria iría de plano en contra de estos instintos fundamentales" (6). Esta tesis se ve refutada por Engels, quien opina que en ningún momento es posible darle crédito, puesto que, si se parte de las condiciones en que viven los monos antropomorfos, sería imposible el paso del tránsito inexplicable a la humanidad, ya que estos monos producen mas bien el efecto en líneas colaterales desviados en vía de extinción y en todo caso se encuentran en proceso de decadencia y así la tolerancia entre los machos adultos y la ausencia de celos constituyeron precisamente la condición necesaria para que pudieran formarse esos grupos extensos y duraderos en cuyo seno podía operarse la transformación del animal en hombre, puesto que por esto se hubiera visto frenado el desarrollo mismo de la familia, se hubiera puesto un límite, cosa que se comprueba en la actualidad, con la existencia de la familia fundamentalmente monogámica, y también demuestra, en consecuencia la incompatibilidad existente entre la familia animal y la sociedad humana" (7).

Existe una tesis más, con referencia al fenómeno que es-

tudiamos y ésta es la de Eleutheropulos, quien sostiene que la verdadera forma primitiva familiar, es la unión transitoria entre hombre y mujer, y nos dice: "El hombre debe haber mantenido a la mujer hasta el destete del hijo (primero instintivamente, luego por virtud de una ley consuetudinaria)", Este autor como es de ver, tiene lo que podría llamarse una teoría ecléctica por lo que respecta a las dos tesis expuestas con anterioridad, toda vez que acepta a la familia monogámica, aunque solo sea en forma de apareamiento transitorio, tesis que se identifica más con la expuesta por Bachofen y Morgan.

Concluimos, por todo lo anteriormente expuesto, que en el estado actual de las ciencias no es posible probar empíricamente las hipótesis expuestas, y por ello determinar con exactitud la existencia del matriarcado, por lo que tampoco es posible precisar con exactitud si en algún momento del desarrollo histórico de la familia, la madre tuvo el pleno ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, sin mediar en absoluto la intervención del padre.

B.- EL PATRIARCADO es una organización social primitiva, en que la autoridad se ejerce por un hombre, jefe de cada familia, extendiéndose este poder a los parientes aún más lejanos.

EL PATRIARCADO, al que también se le ha llamado PATRIARCALISMO tiene un origen económico-religioso; económico porque su soporte fundamental es la propiedad, y religioso, por lo que co

responde al culto a los antepasados, a los muertos. En esta etapa cada familia tiene sus propios dioses domésticos, que son los antepasados del mismo grupo familiar a quienes se rinde culto, que por cierto no era público; cada familia tenía una tumba en la cual no podían ser sepultados sino los miembros de la misma familia.

Al decir del Maestro Caso, los factores económicos y religiosos se confunden en un solo efecto: EL PATRIARCADO. El mismo autor en forma textual nos dice: "Como el culto a los abuelos muertos rige la vida social, el parentesco se convierte en el reconocimiento de la consanguinidad paternal. El parentesco por la línea materna no puede existir. La mujer se somete al varón, y el hijo tiene el Dios del padre. El patriarca rige la vida social, familiar y política, y al desaparecer, lejos de que mengüe su acción preside la vida moral del pueblo. O es jefe o es Dios. Todo se le subordina, inevitablemente, en el pasado, el presente y el porvenir de la comunidad" (8). y agrega más adelante: "El patriarca conserva a su lado a todos sus hijos, célibes o no. Todos los objetos, excepto los de uso personal, así como los rebaños y enseres de la vida pastoral, se poseen pro indiviso entre los individuos; y el patriarca alcanza poder absoluto sobre su familia. A tal punto, que elige entre sus hermanos a quien ha de acompañarlo como jefe en su vejez, y reemplazarlo después de muerto. Es a un tiempo padre, educador, magistrado, pontífice y soberano" (9).

Los miembros de una familia patriarcal eran el bisabuelo, el abuelo, el hijo, el nieto y el bisnieto, ya que éstos eran precisamente los parientes que podían conocerse a través de una sola generación.

El poder del patriarca o padre era transmitido de éste a su hijo, quien no tenía más religión que la de su padre.

En donde se manifiesta plenamente la familia patriarcal es en Roma, por lo cual es innecesario abundar más al respecto, toda vez que esto será materia de estudio en el capítulo correspondiente.

2.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO ROMANO.

A.- INTRODUCCION.

Empezaremos por decir que en el desarrollo histórico del Derecho Romano, el cual tuvo una duración aproximada de trece siglos, sin contar su segunda vida, las mismas características que presentaba la patria potestad en los orígenes de dicho Derecho, se advierten también en épocas más recientes, aunque finalmente sufre una evolución notable bajo el influjo del Cristianismo. No queremos decir con esto que el desarrollo de esta institución haya permanecido estática, pues si bien es cierto que la patria potestad era orgullo y centro motor del Derecho Romano, esto no obstó para que en ciertos aspectos hubiera ciertas variaciou

nes las cuales estudiaremos más adelante. Es así como Fritz Schulz en su obra Derecho Romano Clásico escribió, comparando el desarrollo del matrimonio con la patria potestas romana lo siguiente:

"El Derecho clásico del matrimonio es una impresionante creación de la humanitas romana y, por serlo, nos parece de una modernidad sorprendente. El Derecho clásico concerniente a padres e hijos es todo lo contrario. El Derecho antiguo, duro y patriarcal, subsiste en lo que afecta a las relaciones paterno filiales, y la influencia del movimiento humanitario, si bien resulta apreciable también en este campo, no afecta a la raíz del Derecho arcaico. La patria potestas continúa siendo la institución central del Derecho concerniente a padres e hijos. La idea de una materna potestas no es ni siquiera tomada en consideración por los juristas romanos ortodoxos, no obstante las sugerencias que en favor de la misma les brindaba el derecho provincial y la costumbre. Las relaciones jurídicas entre padres e hijos, salvo en lo referente a la patria potestas resultan insuficientemente desenvueltas. Ciertamente que la dureza de la antigua patria potestas fué algo mitigada, pero esta suavización tropezó con serias oposiciones y fué llevada a cabo mediante artificiosos expedientes por la aversión que sintieron los juristas hacia toda reforma drástica. La patria potestas fué considerada como el paladium del romanismo (*Supra*, & 188), y los juristas clásicos se mostraron siempre orgullosos de esta rígida concepción de la patria potestas romana (*infra*, & 254). Así pues, en contraste con el Derecho romano del matrimo--

nio, el que se refiere a los padres y a los hijos, presenta una nota de indudable arcaísmo, lo que hizo que resultara anacrónico dentro de la misma época clásica. Solamente por influjo cristiano, este Derecho fué humanizado mediante unas reformas ya largo tiempo reclamadas" (10).

Anora bien, es indudable que el sistema a seguir para el estudio de esta institución, es precisamente el utilizado por la mayoría de los estudiosos de esta materia (Shom, Schulz, Bonfante, Arias, Dors, Foignet, Margadant, Petit, etc.), es decir, se parte desde el concepto, función, naturaleza y nacimiento, hasta las diferentes formas de extinción de la patria potestas romana. Esta será la metodología a seguir en el presente estudio.

También es pertinente señalar en forma particular la necesidad que existe de analizar la estructura de la familia romana, sus características, su naturaleza, organización, etc., ya que es esta institución un presupuesto para la existencia de la patria potestad, pues ésta encuentra una de las principales formas de manifestarse en las relaciones entre padres e hijos nacidos de dichas uniones.

De la misma manera, también es necesario analizar las características del poder doméstico ejercido por el patriarca sobre las personas que estaban bajo su autoridad.

B.- CARACTERISTICAS GENERALES DE LA FAMILIA ROMANA.

La palabra familia significó, en principio como afín de fámulus, la servidumbre sometida al poder de la casa y comprendía tanto a los individuos libres pertenecientes a ella o líberis, que venían a ser los hijos, cuanto a los esclavos o servi. Más tarde el concepto de familia cambia, así como también el poder del pater familias se diversifica en potestad sobre las personas libres de la casa y propiedad sobre los esclavos, que no eran sino parte del patrimonio del pater familias, a los cuales también se les designó con el nombre de pecunia. Incluso se llegó a hablar de familia y pecunia refiriéndose con estos dos términos a los líberis como parte integrante de la familia y a los pecunia o esclavos como parte del patrimonio. Siendo así, lo que nos corresponde analizar es precisamente el conjunto de personas libres sometidas a la autoridad paterna.

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

Se encontraban sujetos también a la patria potestad,

los hijos e hijas de los hijos del pater familias, es decir, los nietos de éste, en el supuesto de que hubiesen sido procreados en legítimo matrimonio --iustum matrimonium--, y las mujeres de ellos, a menos que el matrimonio hubiese sido libre, sin potestad para el marido. También pertenecían a la familia romana que analizamos, las personas adoptadas por el pater familias y los hijos extramatrimoniales si posteriormente eran legitimados.

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

A mayor abundamiento citaremos textualmente a Pietro Bonfante: "La familia romana nos dice este autor en sentido propio (familia o también familia iure proprio) es un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre los demás" (11).

C.- CARACTERÍSTICAS DEL PODER DOMESTICO.

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

El poder del pater familias sobre las personas a él sometidas era en principio en forma ilimitada. Incluso lo autorizaba a decidir sobre la vida y muerte de ellas, a lo que se llamó ius vitae naciisque. El padre de familia podía, a su libre arbitrio, castigar, vender y aún matar a los que se encontraban bajo su potestad (12). También al pater familias correspondía un poder absoluto sobre todo el patrimonio doméstico; en el Derecho clásico el padre tenía la propiedad exclusiva de este patrimonio, pero originariamente la propiedad era común de todos los miembros de la casa y el poder en este punto se reducía al derecho de administración y disposición sobre la misma y aquí el hijo no tenía derecho alguno para intervenir en las determinaciones de su padre por lo que toca al patrimonio. Pero al morir el padre de familia, los hijos adquirían estos derechos, así como también se emancipaban de la potestad paterna, surgiendo con esto que el caudal familiar quedara indiviso y se multiplicaba el poder doméstico patrimonial, ya que cada partícipe adquiría para sí un pleno poder de disposición sobre el patrimonio común (13).

Mientras el filiifamilia permanecía bajo la potestad del padre, podía concluir negocios jurídicos siempre que tuviera la edad requerida y no fuera enajenado mental. No obstante esta capacidad de obrar y negociar, todas las adquisiciones efectuadas o derivadas de los negocios jurídicos realizados por el hijo, entraban en forma automática bajo el poder de disposi-

ción del padre y, como regla general, el padre derivaba su poder de disposición sobre el hijo otorgándole un peculio, poder que era revocable en todo momento, ya que la titularidad de los bienes siempre la tuvo el padre (14).

Una característica más de este poder doméstico por lo que respecta al pater familias, era su irresponsabilidad, como regla general, por las obligaciones que asumieran sus hijos no emancipados; principio éste que responde fundamentalmente a la característica de soberanía del poder doméstico del pater familias, y es indudable que solamente podía haber sido limitado en forma parcial bajo la presión de ideas modernas y por las necesidades imperiosas que imponía la realidad.

De acuerdo con el Derecho Romano antiguo el padre de familia en ningún momento respondía en absoluto por las deudas contraídas por sus hijos en sus negocios jurídicos; por lo que respecta a los delitos cometidos por sus hijos, lo único que le afectaba eran las consecuencias por la comisión de éstos y solamente cuando impidiera la persecución del culpable, y se desresponsabilizaba entregando al hijo reo al ofendido. A mayor abundamiento debemos decir que los hijos en cuanto a sus personas no eran sino objeto del poder-soberano del padre, y en el aspecto patrimonial dependían por entero de él. En un principio carecían de capacidad para poseer un patrimonio independiente, situación que prevaleció hasta que en la época imperial el antiguo poder familiar se debilitó por

influencia de las ideas griegas y cristianas (15).

Una vez estudiado lo anterior, procede el análisis de la patria potestas romana.

D. - PATRIA POTESTAS ROMANA.

La patria potestas romana debe entenderse necesariamente como un caso específico de aplicación del poder unitario absoluto que el pater familias ejercía igualmente sobre personas y cosas, sobre los individuos libre o no libres, aun cuando ya anotamos que se refería principalmente a las personas de los hijos legítimos y sus bienes, ya que en lo que toca a los no libres, es decir a los esclavos, se les consideró como cosas pertenecientes al patrimonio del pater familias. En forma paulatina la patria potestad adquiere características peculiares que la distinguen del señorío puramente material que el padre ejercía sobre las cosas pertenecientes a su patrimonio. Esto mismo hizo que la patria potestad se modificara, aunque no lo suficiente, para hacerle perder todos los rasgos de aquella vieja concepción.

NACIMIENTO DE LA PATRIA POTESTAS.- La patria potestad comienza al nacer el hijo legítimo, quedando sometido desde ese momento a la potestas del pater familias. Si el hijo era concebido fuera de matrimonio era ilegítimo, aun cuando su nacimiento se diera existiendo ya el matrimonio. La patria potestad como se

expone, comenzaba con el nacimiento del hijo y por regla general se extinguía con la muerte del pater familias, en cuyo caso los hijos y las hijas quedaban libres, asumiendo los primeros, a su vez, el ejercicio de este derecho sobre sus propios hijos y nietos. Se daba el caso de que una vez muerto el pater familias, la consecuencia fuera que la familia anterior se dividiera en un número de familias igual al número de hijos que dejaba el padre; se puede decir que éstas son las únicas causas naturales de adquisición y extinción de la patria potestas. (16).

También se adquiría la patria potestad por medio de la figura jurídica de la adopción, figura que existió en el Derecho Roma no con la finalidad de continuar la estirpe, y que se hizo necesaria para la supervivencia del culto de los antepasados, puesto que si se extinguía la familia, con ella también terminaba el culto familiar, lo cual significaba, según creencias, una desgracia que era preciso evitar. Por esto cuando la naturaleza impedía el advenimiento de hijos se acudía a la adopción como un medio de evitar la catástrofe que anotamos, ya que por medio de ella se continuaba la familia.

