



Universidad Nacional Autónoma de México
FACULTAD DE DERECHO

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

T E S I S

**PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

**p r e s e n t a
JORGE ESTUDILLO AMADOR**

MEXICO, D. F.

FEBRERO DE 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 MADRE:

SRA. SOFIA AMADOR CALVO.

**Con infinito amor y cariño, como reconoci-
miento a su infatigable sacrificio por su en-
trega única y decisiva en mi formación pro-
fesional.**

A MI ABUELITA:

SRA. ASUNCION CALVO VDA. DE AMADOR.

**Fortaleza de vuestro núcleo familiar , en cuya -
senectud se refleja la fatiga de su preocupación
maternal.**

A MI PADRE:

SR. SAMUEL ESTUDILLO HERNANDEZ.

Con respeto filial.

A MI HERMANO:

C. P. T. FRANCISCO MORAN AMADOR.

Con cariño fraternal, a su inestimable sacrificio y ayuda absoluta brindada durante el --- curso de mi vida.

A MI HERMANA:

LIC. SOFIA ESTUDILLO AMADOR.

En reconocimiento a su preocupación para fortalecer, aún más, nuestra comunión familiar. -
Esperanza que espero fructifique.

AL SEÑOR:

LIC. JORGE B. CORRAL GARAY.

En mérito a su ejemplo e infatigable labor profesional y entrega absoluta en busca de una mayor superación de nuestro quehacer político y social.

AL SEÑOR:

LIC. ALVARO URIBE SALAS.

Con mi reconocimiento sincero por su valiosa dirección en el desarrollo del presente trabajo.

A LOS SRS. LICS.

BENJAMIN MENDEZ ROMERO

Y

EDUARDO ROCHA GONZALEZ

Con estimación y eterna gratitud por haber forjado mi vida dentro de la esfera profesional, debido a los conocimientos que me han brindado.

A LA CIUDAD DE:

MATIAS ROMERO, OAXACA.

**Rincón Viejo, lugar donde florecieron
las primeras ilusiones de mi vida.**

**Entrañable provincia zapoteca, cuna -
de distinguidas y valiosas generacio-
nes profesionales.**

A SOCORRO:

**Por su impulso constante y defi-
nitivo, para la culminación de -
este trabajo.**

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

I N D I C E

Página

PROLOGO. 4

CAPITULO I

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA Y -
PATRIA POTESTAD.

Generalidades	7
A).- Capacidad de goce	8
B).- Capacidad de ejercicio	13
Clases de incapacidad	14
Grados de incapacidad de ejercicio	15
Diferencia entre patria potestad e incapacidad	16
Causas de incapacidad	18
Representación y Asistencia	20
Concepto de Persona	20

CAPITULO II

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA.

Patria Potestad	24
Definición de diversos autores	24
a).- Julián Bonnecase	24
b).- Marcel Planiol y Jorge Ripert	26
c).- Esteban Calva	26
d).- Manuel Mateos Alarcón	27
e).- Ricardo Couto	28
f).- Antonio Cicu	29
g).- Código Civil vigente	32
Definición de patria potestad	33
Tutela	34
Definición de diversos autores	36
a).- Julián Bonnecase	36
b).- Planiol y Ripert	37
c).- Esteban Calva	37
d).- Manuel Mateos Alarcón	38
e).- Ricardo Couto	39
f).- Eloy Escobar de la Riva	39

Página

Crítica a las anteriores definiciones anotadas	40
Definición de tutela	43

CAPITULO III**ESTRUCTURACION DE UN NUEVO DERECHO DE FAMILIA.**

I. - INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ESFERA FAMILIAR.	45
a). - Antonio Cicu	45
b). - Educación	49
c). - Subsistencia	52
Vivienda y Habitación	53
Asistencia y Socorro	54
Otras diversas subsistencias	55
Protección a la infancia y juventud	56
Represión educativa	58

EXTENSION DE LOS DERECHOS DE FAMILIA A VINCULOS NO REGULADOS POR EL CODIGO -- CIVIL.