Rodolfo Shom nos dice textualmente, por lo que respecta a los sujetos de la adopción: "El adoptante puede ser un pater familias, que es el caso de la arrogación arogatus o un filius familia: adoptio en sentido estricto. En ambos casos sufre el adoptado una capitis deminutio mínima, puesto que cambia de familia agna-

ticia (17). Es decir divide la adopción en dos formas: la adoptio y la arrogatio. Adoptio en sentido estricto, por tratarse de que el sujeto de la adopción es un filiifamilia, y por lo que respecta a la arrogatio, cuando se trataba de un pater familias.

La arrogatio o arrogación se efectuaba una vez que el colegio pontifical, examinado el caso, la declaraba procedente por acuerdo de la asamblea popular antigua, es decir, la de los comicios curiados --cuya competencia en tiempos antiguos alcanza actos típicamente sagrados--. A esta arrogatio se le llamó arrogatio per-populum.

Por arrogación sólo podían ser adoptados hombres libres o sean sui iuris y las mujeres, aún cuando ésta última arrogación no tuviera sentido, según la adopción primitiva, para prolongar la estirpe. Los interdictos no podían ser objeto de la arrogatio, porque tampoco podían tomar parte en los comicios. Citando nuevamente Shom diremos textualmente por lo que respecta a los efectos de la arrogación lo siguiente:

"El nuevo pater familias, a su vez, obtiene, además de la patria potestad sobre el adrogado, su patrimonio, así como el poder paterno sobre cuantos se hallan sujetos a la potestad de él (18).

Debemos anotar también que la arrogatio como acto comi-

cial, sólo se podía realizar en Roma, nunca en las provincias.

Más moderna que la arrogatio es la adoptio en sentido es
tricto o adopción de hijo de familia. Se realizaba por un negocio
simulado "un acto jurídico especial de carácter privado. Disponía
aquel Código que la triple venta del hijo como esclavo acarrea
la pérdida de la patria potestad. Esta norma, sobre la que constru
yen los intérpretes la emancipación de los hijos (V. supra, p.31),
sirve así mismo de pauta para la datio in adoptio. El padre fin
ge vender al hijo como esclavo --mediante emancipatio-- por tres
veces consecutivas. La primera y la segunda vez (infra, 87), el
comprador aparente le manumite --en forma de vindicta, es decir,
por in iuris cessio, (supra, p. 30)--, con el cuál el manumitido
se reintegra al poder paterno. La tercera venta, en cambio, no va
seguida ya de manumisión --puesto que ello equivaldría a la emanci
pación del hijo (infra, 88)--, sino del verdadero acto de adopción
el cuál se reviste de alguna forma de in iuris cessio; el adoptan-
te comparece ante el pretor y formula una imaginaria vindicatio in
patriam potestatem; tras la cuál y supuesto que el fingido demanda
do asienta o calle, emite su fallo --addictio tolendi--, ratifican
do la patria potestad del vindicante o padre adoptivo sobre el hi-
jo vindicado. Para realizar esta in iuris cessio del hijo, el su--
puesto comprador solía reemanciparle antes a su padre; una vez
efectuada la tercera mancipatio, entonces el mismo padre, como apa
rente demandado, podía intervenir en el acto de la adopción, dando
le por sí mismo virtualidad mediante la confessio in iure. Para en

tregar en adopción una hija o un nieto basta una sola venta, con lo cual se anula la patria potestad originaria; siguiendo a ella, por tanto, no la manumisión del hijo, como en el anterior caso, sino su adopción. Justiniano sustituye esas intrincadas formas, por la declaración concorde de ambos padres ante los tribunales y en presencia del hijo, más este interviene solamente como objeto de la adopción, cuya forma es ahora perfectamente a mujeres e impúberes. Sin embargo, aunque para su celebración no se exija el consentimiento del hijo adoptivo, si éste se opone, su resistencia invalida el acto" (19).

A diferencia de la arrogatio, la adoptio o adopción, podía celebrarse en todos los lugares en que hubiera algún magistrado romano con plena jurisdicción; en consecuencia en las provincias, también ante el Gobernador provincial. Asombra la constancia con que este procedimiento tan complicado se mantuvo hasta una época de ideas completamente distintas de aquellas bajo la cual fue creado y también no es menos sorprendente la larga duración de esta institución del Derecho Romano. No es sino Justiniano quien la viene a abolir, sustituyéndola por una simple declaración del padre ante el juez competente, sin que ni el adoptante ni el adoptado, presentes en dicho acto se opusieren.

También afín de la adoptio, por haber similitud en el procedimiento para usarla, así como contemporánea de la misma, es

la forma de liberación de la patria potestad llamada emancipatio. Se llevaba también a cabo como un negocio jurídico basado en lo que establecía la Ley de las Doce Tablas sobre la liberación por triple venta. El pater familias emancipaba a su hijo a otro ciudadano el cual lo libertaba de su mancipio, con lo que el hijo volvía a ingresar a la patria potestad. La mancipación y la liberación se repetían. Más tarde se procedía a una tercera mancipatio; si el tercero concedía la libertad al hijo, la consecuencia era que éste ya no volvía a la patria potestad de su padre; pero si tenía la idea de que al realizarse esta tercera manumisión, adquiría lo mismo que en el caso de manumisión de un esclavo, una especie de Derecho de patronato sobre el emancipado; el hijo para evitar lo anterior después de esta tercera reemancipación, era reemancipado al padre manumitiéndolo este último. De este modo, ese derecho de cuasi patronato lo adquiría el padre de familia en concepto de parens manumisor y no el tercero que ningún ascendiente tenía sobre el emancipado y que sólo intervenía por formalismo en el negocio. Como en la adopción, para la emancipación de hijas y nietos, sólo bastaba con una sola mancipatio, con la consiguiente reemancipatio al pater familias y la emancipación definitiva.

No obstante la similitud entre las dos instituciones anteriormente estudiadas --adoptio y mancipatio-- cabe anotar las diferencias existentes entre éstas. Podríamos citar las siguientes: la adopción es una figura jurídica antiquísima con su

transformación posterior, en tanto que la emancipación es, en forma relativa, una institución más moderna y sobre todo en lo que respecta a la finalidad perseguida. Se necesitaba necesariamente una forma para hacer salir a los hijos de la patria potestad, y sobre todo en el momento en que la unión íntima de los miembros de la familia comenzó a relajarse. Esto se demuestra indudablemente por el hecho de que la emancipación, a diferencia de la adopción, se llamó así el procedimiento formal que se seguía para obtenerla, toda vez que emancipare significa salir de la patria potestad, y en cambio la adoptio es una figura jurídica que da nacimiento, precisamente, a la patria potestad.

Por lo que respecta a los efectos que tenía la patria potestad en el Derecho Romano y como ya lo analizamos al estudiar las características del poder doméstico, podemos decir que es aquí donde se manifiesta el poder unitario ejercido por el pater familias sobre los hijos. A mayor abundamiento, diremos lo siguiente: el poder del padre de familia sobre los hijos tiene más o menos la característica de la soberanía en los cuerpos políticos; aquél era una especie de sacerdote y juez, pues en cuanto a las faltas cometidas por sus hijos tenía el poder de castigarlos, bien fuera con la prisión o bien con otras penas corporales; podía impedir su matrimonio y hasta ejercer el ius vitae necis, es decir, el derecho de matarlos; podía también librarse de toda responsabilidad por los delitos cometidos por los filii familias, entregándolos a la persona que hubiese resultado perjudicada con

su conducta delictuosa, algo parecido al ius noxae dandi, por lo -- que hacía a las relaciones internacionales; pero también podía alquilarlos. Como es de verse, el antiguo Derecho Romano no ponía límite alguno al uso de estos graves poderes que tenía como derecho el pater familias sobre sus hijos. Es hasta la época de la República cuando se trató de frenar estos abusos, especialmente por los censores, cuya autoridad de índole moral podía ejercerse en este campo; incluso en la época de Trajano se impuso como pena la emancipación al padre de familia, en caso de haber maltratado a alguno de sus hijos. De la misma manera, Adriano condenó a la deportación al padre que ejerciera el derecho de privar de la vida a un filiisfamilias.

Shom nos dice lo siguiente: "En la época imperial, la patria potestad representa fisonomía muy distinta al poder absoluto del antiguo Derecho civil, reduciéndose a una suma de prerrogativas naturales de disciplina y dirección que la ley confía al padre. Este no necesita reacción alguna contra su hijo; bástale con el poder privado coercitivo de que dispone, basado en el ascendiente personal de que goza sobre él. Contra las terceras personas que retengan al hijo o le hagan violencia tiene, en el antiguo Derecho civil, una vindicatio in patriam potestatem --filii vindicatio--, y más tarde el recurso pretorio del interdictum de liberis vendis, para exigir que se le presente el hijo; y si el tercero no alega sobre él ningún poder jurídico, sino que se limita a oponerse a la reclamación --ductio-- a título de defensor, el padre puede ejercitar el inter-

dicto prohibitorio del liberis ius vendis. 39 en este caso y cuando se discutan los derechos de la patria potestad, siendo únicamente necesario, por el momento, que el hijo o el tercero lo reconozca, se adjudicará a un prae iudicio, que puede entablar también el propio hijo cuando por su propia iniciativa pretenda negar la paternidad (infra, 112) (20).

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

Lo referente al ejercicio de la patria potestad con respecto a los bienes del hijo, ya lo hemos visto en el inciso correspondiente. Pero a mayor abundamiento cabe decir lo siguiente: que un hijo sometido a la patria potestad del pater familias, en lo concerniente a los bienes, es semejante a un esclavo, y lo que adquiría, automáticamente pasaba a ser propiedad del padre. Esta incapacidad patrimonial del hijo fué artículo de fe para los juristas, quienes se limitaron a adoptar medidas simplemente de compromiso lo que tuvo como consecuencia complicar el Derecho que rige esta

materia, pero en ningún momento abandonaron su dogma sagrado. El padre en ningún momento entregaba en propiedad separada, aún cuando el hijo saliera de la casa el hijo podía administrar los bienes que le habian sido entregados en peculio, y cuando el padre moría, éste mismo Peculium pasaba a formar parte del patrimonio que a su muerte dejaba.

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

Shulz nos dice al respecto lo siguiente: "En la época post-clásica, el Derecho clásico fué gradualmente reformado y el arcaico principio arrojado por la borda. En el Derecho Justiniano fué reconocida la capacidad patrimonial del hijo sometido a potestad. El hijo era dueño de sus adquisiciones, aunque el padre tuviese el derecho de administrarlas y el de usufructo sobre ellas. Los bienes que el hijo adquiría del padre, constituían, como en el Derecho clásico, el peculium profecticiam. El peculium castrense existió también y fué completado con un peculium quasi castrense. La exposición de toda esta reforma cae fuera de los límites que nos hemos impuesto" (21).

TÉRMINACION DE LA PATRIA POTESTAS.- La patria potestas romana terminaba: cuando el hijo o la hija adquirían la dignidad sacerdotal de flamen dialis o virgo estatus, y cuando el padre moría o sufría una capitis deminutio. La mera ausencia del padre en ningún momento extinguió el ejercicio de este derecho.

La patria potestas sobre una hija se extinguía por quedar sometida a la manus del marido —manus maritii—. La coexistencia de la manus y la potestas, aunque es perfectamente concebible, no fué admitida por los juristas. La consecuencia de ello es que cuando el marido de una uxor in manu muere, la mujer se convierte en sui iuris y no cae de nuevo en la potestas de su padre" (22).

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

La potestad sobre una hija terminaba también por la venta de ésta, por causa de emancipación de la misma manera que por la triple venta de un hijo, pero a la primera venta de ésta ya se encon-
traba en causa mancipii e in potestatem patrii; aquí coexisten los dos poderes. Finalmente, la patria potestad terminaba por la adopción y la emancipación. Fuera de los casos citados, la patria potestad que anotamos terminaba con la muerte del pater familias, como ya lo hemos dicho.

3.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO CANONICO.

El Cristianismo representa un paso decisivo en la humanización de la institución que venimos estudiando, ya que en ningún momento permitió lo que se tenía como regla general en el Derecho Romano antiguo, es decir, el derecho de vida y muerte que el padre (no la madre) tenía sobre sus hijos. De ahí, pues, que no pueda haber compatibilidad entre las orientaciones familiares cristianas con la antigua concepción que se tenía del poder paternal.

Vemos también que con el Cristianismo se da la igualdad entre el padre y la madre por lo que respecta al ejercicio de la patria potestad; los hijos tienen el deber de obedecer a sus padres indistintamente. Sánchez Román afirma categóricamente que "La Ley Cristiana atribuye el poder paterno de igual modo a la madre que al padre, pues a ambos deben los hijos sumisión y respeto, así como aquéllos a éstos protección y defensa" (23)

Advertimos igualmente que en la Epístola a los Efesios se exhorta a los hijos a obedecer y a honrar al padre y a la madre. Dice: "Hijos; obedeced a vuestros padres con la mira puesta en el señor, porque ésta es una cosa justa. Honrad a vuestro padre y a vuestra madre, que es el primer mandamiento que va acompañado de recompensa, para que os vaya bien y tengais larga vida sobre la tierra" (Ef., VI, 1-2).

De aquí concluimos primeramente que las normas establecidas por la Doctrina Cristiana con respecto a esta institución son de naturaleza eminentemente moral, y su influencia ha sido determinante en el Derecho Actual. En fin, que el Cristianismo influye en forma determinante, no sólo en lo que corresponde a esta institución, sino a todas, en el Derecho Romano en general, pero de manera definitiva en el Derecho de Familia, pues efectivamente da una nueva orientación a varias de las relaciones que integran el régimen familiar y, concretamente, en las relaciones entre padres e hijos. Como ya lo anotamos al principio, la influencia del Cristianismo en la patria potestad se muestra en la dulcificación de ésta, y por otro lado en el reconocimiento a la autoridad que la madre tiene sobre sus hijos.

Para abundar aún más diremos que el Código Canónico en diversos preceptos, por ejemplo en el canon 750, autoriza el bautismo del hijo de infieles "si consienten en ello los padres o tutores o por lo menos uno de ellos" y, en el canon 1034, dispone que, "exhorta el párroco gravemente a los hijos de familia menores de edad a que no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres o con la oposición razonada de ellos".

El Código de Derecho Canónico establece, como se prevé en el canon 1034 ya citado, que el ejercicio de la patria potestad se prolonga hasta el momento en que el descendiente llega a la mayoría de edad y dispone limitaciones por lo que toca al hecho de que cuan

do un menor o unos menores quisieran contraer nupcias deberán contar necesariamente con el consentimiento de los padres o con el consentimiento de cualesquiera de ellos en caso de faltar uno de éstos, y siempre se toma en cuenta, incluso para el bautismo, el consentimiento de los padres o tutores.

4.- LA PATRIA POTESTAD EN EL DERECHO MEXICANO.

A.- DERECHO AZTECA.

El Derecho Azteca admitía la poligamia --nos dice el Maestro Barroso Figueroa citando a López de Gomara-- y, en consecuencia los hijos de cualquier matrimonio principal o secundario tenían el carácter de legítimos" (24). No obstante el sistema poligámico de familia, su base era el matrimonio (25), siendo el padre quien tenía el pleno ejercicio de la patria potestad (26), lo cual implicaba el derecho de vender a los hijos cuando eran de notoria conducta incorregible o bien cuando la situación económica lo apremiaba, para lo cual se requería siempre la autorización de las autoridades (27) y, a diferencia del Derecho Romano, que permitía incluso el derecho de vida y muerte --ius vitae necisque-- en el Derecho Azteca en ningún momento el ejercicio de la patria potestad llegó a autorizar al padre para privar de la vida a sus hijos, aunque si lo autorizaba para castigarlos mesuradamente con la finalidad de corregirlos (28). La educación de los hijos debía ser necesariamente muy severa, la cual se llevaba a cabo, o bien dentro del seno de la familia misma, o bien en colegios especiales (29).

El ejercicio de la patria potestad llegaba también al grado de dejar el matrimonio de los hijos al libre arbitrio del progenitor (30), pudiendo éste oponerse, incluso, a dicho matrimonio. Tratándose de la hija era necesario no solo el consentimiento de los padres, sino también el de ella para realizarlo (31). El padre tenía este derecho sobre todos los hijos, independientemente de que fueran hijos de la esposa principal o de la esposa secundaria. (32)

Por lo que respecta al derecho que tenían los hijos de heredar los bienes y los cargos de su padre, y a pesar de que todos los hijos eran considerados como legítimos, sólo heredaban los de la esposa principal y no los de la secundaria (33). Perdía este derecho el hijo por ser irrespetuoso, incorregible, cruel, cobarde o derrochador, extendiéndose este afecto a toda su descendencia. (34)

No huelga a hacer un comentario por lo que se refiere a la influencia del Derecho Precortesiano en el actual Derecho Mexicano. Al respecto nos dice Carrancá y Trujillo, citando a Miguel S. Macedo, lo siguiente: "En los orígenes de nuestro Derecho patrio en el escrito sobre todo, no podemos señalar influencia clara ni precisa de las ideas y leyes consuetudinarias por las que se gobernaban los indios al realizarse la conquista, sino que debemos considerarlo de filiación española y por lo mismo europea, y sus relaciones y vínculos de estrecha confraternidad con el Derecho francés y el italiano, y no por completo extraño al inglés y al alemán..."

"...Claro es, sin embargo, que está muy lejos de nosotros el propósito de afirmar que la manera de ser del indio antes de la conquista haya carecido de influencia en la evolución del pueblo mexicano. Evidente es que la mentalidad del mestizo tiene como uno de sus principales elementos la del indio, que uno y otro grupo de nuestra actual población tiene características de origen ancestral y que todos éstos son elementos que necesariamente han influido en la formación de nuestra masa social y en la marcha de nuestra historia, del mismo modo que ha influido el hecho de haber sido conquistada y poblada esta tierra por españoles y no por hombres de otra nación o de otra raza. Lo único que afirmamos es la influencia del rudimentario Derecho indio en la génesis del pueblo mexicano es de difícil comprobación, sobre todo si se quieren precisar con alguna aproximación de los hechos que de ella se deriven (35).

Usos y tradiciones ancestrales si han influido, pero no en el Derecho Familiar del México posterior a la Colonia ni en el de ésta. El Derecho aborígen, las ideas jurídicas propiamente indígenas, no ha tenido influencia en la materia que nos ocupa. Hasta analogías es posible descubrir entre ambos Derechos, pero resulta difícil comprender y comprobar una relación de causalidad entre las antiguas instituciones jurídicas familiares del México precortesiano y las actuales.

Tal es, en síntesis, el pensamiento del Maestro mexicano.

B.- CODIGOS CIVILES DE 1870 y 1884 PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

El Código Civil de 1870 reglamenta la institución de la patria potestad de la misma manera que lo hace el Código Civil de 1884; por lo que podemos afirmar que no existe diferencia fundamental, entre uno y otro, respecto de la materia que nos ocupa.

Las normas contenidas en ambos Códigos son de naturaleza eminentemente moral: el respeto que los hijos deben a los padres bien que sean aquéllos legítimos, naturales, legitimados o reconocidos, e independientemente de su estado o condición, debiendo permanecer en el hogar de la persona que ejerce la patria potestad, hasta el momento en que lleguen a la mayoría de edad, contraigan matrimonio, o se emancipen. Mateos Alarcón, al comentar el artículo 368 del Código de 1884, nos dice: "Tal precepto sólo ha querido prestar apoyo a la autoridad del padre, que no podrá cumplir el deber de educar a los hijos si no los tiene a su lado, pero no convertirla en una odiosa tiranía; y tal es la razón por la cuál, a la vez que prohíbe al hijo el abandono de la casa del que ejerce la patria potestad, exige la intervención de la autoridad, en todos aquéllos casos en que el egoísmo, hijo de un cariño mal entendido, el interés o cualquiera otra circunstancia, conviertan al derecho del ascendiente en un abuso perjudicial para el hijo" (36). Conforme a estos ordenamientos los hijos deben solicitar autorización para contraer matrimonio cuando sean menores de edad, no pue-

den comparecer por propio derecho en juicio, así como tampoco celebrar cualquier contrato. La autoridad de los padres sobre los hijos tiene como causa y fin el interés de éstos. Al respecto, Mateos Alarcón nos dice: "Uno de los fundamentos sobre los que reposa la institución de la patria potestad, es la incapacidad de los hijos para gobernarse a sí mismos y administrar sus bienes durante ciertos años de su vida" (37).

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

Ambos Códigos establecen un sistema de exclusión o prelación en lo concerniente a las personas que ejercerán la patria potestad, y en este orden están: el padre en primer término, después y por su orden la madre, el abuelo paterno, el abuelo materno, la abuela paterna y la abuela materna. Sólo a falta de la persona que deberá ejercerla, entra en ejercicio la que le corresponda conforme al orden preferencial anotado. Mateos Alarcón nos dice al respecto: "El artículo 366 ha sancionado el principio que proclama la igualdad del hombre y la mujer, concediéndole a ésta el ejercicio de la patria potestad, en defecto del padre; y por la misma razón se lo otorga a

las abuelas paterna y materna, en defecto de los abuelos paterno y materno, pues la Ley ha estimado a todas esas personas animadas de un vivo interés en favor de sus nietos y con sus mejores aptitudes para encargarse de la guarda de sus personas y de sus bienes, que personas extrañas" (38).

No obstante que este autor nos habla de la existencia del principio de igualdad entre los sexos por lo que toca al ejercicio de la patria potestad, ésto de ninguna manera es cierto, ya que si existe un orden preferencial, y así, da prelación al padre respecto de la madre, y por lo que hace a los abuelos siempre tienen preferencia en el ejercicio, los varones. También Mateos Alarcón nos dice más adelante: "pero el ejercicio de la patria potestad corresponde en primer lugar al padre, y después a las personas que enumera el artículo 366, de manera que son llamadas en el orden que éste señala, y sólo en el caso de muerte, interdicción y ausencia legalmente declarada del llamado preferentemente " (39).

El "pero" rompe con todas las afirmaciones hechas, en lo concerniente a un principio de igualdad que no existe.

Las autoridades tienen la obligación de ayudar a los padres en el ejercicio de la patria potestad sobre todo cuando las faltas cometidas por los hijos sean de evidente gravedad, ya en contra de los mismos que la ejercen o de terceros. Los padres a la vez tienen el derecho de exigir la intervención de las autoridades cuando l

lo consideren necesario.

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

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

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

Termina el ejercicio de la patria potestad cuando así lo determinan las Leyes, bien sea porque se realicen ciertos acontecimientos naturales o bien porque provengan del padre, pero en todo caso lícitos y honestos. La patria potestad se acaba por el hecho natural de la muerte de quien la ejercía si no existe otra persona que pueda sucederle en su ejercicio; de la misma manera la patria potestad se acaba, cuando el hijo sale de ésta, lo que ocurre si contráe matrimonio siendo menor, si se emancipa, o si llega a la mayoría de

edad.

Las causas por las que se pierde la patria potestad son las siguientes: por el hecho de que el padre cometa un delito que importe la pérdida de la misma y por falta de cumplimiento de los deberes que impone esta institución. Las Leyes penales imponen la pérdida de la patria potestad como pena a quienes la ejercen, cuando perpetran en agravio de sus hijos o nietos los delitos de abandono o exposición si no pasan de la edad de siete años, así como los de violación o corrupción; también cuando uno de los que ejercen la patria potestad comete el delito de adulterio o dá motivo para el divorcio, se pierde para él el ejercicio de la patria potestad, recayendo exclusivamente sobre el cónyuge que resulte inocente, y si los dos resultan culpables, la ejercerá el ascendiente a quien corresponda en el orden establecido por la Ley. Para el caso de que el cónyuge inocente tenga en exclusiva el ejercicio de la patria potestad, tal situación se prolongará sólo hasta el momento de su muerte, ya que al acontecer ésto el culpable la recuperará, siempre y cuando las causas que hayan motivado el divorcio sean las que permiten tal consecuencia. También el poder público puede privar al padre o modificar el ejercicio de la patria potestad cuando considera que a sus hijos trata con excesiva severidad, no les dá educación alguna o los corrompe.

Otras de las causas que establecen estos Códigos para que

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

"Es digno de notar que el padre que pasa a segundas nupcias no pierde la patria potestad, porque no queda subordinado a la autoridad de la mujer, sino al contrario, conserva siempre la dirección exclusiva de la familia, y por consiguiente, los hijos y sus intereses no están expuestos a los peligros que corren cuando la madre contrée un nuevo matrimonio " (40).

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

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

Se suspende el ejercicio de la patria potestad cuando el padre se vé privado del raciocinio por locura, idiotismo o imbecilidad y cuando sea sordo-mudo y no sepa leer y escribir, pues sería incapaz para educar, vigilar y sobre todo administrar los bienes de sus hijos. Otra causa de suspensión en el ejercicio de esta institución, es la ausencia del padre. Esto es claro, pues si quien debe ejercer la patria potestad sobre los hijos se encuentra ausente, no es posible que realice las obligaciones que impone la Ley, y también porque por la ausencia de los padres se expondría a los descendientes a peligro, por su ignorancia e incapacidad de cuidarse a sí mismos, tanto en lo que vé a sus personas cuanto en lo que respecta a sus bienes.

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

mentadas.

C.-LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Esta Ley conserva los mismos principios que sustentaron los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, por lo que respecta a la institución que estudiamos, aunque si bien es cierto que pretendió superar la concepción que antaño se tenía de la patria potestad. Dice en su "Considerando: Que las ideas modernas sobre igualdad, ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones familiares que, salvo los temperamentos naturales (sic) aportados por la Civilización, continúan basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el Derecho Canónico" (40). Más adelante agrega: "que, de la misma manera, no siendo ya la patria potestad una institución que tiene por objeto conservar la unidad de la familia, para funciones políticas, sino la reglamentación de los deberes que la naturaleza impone en beneficio de la prole, es necesario reformar las reglas establecidas para el ejercicio de ese derecho..." (41). No obstante lo aseverado, las innovaciones que se pueden notar en dicha Ley, no llegan en ningún momento a contribuir y conformar el principio de igualdad, y la mujer se vé siempre marginada en el derecho y ejercicio de la patria potestad.

Ahora bien, las innovaciones que aporta esta Ley son las si-

güientes: con relación a las personas sobre las que se ejerce la patria potestad, incluye, por primera vez, a los hijos adoptivos, y en lo concerniente a quienes la ejercen utiliza también el principio de igualdad del hombre y la mujer y se lo dá por igual al padre y a la madre, al abuelo y a la abuela paternos y al abuelo y a la abuela maternos y, aquí, es donde se puede observar que el principio de igualdad es relativo, pues siempre se establece el orden preferencial en función del hombre. Es necesario advertir que esto se enfatiza con lo que establece el artículo 267 de esta misma Ley, que dice: "La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad" (42). Lo anterior no tiene ningún fundamento ético o moral y mucho menos jurídico; siendo así, la contradicción con el principio de igualdad entre los sexos es manifiesto, ya que esta disposición no hace sino mantener el principio de desigualdad entre el hombre y la mujer y debemos hacer notar que es precisamente el hombre quien ha creado esa diferencia, marginando en todas las formas posibles a la mujer, incluso en el ejercicio de la patria potestad.

Pasando a otros aspectos, aumenta en una causa más para que termine la patria potestad y ésta es la emancipación, no la emancipación conocida tradicionalmente, sino la que se obtiene por el hecho de que el hijo menor contraiga matrimonio, según lo dispone el artículo 475 de la Ley. A la madre ya no se le permite la renuncia de la patria potestad como anteriormente, dejando subsistente este derecho

para quienes sucedan a los padres en el orden establecido.

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

"El padre o el abuelo, en su caso, representará también a sus hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo, si no es con el consentimiento expreso de su consorte, con autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente" (43).

Es evidente que el padre o quien ejerce la patria potestad se le establecen ciertas restricciones en los actos de administración, no dejándole la plena disposición que le permita la posibilidad de dilapidar los bienes del menor. De ahí que, como una de esas restricciones, se requiera el consentimiento de la consorte para ciertos actos que pudiesen resultar perjudiciales para el menor en su patrimonio.