Ante -Proyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales	60
Código del Menor	61
La patria potestad y la tutela legítima en nuestro Derecho	63

CAPITULO IV**CAUSAS DE SUSPENSION, TERMINACION Y - EXTINCCION DE LA PATRIA POTESTAD Y LA - TUTELA.**

Suspensión de la patria potestad	89
Pérdida de la patria potestad	90

Página

Extinción de la patria potestad	92
Formas de renunciar la patria potestad . Su excepción en nuestra Legislación vigente	93
Extinción de la tutela	94
CONCLUSIONES	96
BIBLIOGRAFIA	98

PROLOGO.

En la actualidad, una de las principales preocupaciones del Estado, es y debe ser, la de procurar mayor cuidado y atención a la infancia desprotegida, a la cual debe prestársele una ayuda inmediata -- tanto moral, como material, ya que de otra forma la labor de los Tribunales y Organizaciones Asistenciales para menores, continúa siendo estéril; debiendo colaborar la iniciativa privada, en virtud de que se trata del ejercicio de una función de interés público, en la que debe reflejarse la comunión social de todos y cada -- uno de los ciudadanos conscientes de esta responsabilidad, pues -- con ello, se logra que los menores faltos de patria potestad o tutela, no incurran en graves infracciones administrativas o realicen -- conductas ilícitas que traigan aparejada la delincuencia juvenil.

Nuestro humilde y sencillo trabajo, está guiado por el impulso -- proteccionista de que deben ser objeto los menores o las personas -- incapacitadas, ya sea física o mentalmente, como para poder -- disponer de sus propias acciones y voluntad.

Podemos decir, que tanto la patria potestad como la tutela, son -- instituciones que tienen mucho de común, puesto que las dos son de -- interés público y social, del que nadie puede eximirse sino por -- causa legítima; distinguiéndose ésta última de la primera, en que -- la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los -- que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad -- natural o legal para gobernarse por sí mismos y la patria potestad, se -- ejerce única y exclusivamente sobre la persona y bienes de los -- hijos, según lo establece el artículo 413 en relación con el 414 de -- nuestro Código Civil vigente, o sea, en primer término, por el -- padre y la madre, y subsidiariamente, por los abuelos paternos y -- maternos, respectivamente.

Nuestra Legislación, precisamente por su alto espíritu humanita-- rio, sentido social e interés público que otorga a estas dos insti-- tuciones materia del presente estudio, destaca como una de las -- mejor codificadas en el mundo y esto se ha venido haciendo reali-- dad constante, desde la época de la Revolución Mexicana a la fe-- cha, mediante la protección de que son objeto los pupilos o meno-- res incapacitados, tanto, como para poder valerse por sí mismos; -- estableciendo, además, principios de igualdad entre los hijos le-- gítimos y los naturales, por lo que respecta a la patria potestad.

Por otra parte, podemos decir que tanto la patria potestad, como la tutela, instituciones ambas de interés público, no pueden renunciarse; pero no obstante ello, sí se pueden excusar los llamados a ejercerla, como lo previene el artículo 448 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

En vista de lo anterior, únicamente me resta poner a la alta consideración de tan distinguido y honorable Jurado, este modesto -- trabajo.

• • •

CAPITULO I

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA Y PATRIA POTESTAD.

CONCEPTO DE CAPACIDAD JURIDICA Y PATRIA POTESTAD.

GENERALIDADES.

La idoneidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, corresponde por regla general, a toda persona y recibe el nombre de -- capacidad jurídica (1). Empero, puede ser restringida, entre --- otras, por razones de edad o estado de interdicción (2), esto es, la capacidad plena se adquiere hasta los dieciocho años cumplidos. La mujer casada necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de man-- dato (3); y tienen incapacidad natural y legal los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún - cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que sepan leer y escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes (4).

Todas las limitaciones, por extensas o intensas que sean, no llegan a aniquilar la capacidad jurídica ni destruyen la personalidad, pues algunas legislaciones anteriores admitían la esclavitud y la muerte civil, las cuales eran causas extintivas de la misma, de tal suerte que el esclavo se reputaba cosa y perdía por ende, todos sus dere-- chos, cesando ipso jure, su personalidad.