- (1).- ANTONIO CASO, Sociología, Edit. Limusa Wiley, 16a. edic., México, 19171, pág. 276.
- (2).- FEDERICO ENGELS; El Origen de la Familia, la Propiedad Privada y el Estado. Prólogo. de F. Engels, Edit. Progreso, 4a. edic., Moscú, 1891, pág. 28.
- (3).- Ibidem, pág. 27.
- (4).- Ibidem, págs. 34 y 35.
- (5).- ANTONIO CASO. Op. cit. pág. 276 y 277.
- (6).- Ibidem, pág. 275.
- (7).- FEDERICO ENGELS, Op. cit. pág. 31.
- (8).- ANTONIO CASO, Op. cit. pág. 281.
- (9).- Ibidem, pág. 282.
- (10).- FRITZ SCHULZ. Tít. Derecho Romano Clásico. Pról. José Santa Cruz Teigeiro. Edit. Bosch. Edic. Primera. Barcelona, 1960. pág. 135.
- (11).- PIETRO BONFANTE. Tít. Instituciones de Derecho Romano. Pról.

P. Bonfante. Edit. Reus, S.A. Edic. Cuarta. Madrid, 1965.
pág. 143.

(12).- Ibidem, pág. 160.

(13).- Ibidem, pág. 169.

(14).- Ibidem, pág. 169.

(15).- FRITZ SCHULZ. Op. cit. p48.

(16).- Ibidem, pág. 136.

(17).- RODOLFO SORO. Tít. Derecho Privado Romano. Pról. Wenceslao
Roces. Edit. Gráfica Panamericana, S. de R.L. Edic. Primera
pág. 296.

(18).- Ibidem, pág. 296.

(19).- Ibidem, pág. 297.

(20).- Ibidem, pág. 298.

(21).- FRITZ SCHULZ. Op. cit. pág. 147.

(22).- Ibidem, pág. 150.

- (23).- SANCHEZ ROMAN FELIPE.- Estudios de Derecho Civil.- Segunda Edición.- Tomo V, Vols. 1o.- y 2º.- Madrid, 1898.- pág.143.
- (24).- Apuntes tomados de la cátedra impartida por el Lic. José Barroso Figueroa.- Derecho Civil. Primer curso.- Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.- año de 1965.
- (25).- J. KOHLER.- El Derecho de los Aztecas.- Cía. Edit. Latino-Americana.- Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho. México, 1924.- pág. 40.
- (26).- Ibidem, pág. 40.
- (27).- Ibidem, pág. 38.
- (28).- Ibidem, pág. 37.
- (29).- OROZCO Y BERRA T. I.- Historia Antigua de la Conquista de México.- Tipografía de Gonzalo A. Esteva.- México, 1880.- pág. 115.
- (30).- LOPEZ DE GOMARA.- pág. 206.
- (31).- OROZCO Y BERRA.- Op. cit. Pág. 218.
- (32).- J. KOHLER.- Op. cit. pág. 41.

- (33).- GEORGE C. VAILLANT.- La Civilización Azteca.- Edit. Fondo de Cultura Económica.- México, 1944.- pág. 142.
- (34).- RAUL CARRANCA Y TRUJILLO.- La Organización Social de los Antiguos Mexicanos.- Ediciones Botas.- México, 1966. pág. 47.
- (35).- Ibidem, págs. 17,18 y 19.
- (36).- MATEOS ALARCON MANUEL.- Código Civil del Distrito Federal.-- Biblioteca de Derecho y Sociología. Tomo I, De las personas, De los bienes. Librería de la Vda. de Bouret.- México, 1904. pág. 193.
- (37).- Ibidem, pág. 191.
- (38).- Ibidem, pág. 192.
- (39).- Ibidem, pág. 192.
- (40).- Ibidem, pág. 207-208.
- (41).- ANDRADE MANUEL LIC.- Ley Sobre Relaciones Familiares.- Ediciones Andrade, S.A.- Segunda Edición.- México, 1964.- págs. 1 y 2.
- (42).- Ibidem, pág. 3.

(43).- Ibidem, pág. 56.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.-PROBLEMA TERMINOLOGICO.

2.-DEFINICION.

3.-ASPECTOS JURIDICOS.

A.-LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCION.

B.-LA PATRIA POTESTAD COMO DERECHO
SUBJETIVO.

CAPITULO SEGUNDO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

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

El concepto potestad nos evoca de inmediato la idea de poder, dominio, imperio, facultad, capacidad que se tiene para ordenar o hacer una cosa. En el caso de la patria potestad este poder es atribuido al padre o ascendiente con relación a los hijos o descendientes, pero no se trata ya, modernamente, de un poder absoluto, pues como muy bien lo dice Castán Vázquez, citando a Dekkers: "En la patria potestad se ve hoy, más que un poder, una protección; protección que, por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aún a la madre sola en defecto del padre" (1); por esto, se ha intentado suprimir los términos usados tradicionalmente, sustituyéndolos por otros que se adecúen más exactamente a la idea que se **tiene en la actualidad** de la patria potestad; así, se ha propuesto el empleo de las palabras "de la autoridad de los padres y de las madres" (2).

El Código Soviético de la Familia de 1918 suprimió la expresión patria potestad y nos habla de "derechos y deberes, respectivos de los hijos y de los padres" (3). Más sin embargo, esto no

significa sino una mera excepción, ya que hasta el momento la mayor parte de las legislaciones siguen utilizando el término "patria potestad", lo cual se debe fundamentalmente a los inconvenientes que presenta la utilización de algún otro, como "poder parental", que podría ser mal interpretado, pretendiendo que otros parientes, además de los padres, estuvieran llamados al ejercicio de la patria potestad.

No obstante la idea que pueda tenerse de la patria potestad --poder, imperio, facultad, etc.-- bien sabemos que en su contenido y función ha variado en forma substancial; de aquí que consideramos que no hay inconveniente en seguir utilizando la misma terminología para señalar esta institución del Derecho de Familia, siempre que se entienda en su moderno sentido.

2).- DEFINICION.

Emprender la tarea de definir es siempre un riesgo, sobre todo en el campo jurídico se plantea el peligro de no abarcar todo lo concerniente a la institución o fenómeno que pretenda definirse. No obstante la afirmación hecha, se tratará de llegar a una definición que nos dé las principales características de la institución que venimos estudiando, lo que estimamos conveniente sobre todo por razones de orden didáctico.

Como veremos, toda la doctrina que se ha avocado al estu-

dio de la patria potestad la define de una manera similar; así, Collin y Capitant nos dicen que la patria potestad es "el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, en tanto que son menores y no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento y educación que pesan sobre ellos" (4). Jossierand la define como " el conjunto de derechos que la ley confiere al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, con el fin de asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumben en lo que concierne al sostenimiento y a la educación de dichos hijos" (5).

Marcel Planiol define la institución que estudiamos de la siguiente manera: "Es el conjunto de derechos y facultades que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de sus obligaciones como tales" (6).

Julián Bonnacase la define más o menos en los mismos términos diciéndonos: "La patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas, como en su patrimonio" (7).

Messineo nos dice al respecto: "La patria potestad es un

conjunto de poderes en los cuales 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 su falta de madurez psíquica y de su consiguiente incapacidad de obrar" (8).

Clemente de Diego nos define la patria potestad como "el deber y 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 éstos" (9), en tanto que José María Castán Vázquez la define como "el conjunto de derechos y deberes que corresponde a los padres sobre la persona y el patrimonio de cada uno de sus hijos no emancipados, como medio de realizar la función natural que les incumbe de proteger y educar a la prole" (10).

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

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

los demás ascendientes y en forma subsidiaria a los terceros.

También se refieren algunos autores a las personas sobre las que se ejerce la patria potestad, es decir, los hijos menores, aclarando algunos que se trata de los hijos menores no emancipados. La totalidad de los tratadistas se refieren a los deberes por cumplir por parte de quienes ejercen la patria potestad, como son los de educar, cuidar de la persona de los hijos, así como de sus intereses o patrimonio, etc. Concluimos, pues, que las diferencias existentes entre un concepto y otro, no son de contenido, sino más bien de la terminología, por ejemplo, deber, derecho, carga, prerrogativas etc. Donde es posible encontrar una diferencia más marcada es en el concepto vertido por Julián Bonnecase al que ya antes hicimos referencia, aunque en realidad no se sepa con exactitud a qué se refiere cuando habla de "terceros", pues si bien es cierto que por lo que corresponde al cuidado, representación, educación, etc. de incapaces si existe la intervención de terceros, pero en estricto criterio jurídico a este fenómeno o institución jurídica no se le puede llamar patria potestad, sino tutela.

3.- ASPECTOS JURIDICOS.

A.- LA PATRIA POTESTAD COMO FUNCION.

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

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

La mayor parte de los estudiosos de la patria potestad, y principalmente la doctrina italiana destacan que la patria potestad es un conjunto de poderes con sus correspondientes deberes. Messineo citado por Castán Vázquez, nos dice que "la patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes: po deres-deberes), en los cuales se acta (sic) orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica y de su consiguiente in capacidad de obrar; es, pues, un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado a los progenitores (carácter oficioso de la patria potestad) en protección del hijo en cambio, en cuanto se la considera fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo" (11).

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

que la doctrina reconoce en el progenitor aquella coincidencia de de recho y deber que hemos visto que es la característica de las relaciones de derecho público. Y hemos visto también que la misma se rea liza por la preeminencia que en la relación tiene, frente a la volun tad, el momento de la finalidad: de manera que el imperativo jurídico, en lugar de plantearse en los términos "si quiere alcanzar este fin debe observar estas normas", se plantea en cambio, en estos o otros; "debe alcanzar este fin observando estas normas". Es claro que aquí es originaria y fundamental la afirmación del deber; mientras que el derecho no es más que consecuencia, medio para cumplir el deber" (12).

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

El mismo Cicu, a quien acabamos de citar, agrega: "que la patria potestad ha de configurarse como un derecho-deber, es decir, una entidad compleja en la que predomina el deber; es un todo propio del Derecho Público y extraño al Derecho Privado. En la patria potestad, así como acontece en las relaciones entre el Estado soberano y el ciudadano súbdito, la posibilidad de una relación jurídica entre padres e hijos, la proporciona el hecho de que la tutela del interés del segundo, elevado a interés superior de la familia, se consigue por medio del contralor, ejercitado sobre quien desenvuelve el poder"

"La patria potestad es, sobre todo, un deber al que no corresponde un derecho del hijo, pues la garantía del cumplimiento del deber se obtiene confiado a personas distintas del hijo, tales como los parientes y el Ministerio Público (Ministerio Pupilar) la tarea de vigilar y controlar la actuación del progenitor" (13).

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

Ese derecho subsiste, no diversamente del dominio, erga omnes; es decir, no es un derecho respecto del hijo, sino respecto de todos los demás" (14).

Advertimos que la patria potestad se considera como un deber o función que tienen los padres para con sus hijos, función que es fundamentalmente de protección, vigilancia, educación y ministración de alimentos a los mismos.

Se concluye que la patria potestad es una función, la cual es de interés familiar, y de la que los padres están investidos. Podría entenderse que este interés de que hablamos es estrictamente individual, mas sin embargo, como ya dijimos, pone de relieve

el interés anotado, el cual tiene una doble distinción: el querer y obrar de quien es destinatario de este ejercicio. Aclarando un poco se puede decir que esta doble función es el interés de ser investido de la patria potestad y también el interés de ejercitarla o ser dispensado en este ejercicio, lo cual se eleva a derecho, derecho a ser investido de la función que estudiamos.

Castán Vázquez nos dice refiriéndose a la patria potestad como función que es "el principio, puede hoy afirmarse, que inspira la concepción de la patria potestad en las legislaciones actuales del sistema occidental. Así se descubre, aunque no lo proclamen expresamente, en los Códigos Civiles, que regulan la patria potestad como una función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a éste". Y más adelante agrega "la concepción, generalizada en el Derecho moderno, de la patria potestad como una función, coincide con las orientaciones cristianas acerca de este instituto" (15).

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

los hijos en instituciones de rehabilitación.

B.- LA PATRIA POTESTAD COMO DERECHO SUBJETIVO.

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

Antes que nada debemos determinar qué se entiende por derecho subjetivo desde el punto de vista estrictamente jurídico. Nos dice Hans Kelsen en su obra Teoría Pura del Derecho que "hay derecho subjetivo, en el sentido específico de la palabra, cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito. Solamente cuando una norma jurídica coloca así a un individuo en posición de defender sus intereses, se crea un derecho subjetivo a su favor. Este derecho no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que solo existe en la medida en que ha sido creado por éste" (16).

Partiendo de esta definición dada por Kelsen concluimos que la patria potestad es un medio dirigido a excitar el cumplimiento de un deber, derecho que se traduce en una acción que tienen los padres para dar cumplimiento a los deberes que impone la institución que venimos estudiando; no se trata precisamente de un interés estrictamente personal, como sería el caso de la libertad

de querer en el cuidado de los propios intereses, sino que en este caso, el progenitor está llamado a cuidar un interés ajeno, el de sus hijos menores; en consecuencia, no se trata de una simple libertad de querer, sino más bien de una potestad de querer, y para concluir debemos decir que en el caso de la patria potestad como derecho subjetivo tiene como elementos la voluntad y el interés del progenitor.

Ahora bien, Castán Vázquez nos dice recordando a Cicu lo siguiente: "En este aspecto, en la doctrina italiana, el profesor Cicu ha puesto de relieve, por un lado, el derecho de reivindicación o, mejor, de reclamación, que compete al padre contra quien ilegítimamente detenta el poder; y por otro lado, el derecho de ejercitar la patria potestad, o de ser puesto en condiciones de ejercitarla, removiendo los obstáculos que se opongan; en todo caso, el derecho es derecho familiar, inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que, al defender el propio derecho, el padre defiende el interés del hijo elevado a interés superior"(17).

Resulta, pues, que la patria potestad, como derecho subjetivo, es un derecho que tienen los padres como titulares en el ejercicio de ella frente a los demás y que en última instancia se traduce en una acción que se ejercitará en el momento en que se le impida o intente impedir el cumplimiento de las obligaciones que impone la patria potestad.

- (1).- JOSE MA. CASTAN VAZQUEZ, La Patria Potestad, Edit. Revista de Derecho Privado.- Edic. Madrid, 1960, pág. 5.
- (2).- Ibidem, pág. 5.
- (3).- Ibidem, pág. 6.
- (4).- Ibidem, pág. 8.
- (5).- Ibidem, pág. 8.
- (6).- MARCEL PLANIOL. Tratado Elemental de Derecho Civil. Edit. José M. Cajica Jr.- Edic. 1a.- México, 1964. pág. 251.
- (7).- JULIAN BONNECASE. Elementos de Derecho Civil. Edit. José M. Cajica Jr. Edic. 1a. México, 1945. pág. 428.
- (8).- JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ. Op. cit. pág. 8.
- (9).- FELIPE CLEMENTE DE DIEGO. Instituciones de Derecho Civil Español, I, Madrid, 1930, Tomo II. pág. 538.
- (10).- JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ. Op. cit. pág. 9 y 10.
- (11).- Ibidem, pág. 15.

- (12).- ANTONIO CICU.- El Derecho de Familia, - Ediar S.A. Editores.
1a. Edición.- Buenos Aires, 1947. pág. 128 y 129.
- (13).- Ibidem, pág. 153.
- (14).- Ibidem, pág. 153.
- (15).- JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ. Op. cit. pág. 32.
- (16).- HANS KELSEN. Teoría Pura del Derecho. - Editorial Universita
ria de Buenos Aires. 1a. Edición.- Abril de 1960. pág. 122.
- (17).- CASTAN VAZQUEZ. Op. cit. pág. 36.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD EN EL ACTUAL CODIGO MEXICANO DE 1928.

- 1.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.
- 2.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.
 - A.-PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.
 - B.-PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.
 - C.-PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS ADOPTIVOS.
- 3.- LA INTERVENCION DEL ESTADO Y LOS LIMITES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

CAPITULO TERCERO

LA PATRIA POTESTAD EN EL ACTUAL CODIGO DE 1928.

1.- EFECTOS DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LA PERSONA DE LOS HIJOS.

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

El artículo 411 de este mismo Código dispone que "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres". La naturaleza moral de este precepto es notoria, toda vez que los conceptos "honrar y respetar" son más bien éticos que jurídicos.

Ahora bien, nuestro Código Civil no sólo establece que los hijos deben honrar y respetar a sus padres --padre y madre-- sino también toma en consideración a los demás ascendientes, y sus efectos los prolongan aún después de alcanzar la mayoría de edad, efectos que en sí, son bastante restringidos, independientemente

mente de su estado, edad y condición; es decir que aún cuando los hijos tengan una edad que sobrepase los dieciocho años o en su caso contraigan matrimonio ---siendo mayores de edad o no --- deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

Tampoco los hijos podran abandonar el domicilio de las personas bajo cuya patria potestad, estan sujetos, sin el previo consentimiento de ello o, en su caso, de decreto de la autoridad competente, así se deduce de lo previsto por el artículo 421 también del Código Civil.

Las obligaciones que impone el Código Civil a quienes ejercen la patria potestad, son claras, según se desprende de su articulado, así expresa, que las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad tienen la obligación de educarlo convenientemente (Art. 422) expresión ambigua, pero que podría ser entendida tomando como base lo dispuesto en los artículos 308 y 314 del repetido Código Civil, esto es comprendiendo la educación primaria y algún oficio, arte o profesión honestos y adecuado al sexo y circunstancias personales del hijo, pero no así el capital para que éste se establezca; en su párrafo segundo el mismo precepto, añade que cuando los consejos de tutela locales tengan conocimiento de que las personas que ejercen la patria potestad no cumplan con lo establecido se dará vista al Ministerio Público para que promueva lo que a su representación convenga. (La Ley Orgánica de Educación Pública impone sanción al respecto).

El artículo 425 establece que las personas que ejerzan la patria potestad (que como ya sabemos, se ejerce conjuntamente por los pa dres, y aún por los abuelos) tienen la obligación de representar legítimamente a los menores sujetos a aquella; abundando al respecto el artículo 417 cuando señala que "La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo sino es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente". Para terminar, nuestro Código Civil, en su artículo 440 establece que "en todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tiene un interés opuesto al de los hijos serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez de cada caso".

2.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD.

Necesariamente y como paso previo para entrar al estudio de este punto, debemos hacer una distinción que influye en forma determinante sobre las personas a quien designa el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, para ejercer la patria potestad, designación que difiere notoriamente según los hijos menores sometidos a la patria potestad, sean hijos de matrimonio o también llamados legítimos, o bien hijos nacidos fuera de matrimonio o ilegítimos y, por último, los hijos adoptivos.

Primeramente nuestro Código Civil no admite la distinción que anotamos en el párrafo inmediato anterior, y dice textualmente en su exposición de motivos que "por lo que toca a los hijos se comenzó por borrar la odiosa diferencia entre hijos legítimos y los nacidos fuera de matrimonio; se precisó que unos y otros gozasen de los mismos derechos, pues es una irritante injusticia que los hijos sufran las consecuencias de las faltas de los padres, y que se vean privados de los más sagrados derechos únicamente porque no nacieron de matrimonio, de lo cual ninguna culpa tienen..."(1).

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

A.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS DENTRO DE MATRIMONIO.

El Código Civil de manera general establece en el artículo 414 que "La patria sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I.- Por el padre y la madre;

II.- Por el abuelo y la abuela paternos;

III.- Por el abuelo y la abuela maternos.

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

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

B.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS NACIDOS FUERA DE MATRIMONIO.

"La patria potestad --nos dice Castán Vázquez-- en general esta fundada, como vemos, en la misma naturaleza, siendo una consecuencia de la relación de paternidad y filiación. Los padres naturales ostentan, a partir del reconocimiento, una paternidad

que está admitida por el Derecho y es conocible por todos. Esa paternidad les impone deberes, como implicantes de la función protectora que a todo padre incumbe, preciso es, pues, que les confiara también derechos para cumplirla. La patria potestad, por tanto, debe ser atribuida a los padres naturales" (2).

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

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente en la actualidad otorga la patria potestad sobre los hijos habidos fuera de matrimonio a los padres que reconocen de éstos; dispone textualmente en su artículo 415 lo siguiente: "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad". Es decir que el precepto que analizamos reconoce la existencia jurídica del concubinato o matrimonio de hecho para los efectos de la patria potestad.

Si viven separados se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381, los cuales postulan que si ambos padres hubiesen hecho conjuntamente el reconocimiento del hijo y no vivan

juntos, convendrán cual de los dos ejercerá la custodia, palabra ésta última que significa que deberán convenir al lado de quien quedaran, pero manteniéndose la patria potestad en favor de ambos, pues a los dos corresponde, según la solución ineludible que se desprende del artículo 412.

Para el caso de que los padres no llegaren a un acuerdo con respecto a quien tendrá la custodia, el juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los progenitores y al Ministerio Público de la manera que crea más conveniente para los intereses del menor, deberá resolver el caso aplicando analógicamente el artículo 260 del multicitado Código Civil el cual establece textualmente: "Si uno sólo de los cónyuges a procedido de buena fe, quedaran todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre y aún tratándose de divorcio, los hijos o hijas menores de cinco años, se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad a menos de que la madre se dedicase a la prostitución, al lenocinio, hubiese contraído el hábito de embriagarse, tuviera una enfermedad contagiosa o, por su conduta ofreciere grave peligro para la salud o la moralidad de los hijos".

Nuestro Código Civil abunda aún más, estableciendo en su artículo 417 que, "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre este, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los

intereses del hijo". Vemos pues, que este precepto nos dá una solu
ción igual a la que nos exponen los numerales 380 y 381, ya comen
tados y esto es, siempre se les dá preferencia a los padres para
que lleguen a un acuerdo con respecto a quien deberá ejercer la pa
tria potestad, y en caso de diferencia deberá intervenir el Minis
terio Público o el juez de lo Familiar, según el caso.

Cuando los padres viven separados se puede dar el caso
de que el reconocimiento de los hijos no se hubiere efectuado con
juntamente, sino, primeramente la madre o el padre, en su caso, o
viceversa, primero el padre y después la madre, etc. La solución a
este problema nos la da los artículos 381 del Código Civil, estable
ciendo que tendrá la custodia quien primero hubiere reconocido al
menor como su hijo salvo que se conviniera otra cosa ente los padres
como por ejemplo: que sus hijos sean internados en alguna institu
ción educativa, queden bajo el cuidado de alguno de los abuelos,
etc., y también que el juez de lo Familiar del lugar no creyere nece
sario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los in
teresados y del Ministerio Público. Se puede presentar este mismo
problema aún cuando los padres hubieren reconocido como a su hijo a
un menor, en mismo acto, pero la solución la encontraremos en el ar
tículo 380, el cual dice textualmente que "Cuando el padre y la ma
dre que no vivan, reconozcan al hijo en el mismo acto, convendran
cual de los dos ejercera su custodia; y en caso de que no lo hicieren
el juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministe
rio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intareses

del menor".

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

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

C.- PERSONAS QUE EJERCEN LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE LOS HIJOS ADOPTIVOS.

Tienen el ejercicio de la patria potestad sobre los hijos adoptivos las personas que los adoptan, de acuerdo con lo pre visto por el artículo 402 de nuestro Código Civil, el cual en su primera parte establece que los derechos y obligaciones que nacen

de la adopción, así como el parentesco que de ella resulten se limita única y exclusivamente al adoptante y al adoptado; este mismo precepto añade en su segunda parte que se exceptúa de lo expuesto lo relativo a los impedimentos de matrimonio, debiéndose estar al respecto a lo que establece el artículo 157 de éste mismo Código, el cual estipula que el adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto subsista el lazo jurídico que resulta de la adopción. Lo manifestado anteriormente se complementa con lo que establecen los artículos 395 y 396 del repetido Código Civil, preceptos que estipulan que el que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado, los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de la persona y bienes de los hijos; pudiendo dar su nombre y apellidos al adoptado; así mismo el adoptado tendrá para con la persona o personas que lo adopten los mismos derechos y obligaciones que tiene un hijo.

Nuestro Código Civil en su parágrafo 403 establece que los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural no se extinguen por la adopción, es decir, que el efecto principal de la institución jurídica de la adopción es precisamente el de transferir a los adoptantes el ejercicio de la patria potestad, salvo en el caso de que el adoptante esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, situación en la cual ambos cónyuges la ejercerán.

3.- LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO Y LOS LÍMITES EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.- La intervención del Estado en el ejercicio de la

patria potestad va en relación directa con la naturaleza del mismo, en virtud de que como dice Cicu, "a nuestro modo de ver el Estado es un organismo y lo es porque en él se encuentran los caracteres sociales de todo organismo; es decir, la dependencia de los elementos constitutivos en relación con un fin, la conexión de interdependencia de los elementos entre sí" (3). Ahora bien, es indudable que los elementos constitutivos de un Estado son los individuos considerados como entes espirituales, los cuales tienen fines que realizar y conciencia y voluntad para alcanzarlos; el Maestro Hans Kelsen, nos dice en relación con este punto, que: "Una teoría del Estado depurada de todo elemento ideológico, metafísico o místico sólo puede comprender la naturaleza de esta institución social considerándola como un orden que regula la conducta de los hombres. El análisis revela que este orden organiza la coacción social y que debe ser idéntico al orden jurídico, ya que esta caracterizado por los mismos actos coactivos y una misma comunidad social no puede estar constituida por dos ordenes diferentes" (4). Añade más adelante el mismo Maestro Kelsen, que "no todo orden jurídico constituye un Estado, y, este llega a serlo hasta el momento en que establece ciertos ordenes especializados para la creación y aplicación de las normas que lo constituyen" (5). Ahora bien, también afirma que el Estado debe ser considerado como un conjunto de órganos y "desde el momento que un orden jurídico ha superado el estadio primitivo de la completa descentralización y que se han formado los órganos especializados para la creación y aplicación de las normas jurídicas, especialmente para la

ejecución de los actos coactivos, un grupo de individuos se destaca netamente de la masa de los miembros del Estado o sujetos de Derecho. Esta centralización no podría, por otra parte, ser completa, dado que en ciertos dominios la creación y aplicación del Derecho permanecen siempre descentralizados. La actividad de los órganos especializados en forma general el objeto de una obligación jurídica sancionada por una pena disciplinaria" (6). Las personas encargadas, de la creación y aplicación de las normas jurídicas desempeñan una actividad de naturaleza profesional y a la vez que al realizar ésta tarea, se convierten en funcionarios del Estado, es decir, en órganos específicos del orden jurídico.

Por lo tanto, sin introducirnos más en cuestiones de teoría del Estado, para determinar la naturaleza de éste, estructura, funciones, finalidades, etc., debemos hacer referencia a la regulación que por conducto del Estado se hace del Derecho Civil, en este caso, en una de sus divisiones como lo es el Derecho de Familia, y más concretamente a la institución de la patria potestad.

Dentro de las instituciones del Derecho Civil, unas de las que han sufrido transformaciones más profundas son precisamente la del Derecho de Familia. El Maestro de la Universidad de Bolonia, Antonio Cicu, en su obra "La Filiación", afirma: que el Derecho de Familia ha emprendido en sus principales manifestaciones, el tránsito que va desde la esfera peculiar, y para muchos autores,

tradicional, del Derecho Privado, hacia la más amplia del Derecho Público" (?).

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

Antonio Cicu afirma al hacer referencia a la naturaleza jurídica de las relaciones de familia, que: "Si analizamos ahora las relaciones de Derecho de Familia en su estructura será fácil convencerse de que en ellas no se tutelan los intereses individuales como intereses autónomos, independientes, opuestos; ni se tutela tampoco una libertad de querer y referente a estos intereses. Es más, la subordinación de las voluntades a un interés unitario, superior por consiguiente a los intereses individuales se manifiesta mucho más claramente que en el Derecho Público" (8). Más adelante añade el mismo Mestro que: "Todavía es más evidente tal subordinación de la voluntad a un fin superior en las relaciones entre padres e hijos con arreglo a las cuales se modelan las relaciones entre cónyuges".