Para algunos autores el concepto de capacidad jurídica, que coincide con el de la personalidad, es también lo que se llama capacidad de obrar, que es la posibilidad que el individuo tiene para ejecutar actos jurídicos por sí mismo y también la de ejercitar esos dere-- chos. Pero si la capacidad jurídica, por regla general, no existe - más que en la existencia de la persona, la capacidad de obrar re-- quiere en cambio una efectiva capacidad de querer, que no todas - las personas poseen, pudiendo faltarle como ya vimos, por motivos de la minoría de edad, estado de interdicción, etc.. (5).

Todas estas nociones nos llevan de inmediato al concepto de capaci-- dad, que es la aptitud que una persona tiene para ser titular de -- cualquier derecho de familia o patrimonial y para ejecutar por sí - misma los derechos de que está investida.

(1) Código Civil de 1928, art. 22.

(2) *Ibid.*, art. 23.

(3) *Ibid.*, arts. 646 y 174.

(4) *Ib.*, art. 450

(5) R. de Ruggiero, "Instituciones de Derecho Civil" de las Per-- sonas". p. p. 243-244.

La capacidad jurídica según Mariano Aramburo en su obra "La - Capacidad Civil", 2da. Edición, pág. 7, es la facultad por la - - - - -
cual el hombre es sujeto de derecho, o lo que es lo mismo, la -
propiedad por cuya virtud el hombre puede exigir prestaciones, -
debiendo cumplir por lo tanto también con sus obligaciones.

La capacidad jurídica, lo mismo que la personalidad en que se -
basa, es una, idéntica, exactamente igual en todos los hombres,
sin que ni las condiciones especiales, ajenas a las diversas situa-
ciones en que pueden encontrarse, ni los preceptos de la ley posi-
tiva, puedan con justicia negar o desconocer lo que nos correspon-
de por la propia naturaleza.

En cuanto sujetos de derecho, todos los hombres son iguales, por
más que existan entre ellos diferencias originales por los caracte-
res peculiares de su individualidad respectiva; diferencias que -
no alteran ni modifican en manera alguna aquella igualdad esen-
cial, siendo ésta tan cierta y evidente que, supuestas las mismas
circunstancias e idéntica situación en uno y otro hombre, tendrán
ambos los mismos derechos y las mismas obligaciones.

Con este alcance generalizado, la capacidad es la expresión total
de la actividad jurídica de una persona, susceptible de descompo-
nerse en dos aspectos totalmente diferentes: la capacidad de go-
ce y la capacidad de ejercicio, los cuales son atributos constan-
tes y necesarios, impuestos por la ley algunas veces a toda perso-
na física.

A).- CAPACIDAD DE GOCE.

La capacidad de goce, atributo esencial e imprescindible de toda
persona, lleva intrínseca la aptitud de una persona para partici-
par en la vida jurídica por sí misma o por medio de un represen-
tante, a fin de obtener un beneficio o para soportar las que se -
deriven de una relación de derecho.

La capacidad de goce se equipara entonces con la personalidad -
pues no es posible concebir la noción de persona carente de capa-
cidad de goce; en cambio, sí es susceptible de ser restringida.

Julián Bonnetcase, en su obra "Elementos de Derecho Civil", nos
dice que "...La capacidad de goce es la aptitud de una persona -
para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de -
un representante, figurando en una situación jurídica o en una -

relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación. En una fórmula más breve ya reproducida, se dirá que la capacidad de goce es la aptitud de ser titular de un derecho".

La noción de capacidad de goce se identifica, pues, en el fondo con la noción de la personalidad. Estos términos son equivalentes, lo cual significa que no podemos concebir la noción de persona, si no se equipara con el concepto de capacidad de goce.