"Las relaciones a que ahora nos referimos estan constituidas principalmente por la tutela del interés de los hijos en su condición de incapaces: es evidente pues, que los derechos que la ley concede al padre no se basen en un interés individual suyo, sino en el único interés a satisfacer, es decir, al del incapaz. No pudiendo ser defendido este interés por el incapaz, de interés individual suyo es elevado a interés a interés superior de la familia y confiado sobre todo al padre como llamado por naturaleza a desempeñar tal misión. Con lo cual la ley no hace sino sancionar jurídicamente una exigencia que espontáneamente se afirma en la conciencia del padre como tal; el interés del hijo lo siente el padre como interés propio de todo padre y como interés que supe para sus propios intereses de simple individuo. La diversa posición que el individuo ocupa en el Estado, según que se le considere como tal individuo o como miembro del organismo estatal, se reproduce aquí, según que consideremos al padre como tal padre o como simple individuo" (9).

En el ordenamiento positivo mexicano se encuentra debidamente reglamentado todo lo relativo a la institución jurídica de la patria potestad, regulación que se hace a través de diversas leyes, tales como el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, el cual establece en su Título Octavo lo concerniente a los efectos de la patria potestad, con respecto de la persona de los hijos; personas que ejercen la patria potestad; efectos de la patria potestad, con relación a los bienes de

Los hijos; los diferentes modos de extinguirse, suspenderse y perderse la patria potestad; los límites a los cuales se encuentra circunscrita la patria potestad, previsto en su artículo 413, que nos remite a la Ley Sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil del Distrito Federal de 21 de Junio de 1928, la cual fué sustituida por la Ley Orgánica y Normas de Procedimiento de los Tribunales de Menores y Sus Instituciones Auxiliares en el Distrito y Territorios Federales de 22 de Abril de 1941 siendo esta remisión necesaria, toda vez que en la ley finalmente citada no regula para nada lo concerniente a los límites de que nos habla el artículo 413 de nuestro Código Civil.

El Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1913 contiene disposiciones relativas a la patria potestad en sus párrafos 203, 266 bis párrafo segundo, 294, 295, 335, 336, 342, 343, preceptos que señalan las causas por las cuales se pierde la patria potestad, privando a la vez de los derechos que pudieran tener las personas que ejercen la patria potestad con respecto a los bienes de los hijos, así como también nos dice que las lesiones inferidas por el derecho de corrección de quienes ejerzan la patria potestad no serán punibles siempre y cuando estén comprendidas dentro de la primera parte del artículo 289 de este mismo cuerpo de leyes y, en el artículo siguiente, se le priva de la patria potestad en caso de que las lesiones inferidas al menor no estuviesen comprendidas dentro de lo previsto en la primera parte del artículo 289; también se reglamenta dentro de lo concerniente al abandono de persona, al

abandono de un hijo menor sujeto a la patria potestad.

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

La Ley Orgánica de Educación Pública de 23 de Enero de 1924 en sus preceptos 4o, 5o, 6o Fracc. V, 65, 66, 112, 114 y 116 en los cuales se establece lo relativo al carácter que tiene la educación como función de interés y servicio público, otorga facultades al Estado para vigilar que la enseñanza impartida en los establecimientos particulares de educación primaria y normal, así como la de cualquier tipo impartida especialmente a obreros y campesinos; preceptúa también sobre la necesidad de procurar y utilizar la colaboración de los padres de familia o representantes de los menores, con la finalidad de coordinar con ellos lo concerniente a las labores de carácter educativo; establece también las obligaciones y derechos que tienen las personas que ejercen la patria potestad, tutela o representaciones legales, diciéndonos que los padres tienen obligación de hacer que sus hijos, pupilos y representados menores de quince años de edad concurren a las escuelas dependientes del Estado o a las particulares debidamente autorizadas, para recibir instrucción primaria, y constriñe a cooperar con las autoridades escolares y con los educadores para coordinar la educación que el menor reciba en el hogar con la que le sea impartida.

- (1).- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928. Edit. Andrade, S.A. Décima Tercera Edic. México, 1929. Pág. 9.
- (2).- JOSE MARIA CASTAN VAZQUEZ. La Patria Potestad. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, España 1960. pág. 125.
- (3).- CICU ANTONIO. Tít. La Filiación. Trad. Faustino Giménez Arnau y José Santacruz Teijeiro. Edit. Librería General de Victoriano Suárez. Primera Ed. Madrid, España 1930. pág. 9.
- (4).- KELSEN HANS. Tít. Teoría Pura del Derecho (Introducción a la Ciencia del Derecho) Edit. Eudeba. Edit. Universitaria de Buenos Aires, Argentina 1960. pág. 189.
- (5).- Ibidem, pág. 189.
- (6).- Ibidem, pág. 192.
- (7).- CICU ANTONIO. Op. cit. pags. 5-7 y 9-15.
- (8).- Ibidem, pág. 12.
- (9).- Ibidem, pág. 13.

CAPITULO CUARTO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LO QUE
CONCIERNE A LOS BIENES DE LOS HIJOS.

1.- ACTOS DE ADMINISTRACION.

2.- ACTOS DE DOMINIO.

3.- CONSIDERACIONES PERTINENTES.

CAPITULO CUARTO

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD POR LO QUE CONCIERNE A LOS BIENES DE LOS HIJOS.

En lo concerniente a la representación que tienen las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores con referencia a los bienes propiedad de éstos, debemos distinguir las diferencias existentes entre actos de administración y actos de dominio.

1.- ACTOS DE ADMINISTRACION.

El Maestro Gutiérrez y González define el acto de administración de la siguiente manera: "es acto de administración aquél que busca mantener la cohesión de las cosas que integran el patrimonio, así como aquél que busca conservarlas", --añadiendo en el párrafo siguiente-- "que todo acto que trate de conservar unidos o en buen estado los elementos activos del patrimonio, será necesariamente un acto de administración" (1).

A mayor abundamiento este mismo autor nos da ciertas reglas para saber qué es un acto de administración; primeramente, acto de administración será aquél que con ese carácter señale la ley, para el titular o administrador del patrimonio; en segundo término, nos dice que se deberá recurrir a la analogía en el caso de que la

ley no regule un determinado acto como acto de administración, y se deberá estimar como tal el que la ley considere para otro tipo de titulares del patrimonio o representantes; por último, que de no ser posible determinar si el acto es o no de administración con las reglas anteriores, deberá entenderse por acto de administración el que busque incrementar los elementos activos del patrimonio por medio de su circulación. Vemos pues, que los actos de administración no son sino aquéllos que tratan de conservar el patrimonio de los menores, --para el caso del tema que venimos estudiando--, por regla general los padres tienen plenitud de facultades, salvo en el caso de que se traten de bienes legados o donados con la condición de que no sean administrados por las personas que ejercen la patria potestad; que se trate de los bienes que forman parte del peculio que el menor pueda administrar por sí mismo, y en los supuestos de incompatibilidad de los intereses de los padres y los hijos, lo cuál se resuelve en nuestra legislación con la intervención de un tutor.

2.- ACTOS DE DOMINIO.

Los actos de dominio o de disposición "es aquél que tiene de a liquidar de manera definitiva el patrimonio de explotación, o a reducir su capacidad de incremento" (2), es decir que estos actos se ejecutan como propietario de un bien determinado y traen consigo la disposición del mismo. Estos actos se relacionan directamente con el derecho real más amplio, para usar, gozar y disponer de las

coas, dentro del sistema jurídico positivo de limitaciones y modalidades impuestas por el legislador de cada época" (3), podríamos poner como ejemplo de actos de dominio la venta que se hiciera de los bienes que integran el patrimonio, el perdón de deudas, la donación, la constitución de gravámenes sobre ellos, etc.

Para la representación de los menores en lo que corresponde a los bienes de éstos, no es posible que los padres ejecuten actos de dominio en virtud de que no son propietarios, sino meros administradores de los bienes propiedad de sus hijos, pero esto no significa que no puedan realizar o celebrar ciertos contratos que tiendan al incremento del patrimonio del menor, pero siempre y cuando se garantice dicho incremento o la evidente utilidad de la operación que pretenda celebrarse. Esto se encuentra debidamente regulado por nuestro Código Civil y que será motivo de análisis del presente capítulo.

3.- CONSIDERACIONES PERTINENTES.

Al referirnos en el capítulo anterior a la representación legítima que tienen como facultad propia los padres de sus hijos menores por lo que respecta a la persona de éstos, representación que tiene relación con la naturaleza patrimonial, pero en ningún momento lo estudiado en el capítulo que anotamos es constitutiva de la representación única y exclusivamente patrimonial, toda vez que ésta puede tenerse y ejercerse en lo concerniente a materias de carácter

ter patrimonial y también en las de materia extrapatrimonial; en virtud de la relación existente entre la representación que estudiamos nos vemos en la necesidad de examinar el tema correspondiente a la representación, particularizando en lo concerniente a lo patrimonial, con la finalidad de estudiar cuales son las limitaciones que de manera general tienen los padres en lo concerniente a la representación de los menores sujetos a la patria potestad, por lo que corresponde a los bienes de éstos.

En cuanto a la administración de los bienes pertenecientes a los hijos constituidos en la patria potestad, debe decirse, que ésta la tienen los padres conforme a lo establecido por el artículo 425, añadiendo en el artículo siguiente que "Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración". Vemos que entre los dos artículos analizados inmediatamente existe cierta contradicción, ya que en el primero se dice en forma categórica que son los padres los legítimos representantes de los hijos y que tienen administración legal de los bienes de su propiedad; en el artículo siguiente, es decir, 426 establece que cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y la madre, etc., ésta contradicción es, que en primer término en forma expresa y categórica manifiesta la simultaneidad existente

en el ejercicio y representación y más adelante prevé la posibilidad de que no exista dicha simultaneidad, es decir, resumiendo las contradicciones es por lo que respecta a la palabra "son" del artículo 425 y a la palabra "cuando" del artículo 426; más vale decir que ésto sólo sería contradictorio en lo que respecta a los hijos habidos de matrimonio y no en lo concerniente a los hijos habidos fuera de matrimonio, ya que aquí es frecuente que no ejerzan la patria potestad los padres en forma simultánea.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, establece un sistema enunciativo bastante minucioso y así consigna, en el párrafo primero del artículo 436 que, "Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente...". No huelga hacer un comentario con respecto a la autorización que deberá dar la autoridad judicial cuando se trate de enajenar o establecer algún gravamen sobre los bienes de los menores; en la práctica judicial se ha creado la costumbre de conceder la autorización de referencia, aún cuando en el trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria correspondientes, no se acredite o pruebe la absoluta necesidad o el evidente beneficio, necesario para hacer la enajenación de dichos bienes, ni se presta las medidas de garantía establecidas por el artículo 437, que más adelante analizaremos y así, con frecuencia se incurre en la dilapidación que hacen los padres de los bie

nes de los hijos.

Continuamos con el análisis del artículo que al principio iniciamos (436), éste añade en su párrafo segundo que "Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de renta, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos".

En el siguiente artículo 437, nuestro Código Civil adopta medidas de garantía y protección para el hijo, las cuales se las encomienda al juez a fin de que el objeto de la venta de los bienes del hijo se dedique al objeto al que se destinó en principio y el resto se invierta en la adquisición de un mueble o se le imponga en segura hipoteca en favor del menor.

Esta garantía nos parece insuficiente, porque únicamente se reduce a los casos de venta u otra forma de enajenación y no nos habla para nada de las cantidades que se obtengan gravámenes de otra naturaleza, como por ejemplo el de los impuestos sobre los bienes de los hijos menores, y de ninguna manera creemos acertada la medida de que el importe de la enajenación sea destinado necesariamente a la adquisición de inmuebles, o se invierta

en hipotecas porque actualmente existen inversiones más fáciles, seguras y sobre todo redituables y que el prudente arbitrio judicial puede garantizar sobradamente.

El artículo 441, faculta a los jueces para tomar las medidas necesarias, con la finalidad de evitar que por la mala administración de las personas que ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan. Medidas que deberán ser tomadas por el juez competente, a instancia de personas interesadas, o del mismo menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso, nos parece adecuada la expresión "personas interesadas", ya que tiene flexibilidad y que debe ser apreciada por el juez, y es preferible a las limitaciones que se establecerían si se hablara únicamente por grado de parentesco. Lo cual tendría como consecuencia que se garantizara en una proporción menor, los bienes de los hijos. El artículo 429 de este Código, establece que las personas que ejercen la patria potestad tienen la obligación de rendir cuentas de los bienes de los hijos, aún cuando no establece una secuencia periódica en el tiempo, como es el caso para los tutores, nos parece que se refiere únicamente a la rendición de cuentas final, cuando los hijos se emancipan por matrimonio o lleguen a la mayoría de edad.

Por último el artículo 442, consigna que las personas ejerzan la patria potestad, deban entregar los bienes a sus hijos al obtener la emancipación o por que éstos lleguen a la mayoría

de edad.

Se concluye pues, que las limitaciones existentes son bas tantes, con las cuales se persigue la finalidad de proteger el patrimonio de las personas de los hijos menores.

Aparte de las facultades que tienen los padres de representar a sus hijos en relación a los bienes propiedad de éstos, de bemos decir que los principales derechos que se conceden a los padres en relación con la materia que venimos estudiando consiste fundamentalmente en el usufructo legal sobre los bienes de los hijos y su administración.

Nuestro Código Civil en su artículo 428, distingue dos clases de bienes pertenecientes a los hijos que se hallen bajo la patria potestad, y así nos dice: "Los bienes del hijo mientras esta en la patria potestad se dividen en dos partes:

- I.- Bienes que adquiriera por su trabajo;
- II.- Bienes que adquiriera por cualquier otro título.

Los bienes de la primera clase que se menciona pertenecen en propiedad, administración y usufructo, al hijo, en segundo término, es decir, los de segunda clase, la propiedad y la mitad del usufructo pertenecen al hijo; la administración y la otra mitad del usufructo pertenecen a los padres o personas que se encuen

tren ejercitando la patria potestad. No obstante, si los hijos adquieran bienes por herencia, legado o donación, y el testador o en su caso el donante ha dispuesto que el usufructo se destine a un fin determinado acorde lo expuesto por el artículo 430 de este mismo cuerpo de leyes.

El usufructo de que venimos hablando lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo segundo del Título Sexto, es decir la obligación de proporcionar alimentos y educación a los hijos, y está sujeto a las obligaciones propias de los usufructuarios, sin excluir las de formar inventario, aunque si las de prestar fianza, la cual deberá ser exigida necesariamente cuando los que ejerzan la patria potestad hayan sido declarados en quiebra o estén concursados, cuando contraigan ulteriores nupcias o cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos, al tenor de lo establecido por el artículo 434 del Código Civil que analizamos.

También el usufructo que estudiamos párrafos arriba es renunciable y se extingue de conformidad con el artículo 438 por el hecho de que los hijos menores se emancipen al contraer matrimonio o bien, cuando estos lleguen a la mayoría de edad, asimismo, por la pérdida de la patria potestad o por renuncia.

(1).- LIC. ERNESTO GUTIERREZ Y GONZALEZ. Derechos de las Obligaciones. Edit. José M. Cajica Jr. S.A. Edic. Cuarta. México, 1917. pág. 305.

(2).- Ibidem, pág. 307.

(3).- Ibidem, pág. 202.

CAPITULO QUINTO

DIFERENTES FORMAS DE ACABARSE, SUSPENDERSE Y PERDERSE LA PATRIA POTESTAD.

- 1.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE
SE TERMINA ESTE DERECHO.
- 2.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE
SE SUSPENDE ESTE DERECHO.
- 3.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE
SE PIERDE ESTE DERECHO.

CAPITULO QUINTO

Con este capítulo hemos de terminar prácticamente el estudio de la patria potestad, a la vez al introducirnos a ésta última parte, debemos diferenciar para su estudio tres conceptos distintos, que se refieren respectivamente a la desaparición o extinción total y definitiva de la patria potestad, a su suspensión por causas generalmente imputables a las personas que la ejercen, pero con posibilidad de recuperar su ejercicio y, por último, la pérdida de la patria potestad, también por causas generalmente imputables a las personas que tienen su ejercicio.

1.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE TERMINA ESTE DERECHO.-

Por lo que a este punto corresponde se puede decir que la patria potestad se extingue por causas naturales, como la muerte de quienes la ejercen o en su caso por la muerte de personas sobre quienes se tiene el ejercicio de la patria potestad.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en su parágrafo 443 establece que:

"La patria potestad se acaba:

- I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;
- II.- Con la emancipación derivada del matrimonio.

III.- Por la mayor edad del hijo.

De nuestra ley se desprende que las causas de extinción de la patria potestad son naturales, como ya lo dijimos, de manera que podemos citar como ejemplo el hecho de la muerte de las personas que la ejercen; al respecto debemos decir que nuestro Código Civil, únicamente se refiere a que la patria potestad se termina con la muerte de los padres, si no hay otra persona en quien recaiga dicho ejercicio, lo cual daría como resultado la institución jurídica de la tutela. Ahora bien, nuestra ley no establece en forma expresa que la patria potestad también se acaba con la muerte del hijo o descendiente en quien recae éste ejercicio, no obstante lo creemos innecesario, toda vez que no es posible, en el caso presente, y de acuerdo con los principios lógico-jurídicos; proyectar dicho ejercicio más allá de la vida del sujeto-objeto de esta institución.

Otra causa natural para que se extinga la patria potestad es la mayor edad del hijo, la cual lógicamente se da con el transcurso del tiempo.

Como única causa legal para que se termine la patria potestad, nuestra ley establece la emancipación derivada del matrimonio, es decir, por el hecho de que el hijo menor de dieciocho años contraiga nupcias.

2.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE SUSPENDE ESTE DERECHO.- La

suspensión en el ejercicio de la patria potestad es sencillamente la privación temporal de los derechos y prerrogativas que otorga esta institución jurídica, a quienes tienen su ejercicio.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, vigente en la actualidad, al reglamentar el punto que venimos estudiando en su numeral 447, consigna que:

"La patria potestad se suspende:

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

La naturaleza de las causas por las que se suspende la patria potestad son única y exclusivamente legales.

Es indudable que las dos primeras causas que establece nuestro Código Civil para la suspensión de la patria potestad son con motivo de que no es posible cumplir con las importantísimas y delicadas tareas que impone esta institución si la persona o personas que ejercen la patria potestad se encuentran incapacitadas para su desempeño o, en su caso, se encuentren ausentes, razones por las cuales el legislador consideró atinadamente que debía suspenderse a las personas que se encontraran en estas circunstancias, el

ejercicio de la patria potestad, para que de esta manera la ejerciera la persona que conforme a este mismo Código estuviese llamada a ejercerla, evitando así las consecuencias negativas que pudieran sucederse, en relación a la persona y bienes de los hijos, otorgando oportunidad de recuperar su ejercicio cuando desaparecan las causas que la motivaron y sobre todo no implicando la pérdida absoluta de la patria potestad.

Al introducirnos al estudio de la fracción tercera del artículo 447, la cual establece que la patria potestad se suspenderá por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión, encontramos que la ley no es clara, toda vez que únicamente habla de sentencia en un sentido bastante general sin hacer especial mención a la sentencia de referencia, sin embargo, debe entenderse que será cualquier tipo de sentencia vigente en materia penal y para el caso podemos citar como ejemplo la situación en que los padres cometan delitos que impliquen la privación de la libertad por más de dos años, con lo cual éstos no estarían en posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones propias de la institución que estudiamos y se caería exactamente en lo previsto por las fracciones primera y segunda del precepto que venimos analizando, acorde con lo establecido por el artículo 267 fracción XIV, aquí debemos decir que aún cuando la pena sea menor de dos años, pero que implique necesariamente la pérdida de la libertad de las personas que ejercen la patria potestad, debiendo cumplir con la pena impuesta, es necesaria también la suspensión en el ejercicio

de la patria potestad.

Ahora bien, la suspensión en el ejercicio de la patria potestad también se da para los casos de divorcio necesario, y nuestro Código Civil al reglamentar la pérdida de la patria potestad en su precepto 443 fracción tercera, nos remite a su vez al numeral 283 en relación con el 267.

El artículo 283 al consignar las reglas para fijar la situación en que quedarán los hijos para el caso de divorcio, establece en su regla segunda, lo siguiente: "Cuando la cause de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII, y XVI del artículo 267, los hijos quedaran bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueran culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entre tanto, los hijos quedaran bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, si no hay quien la ejerza se les nombrará tutor".

Vemos que el artículo 283 habla expresamente de recuperación, es decir, que se debe entender que hay suspensión, ya que únicamente en éstos casos es cuando se origina la recuperación. Al consignar el precepto que venimos analizando en su párrafo segundo la suspensión se dará precisamente cuando las causas del divor

cio sean las siguientes: "La separación del hogar conyugal origina da por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se pro longa por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable de manda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se ne cesita, para que se haga, que proceda la declaración de ausencia; la sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164, siempre que no puedan hacerse 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 bienes del otro un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión".

Para todas estas causas de divorcio lo único que se da con tra el cónyuge culpable en relación con los hijos es la suspensión en el ejercicio de la patria potestad, con la posibilidad de recupe rarla de acuerdo con las reglas establecidas por el artículo 283; como pueden ser el hecho de la muerte del cónyuge inocente y para el caso de que los dos resulten cónyuges culpables, a la muerte de uno de éstos, el otro recuperará el ejercicio de la patria potestad.

En la circunstancia de que los padres sean declarados cón yuges culpables, lo cual trae como consecuencia la suspensión de la

patria potestad, la ejercerá el ascendiente llamado por la ley a hacerlo y en caso de no haberlo se le nombrará tutor para que proteja los intereses y persona de los menores.

Para terminar con este punto debemos decir que es aplicable por analogía el numeral 285, para el caso de la suspensión, el cual establece que: "El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos"; de la misma manera que los tribunales deberán dictar medidas precautorias para proteger los intereses de los hijos, en tanto no se provea en forma definitiva sobre la patria potestad o la tutela, lo cual deberá ser a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, acorde a lo establecido por el párrafo 284.

3.- ANALISIS DE LAS CAUSAS POR LAS QUE SE PIERDE LA PATRIA POTES TAD.- Las causas por las cuales se pierde el ejercicio de la patria potestad, se pueden clasificar en tres grupos diferentes que son: de carácter delictivo, de carácter culposo y, por último, de carácter casual.

Ahora bien, de manera general podemos decir que las causas de pérdida de la patria potestad de carácter delictivo, es decir que sobrevienen por la comisión de delitos en que incurre quien tiene el ejercicio de la misma; son de tal naturaleza que le incapacita no sólo formalmente sino también desde el punto de vista moral, para ejercer la institución que venimos estudiando, y po

Drifamos citar como ejemplos: cuando la persona que tiene el ejercicio de la patria potestad es condenada por corrupción del hijo, por ser un delincuente habitual, por corromper a otros menores aún cuando éstos no sean sus hijos y, también, cuando por sentencia condenatoria se le impone como pena la pérdida de la patria potestad.

Las causas de carácter culposas están constituidas por actos del padre o de la madre que implican negligencia descuido pero no delito pudiendo citarse como ejemplo, cuando éstos se conducen indebidamente en el cumplimiento de los deberes que impone esta institución tanto en el aspecto de la persona de los hijos como con respecto a los bienes propiedad de éstos, excediéndose en las correcciones o castigos, abandonándolos, no dándoles las atenciones debidas, por negligencia en la administración de los bienes propiedad de los hijos sujetos a la patria potestad.

Los motivos o causas no culposas, a los cuales llamamos casuales, podrían ser aquellos como el hecho de que la madre pasara a segundas nupcias, pues entonces pierde la patria potestad de acuerdo con el artículo 400 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 31 de Marzo de 1884, acorde con lo que establecía el artículo 268 de la Ley Sobre Relaciones Familiares del 9 de Abril de 1917. Es decir no hay delito ni culpa por parte del progenitor.

rios Federales de 1928 consigna en su numeral 444, que:

"La patria potestad se pierde:

I.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves;

II.- En los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283;

III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiere comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la Ley Penal;

IV.- Por la exposición que el padre o la madre hicieran de sus hijos o por que los dejen abandonados por más de seis meses"

El precepto antes transcrito, en su fracción primera establece genéricamente algunas de las causas por las cuales se pierde la patria potestad, pero no especifica en forma alguna los casos concretos, y así nos dice que se pierde la patria potestad cuando la persona que la ejerza sea condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando sea condenado dos o más veces por la comisión de delitos graves. Tampoco determina la naturaleza de la condena a que hace referencia en primer término creemos pues, que pudiera tratarse de materia civil, como en lo referente al divorcio necesario, o en materia penal, en la cual pocos son los casos previstos expre

samente por el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, vigente en la actualidad, como es lo concerniente al delito de corrupción de menores, previsto por el Título Octavo, Capítulo Segundo del cuerpo de leyes inmediatamente citado, en el cual en forma expresa preceptúa en su párrafo 203, como sanción para el corruptor, no solo la pérdida de la patria potestad sobre su menor hijo que ha corrompido, sino la pérdida también de ese mismo derecho sobre sus demás descendientes, añadiendo en el artículo siguiente que los delincuentes de que se trata quedarán inhabilitados para ser tutores o curadores. También se tiene como sanción la pérdida de la patria potestad, cuando el que la ejerce resulta culpable del delito de incesto, así como también pierde el derecho de heredar al ofendido, de acuerdo con lo previsto en el Título Décimo Quinto, Capítulo Primero artículo 266 bis párrafo segundo del Código que venimos analizando.

Los preceptos 294 y 295 del Código Penal en vigor, establecen que las lesiones inferidas por quienes ejerzan la patria potestad o tutela, en el ejercicio del derecho de corregir, no serán punibles, siempre y cuando estas lesiones estuvieran comprendidas en la primera parte del artículo 289 de éste mismo Código y, además, el padre o tutor no abusare de este derecho corrigiendo con crueldad, innecesaria frecuencia; en cualquier otro caso al delincuente se le impondrá la sanción correspondiente, además de privarle de la patria potestad, en virtud de la cual tiene el derecho de corrección.

De la misma manera se le priva de la patria potestad al ascendiente que abandona a sus hijos, siendo éstos incapaces de cuidarse a sí mismos y sobre los cuales tiene el ejercicio de la institución que estudiamos, toda vez de que tiene la obligación de cuidarlos; además se le privará del ejercicio de la patria potestad al que sin motivo justificado abandone a sus hijos ó a su cónyuge sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia, acorde con lo previsto por los artículos 335 y 336 del Código Penal que analizamos.

Igualmente, la patria potestad se pierde por el hecho de que el ascendiente exponga en una casa de expósitos a un menor o descendiente que esté bajo su potestad; la exposición del menor será suficiente para que las personas que tienen el ejercicio de ésta institución pierdan los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito; así lo establecen los preceptos 342 y 343 del Código Penal en vigor para el Distrito y Territorios Federales.

El artículo 444 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales establece en su fracción II que la patria potestad se pierde en los casos de divorcio, de acuerdo con lo previsto por el parágrafo 283 de éste mismo Código, precepto que no determina si se trata de extinción, suspensión o pérdida de la patria potestad, habiéndolo incluido en el presente inciso en virtud de que este precepto nos habla en principio de las causas por

las cuales se pierde el ejercicio de la patria potestad, estableciendo que la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos de acuerdo con las siguientes reglas: la.- Los hijos quedarán bajo la potestad del cónyuge no culpable, cuando la causa que origine el divorcio estuviere comprendida en las fracciones la,2a, 3a,4a,5a,8a,14a,15a del numeral 267 de éste mismo Código, es decir, que las causas del divorcio sean el adulterio 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 la mujer, no sólo cuando el marido lo 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 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; por último, los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido persistente de drogas, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyan un continuo motivo de desavenencia conyugal.

Si bien es cierto lo que manifestamos en principio con relación a la falta de exactitud del artículo 283 del Código Civil, el cual no especifica si se trata de extinción, suspensión ó pérdida de la patria potestad, nuestro Código Penal en vigor sufre en la mayor parte las deficiencias que existen en esta materia, al establecer en forma expresa cuándo existen como sanción la pérdida de la patria potestad, como ya lo vimos al estudiar el Código finalmente citado.

La fracción tercera del artículo 444 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, nos presenta tres causas distintas para la pérdida de la patria potestad, que son las siguientes: 1a.- Por las costumbres depravadas de los padres; 2a.- Por malos tratamientos inferidos por el titular de ésta institución en la persona sobre la cual tiene el ejercicio de la patria potestad; 3a.- Que los padres incumplan los deberes que impone ésta institución, como son los de proporcionar alimentos, educación, etc.; la finalidad perseguida por la ley al establecer estas causas es evitar fundamentalmente que se comprometa la salud, la seguridad o moralidad de los hijos, independientemente de que estas causas fueren sancionadas por la ley penal. Ahora bien, el carácter genérico con que se establecen estas causas es manifiesto, toda vez que no se especifica que se debe entender por costumbres depravadas, por malos tratamientos, así como tampoco que deberá entenderse por seguridad y moralidad de los hijos; concluimos pues que la determinación del significado de los conceptos

citados, queda única y exclusivamente a cargo del juez o tribunal que conozca el asunto.

La fracción IV del precepto a estudio establece dos causas más para que se pierda la patria potestad, éstas son: lo.- Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, y por dejar abandonados a los mismos por más de seis meses. Concordando éstas disposiciones con lo previsto por los artículos 335, 336, 342 y 343 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales; de acuerdo con éstos preceptos existen dos tipos de delito de exposición: el cometido por los tutores o ascendientes y el cometido por un tercero a quien se hubiere confiado un menor, este último caso es intrascendente para la materia que venimos estudiando. Por lo que respecta a la exposición hecha por los padres, tiene como sanción la pérdida de la patria potestad, --ya expresado--, así como la pérdida de los derechos que se tengan sobre las personas y bienes del expósito. El Maestro Gonzáles de la Vega en su obra Derecho Penal Mexicano critica la existencia de la sanción penal para el caso del delito de expósito, al afirmar textualmente que, "Al tratar en capítulo anterior los posibles substitutivos legales del delito de infanticidio (véase antes número 119), indicamos que debería favorecerse la institución de hospicios y casas de expósitos que, a pesar de sus defectos y de la educación desamorada que imprimen a los asilados, representan para el menor un refugio contra sus incumplidos ascendientes y que debería suprimirse la sanción penal para los ascendientes expositores. Es cierto que la pe

nalidad en este primer caso de exposición se limita a la pérdida de los derechos sobre la persona y bienes del expósito, pero esta sanción debería ser de naturaleza puramente civil a efecto de impedir la secuela de un proceso criminal contra los ascendientes, ante cuya amenaza muchas madres preferirán el aborto o el infanticidio cometidos ocultamente" (1).

- (1).- GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO. Derecho Penal Mexicano. Los Delitos; 8a. Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1966. pág. 143.

CAPITULO SEXTO

DE LA IRRENUNCIABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA
PATRIA POTESTAD Y SUS EXCEPCIONES.

CAPITULO SEXTO

DE LA IRRENUNCIABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD Y SUS EXCEPCIONES.

La mayoría de los estudiosos de la patria potestad generalmente admiten su irrenunciabilidad, por considerar que el poder paterno --patria potestad-- entraña fundamentalmente una función, al mismo tiempo que un derecho, un deber, una obligación; es lógico que la patria potestad tenga ésta característica, siendo la renuncia en todo caso, un incumplimiento en los deberes y prerrogativas que ésta misma institución impone.

Josserand considera que la patria potestad es una institución de orden público, expresando que: "La patria potestad constituye una de las bases de la familia y es parte integrante del estado de la persona, por lo que no podría ser ampliada ni reducida, por voluntad de los interesados y, sobre todo, no puede ser objeto de una abdicación por parte del padre" (1).

Antonio Cicu, coincide con el autor antes citado diciendo: "La naturaleza del Derecho Familiar que la patria potestad posee, de donde se deriva que está sustraída al poder privado de disposición; llamado el padre, por su calidad de tal, a la función de la patria potestad, no puede renunciar; debe ejercitarla" (2).

Concluimos pues, que la patria potestad es una institución de orden público y social, y que los derechos y prerrogativas que otorga, no pueden transformarse con los acuerdos a que lleguen sus titulares, los cuales sólo estarían encaminados a limitar o modificar la aplicación de las reglas que la constituyen.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en su artículo 448, coincide con la doctrina en general, al establecer que la patria potestad no es renunciable, pero va más allá en su segunda parte al determinar que las personas a quienes corresponda ejercer esta institución pueden excusarse cuando tengan sesenta años cumplidos o bien, cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente su desempeño, excepciones que más adelante estudiaremos.

A mayor abundamiento, también nuestra Jurisprudencia con cuerda con la doctrina al establecer que: "Los derechos que derivan de la patria potestad no son renunciables, pues las disposiciones legales que las rigen son de indiscutible interés público de acuerdo con lo que previene el artículo Octavo del Código Civil.

Sexta época, cuarta parte: Vol. LXVII, n.º. 110. 8824/61. Rodolfo Martínez Ramírez.- unanimidad de cuatro votos. (3).

Ahora bien el artículo 8o. del Código Civil establece que: "Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibiti

vas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario".

Vemos que la redacción de este precepto puede presentar ciertas dificultades en su aplicación con la expresión "interés público", el legislador debe referirse necesariamente al orden público establecido, o bien al interés social.

EXCEPCIONES.- Las excepciones existentes en lo que respecta a la irrenunciabilidad en el ejercicio de la patria potestad son: la vejez, o el mal estado habitual de salud de los titulares de esta institución; excepciones que son consecuencia de la naturaleza jurídica de la patria potestad, ya que la renuncia no implicaría otra cosa que el incumplimiento, situación que la ley trata de evitar, para alcanzar los fines que la patria potestad persigue, y no se cumpliría con este propósito si se obligara a seguir en el ejercicio de la patria potestad a personas que por su edad avanzada o mala salud habitual, no cumplirían con las obligaciones que impone esta institución; ahora bien, nuestro Código Civil en la segunda parte del artículo 448, no nos habla en ningún momento de que las personas que tienen el ejercicio de la patria potestad pueden renunciar por las causas que anotamos, sino que el término que utiliza es el de "excusa" ya que se trata efectivamente de esto, siendo necesario que las causas que genera la excusa de referencia estén debidamente encuadradas dentro de lo que este precepto señala, así como también debidamente probadas o justificadas.

Este mismo precepto tampoco nos habla de qué es lo que deberá hacerse en los casos de excusa señalados, pero es lógico que el ejercicio de la patria potestad recaerá en las personas que enumera en el artículo 414 de éste mismo Código, para que sustituyan en el ejercicio a la persona que se excusa si las hubiere o, en otro caso, deberá abrirse la tutela.

Contrariamente a lo expuesto por la doctrina, la Jurisprudencia y nuestro Código Civil en vigor, el artículo 343 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales permite una renuncia tácita al expresar: "Los ascendientes o tutores que entreguen en una casa de expósitos a un niño que esté bajo su potestad, perderán por ese solo hecho los derechos que tengan sobre la persona y bienes del expósito". No es explicable en manera alguna lo dispuesto por este precepto, toda vez que de ninguna manera es posible renunciar al ejercicio de la patria potestad, ya que como se dijo anteriormente esto implica su incumplimiento y con lo preceptuado en el párrafo que analizamos se da origen a la renuncia y en consecuencia al incumplimiento de los derechos y deberes que importan la patria potestad, y la sanción impuesta por este mismo precepto coincide con el fin que persiguen los ascendientes o tutores para evitar los cargos de esta institución.

- (1).- CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA. La Patria Potestad, Edit. Revis
ta de Derecho Privado. Madrid, España. 1960. pág. 35.
- (2).- CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA. Op. cit. pág. 36.
- (3).- Apéndice de Jurisprudencia del Semanario Judicial de la Fe
deración.- Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación.- de los fallos pronunciados en los años de
1917 a 1965. Cuarta Parte. Tercera Sala. Imprenta Murguía,
S.A. México, 1965. pág. 624.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- En el Derecho Romano la patria potestad se manifiesta como un poder irrestricto por parte de quien la ejerce, que incluso podía incluir el derecho de vida y muerte (Ius Vitae Nacisque). Más tarde, particularmente debido a la influencia del Cristianismo, la patria potestad se suaviza asemejándose su concepción a la actual.

SEGUNDA.- Dentro del Derecho Azteca el ejercicio de la patria potestad estaba conferido al padre, e incluía amplios poderes incluso de orden disciplinario, pero sin abarcar la disposición de la vida. Los Códigos Civiles de 1870 y 1884 para el Distrito y Territorios Federales, así como la Ley Sobre Relaciones Familiares regulaban la patria potestad de manera análoga que el Código vigente, pero afirmando la autoridad de la línea masculina.

TERCERA.- La naturaleza jurídica de la patria potestad es compleja y para determinarla debemos tomar en consideración sus dos aspectos: el externo y el interno. Desde el punto de vista externo la patria potestad se presenta como derecho subjetivo (válido erga omnes) que confiere a su titular el derecho exclusivo de llevar a cabo la función a que se contrae el aspecto interno. Internamente la patria potestad debe entenderse como un conjunto de poderes-deberes que son un medio para que los ascendientes realicen las funciones propias de la institución, tales como educar, proporcionar ali

mentos, etc.

CUARTA.- Es la patria potestad una de las instituciones del Derecho de Familia donde se manifiesta con mayor claridad la interpenetración entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pues incluso algunos autores afirman que más pertenece al primero que al segundo. A nuestro entender esta afirmación es básicamente cierta, pues resulta obvio el interés del Estado en la educación, salud y en general cuando concierne a sus futuros ciudadanos.

QUINTA.- Dentro del Derecho Positivo Mexicano la patria potestad se presenta como un poder-deber, pues al mismo tiempo que confiere derechos al titular tales como el de corrección (Art. 423) representación (Art. 425), usufructo (Art. 430), etc., impone también deberes como el de educar (Art. 422), alimentar (Art. 303), etc.

SEXTA.- La ley confiere a quienes ejercen la patria potestad la facultad de administrar los bienes del sujeto a ella, pero la realización de actos de dominio queda sujeta a la autorización judicial.

SEPTIMA.- Nuestro vigente Código Civil para el Distrito y Territorios Federales reglamenta de manera sistemática y bastante cuidadosa todo lo concerniente a la patriapotestad. No establece sin embargo, "las medidas necesarias" para impedir que por la mala admi

nistración de los bienes del hijo, se derrochen o disminuyan. Por lo que respecta a la enajenación de los bienes propiedad del menor, en la práctica judicial se concede autorización sin que en ningún momento lleguen a probarse la absoluta necesidad o la evidente utilidad de la enajenación, conforme lo establecen los artículos 436 y 916 de los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, respectivamente, motivando por esta circunstancia que con frecuencia los bienes propiedad de los sujetos a la patria potestad se derrochen o dilapiden. Se propone concretamente que nuestro legislador reglamente de manera más estricta lo concerniente a esta situación.

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

BARROSO FIGUEROA JOSE LIC.- apuntes tomados de la cátedra de Derecho Civil primer curso.- impartida por el autor; Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.- México, 1965.

BONNECASE JULIAN.- Elementos de Derecho Civil.- Edit. José M. Cajica Jr.- Edición Primera.- México, 1964.

BONFANTE PEDRO.- Instituciones de Derecho Romano.- Edit. Reus, S.A. Cuarta Edición.- Madrid, España. 1964.

CARRANCA Y TRUJILLO RAUL.- La Organización Social de los Antiguos Mexicanos.- Edit. Ediciones Botas.- México, 1966.

CASO ANTONIO.- Sociología.- Edit. Limusa Wiley.- Décima Sexta Edición.- México, 1971.

CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA.- La Patria Potestad.- Edit. Revista de Derecho Privado.- Primera Edición.- Madrid, España. 1960.

CICU ANTONIO.- El Derecho de Familia.- Edit. Ediar, S.A. Editores. Primera Edición.- Buenos Aires, Argentina. 1947.

CICU ANTONIO.- La Filiación.- Trad. Faustino Giménez y Jose Santa cruz Teigeiro.- Edit. Librería General de Victoriano Suárez.- Prime

ra Edición.- Madrid, España. 1930.

CLEMENTE DE DIEGO FELIPE.- Instituciones de Derecho Civil Español.
I. Madrid, España. 1930 T. II.

ENGELS FEDERICO.- El Origen de la Familia, La Propiedad Privada y
el Estado.- Edit. Progreso.- Cuarta Edición.- Moscú. 1891.

GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO.- Derecho Penal Mexicano. Los Delitos.
Octava Edición.- Edit. Porrúa, S.A. México. 1966.

GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones.- Edit.
José M. Cajica Jr., S.A.- Cuarta Edición, México. 1966.

KELSEN HANS.- Teoría Pura del Derecho (Introducción a la Ciencia
del Derecho), Edit. Universitaria de Buenos Aires, Argentina.- Pri
mera Edición.- Buenos Aires, Argentina. 1960.

KOHLER J.- El Derecho de los Aztecas.- Cía Editora Latino Americana.
Edición de la Revista Jurídica de la Escuela Libre de Derecho.- Mé
xico. 1924.

LOPEZ DE GOMARA FRANCISCO.- Historia de la Conquista de México,-
Edit. Robredo.- México. 1934. T. II.

MATEOS ALARCON MANUEL.- Código Civil del Distrito Federal.- Bibliote

ca de Derecho y Sociología. T. I. de las Personas, de los Bienes.-
Librería de la Vda. de Bouret.- México. 1904.

OROZCO Y BERRA.- T. I.- Historia Antigua de la Conquista de México.
Topografía de Gonzalo A. Esteva.- México. 1880.

ROGINA VILLEGAS RAFAEL.- Compendio de Derecho Civil.- T. I. Intro
ducción, Personas y Familia.- Sexta Edición. Edit. Porrúa, S.A. Mé
xico, 1917.

SANCHEZ ROMAN FELIPE.- Estudios de Derecho Civil.- Segunda Edición.
T. V, Vols. 10. y 20.- Madrid, España. 1898.

SHOM RODOLFO.- Derecho Privado Romano.- Prolog. Wenceslao Roces.-
Edit. Gráfica Panamericana, S. de R. L. Edición Primera.

SCHULZ FRITZ.- Derecho Romano Clásico.- Prolog. José Santa Cruz Tel
geiro.- Edit. Bosch.- Primera Edición.- Barcelona, España. 1960.

PLANIOL MARCEL.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Edit. José
M. Cajica Jr.- Edición Primera.- México, 1945.

VAILLANT GEORGE C.- La Civilización Azteca.- Edit. Fondo de Cultu
ra Económica.- México, 1944.

LEGISLACION