Como quiera que sea, si bien es cierto que la capacidad de goce de una persona nunca puede ser suprimida, también lo es que se le puede hacer sufrir restricciones; si se prefiere no -- existen incapacidades de goce general; pero, por el contrario, -- hay incapacidades de goce especiales, forzosamente muy limitadas en número, pues parece que atentan contra la esencia -- misma de la personalidad. "La capacidad de ejercicio se opone a la capacidad de goce y puede definirse como la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación, siempre por sí misma. -- Como hicimos tratándose de la capacidad de goce, podemos -- usar aquí la fórmula más breve y decir: que la capacidad de -- ejercicio es la aptitud de la persona para adquirir y para ejercer derechos por sí misma".

En nuestro derecho moderno encontramos el principio general de que todo hombre es persona, por lo cual podemos decir también que la capacidad de goce se atribuye desde antes de la existencia orgánica independiente del ser humano ya concebido, quedando por lo tanto, destruída su personalidad si no nace vivo y viable. Es así, cómo el embrión humano tiene personalidad jurídica antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho y -- estas son principalmente la de tener capacidad para heredar, recibir legados y donaciones, etc.

El Maestro Rafael Rojina Villegas en su obra Derecho Civil Mexicano, nos transcribe en una de sus citas, el principio que sostiene Roberto de Ruggiero, en el sentido de que: "...La doctrina romana de la capacidad se desenvolvía en torno al triple "status" de que la persona gozaba: el status libertatis, status civitatis y status familiae, de los cuales los dos primeros constituían condiciones esenciales de la capacidad jurídica y el último daba lugar a la distinción de personas sui juris y personas alieni

juris, determinando en los sometidos al poder ajeno una incapacidad en la esfera del derecho privado".

En relación con el derecho hereditario con respecto a la capacidad de goce que requiere nuestra Legislación, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1928, establece en su artículo 337, que para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo al Registro Civil. Faltando alguna de estas circunstancias, nunca ni nadie podrá entablar demanda sobre la paternidad, requiriéndose por lo tanto, que el ser concebido nazca vivo y, además, viable; -- pues en nuestro sistema jurídico, no basta que el ser concebido, al nacer, tenga un instante de vida, que respire como se exige en nuestro Código Civil, requiriendo implícitamente de los siguientes requisitos: que viva veinticuatro horas; que sea desprendido por lo tanto, del seno materno, o en su caso, debe presentarse vivo al Registro Civil dentro de las veinticuatro horas siguientes al de su nacimiento.

Por lo tanto, y faltando estos requisitos, encontramos que no hay personalidad jurídica alguna y la que se reconocía si naciera viable, queda negada ipso jure, dada esta consecuencia posterior, que opera como condición resolutoria en los tres casos de que nazca muerto, viva menos de veinticuatro horas, o no sea presentado vivo al Registro Civil.

Por último, podemos resumir que dentro de la capacidad de goce que pueden tener las personas, encontramos diferentes grados, según lo va estableciendo nuestra propia ley sustantiva y que son los siguientes:

- a). - El grado mínimo de capacidad de goce lo apreciamos desde el momento mismo en que el ser es concebido -- pero no nacido, con la única condición que regula el artículo 337 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Este concepto mínimo de capacidad de goce, permite por lo tanto, que el embrión humano adquiera derechos subjetivos patrimoniales, es decir, derecho a heredar, recibir legados, donaciones, etc., -- siendo también la base para determinar su condición jurídica de hijo legítimo o natural.
- b). - El segundo grado de capacidad de goce, se refiere a -- los menores, el cual se equipara a la misma capacidad que tienen los mayores de edad en pleno uso y goce de-

sus facultades mentales, empero, existen algunas restricciones de consideración :

1. - La que establece el artículo 148 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en el sentido de - que tanto el hombre, como la mujer, carecen de derecho - para celebrar matrimonio si no han cumplido dieciséis o -- catorce años, respectivamente.
2. - El artículo 390 del Ordenamiento antes mencionado, establece que únicamente los mayores de treinta años en pleno ejercicio de sus derechos y que no tengan descendientes, pueden adoptar a un menor, o a un incapacitado, aún cuando este sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga más - de diecisiete años que el adoptado y que la adopción sea benéfica para este último.
3. - Otra restricción la encontramos al señalar nuestro Código, que solamente el mayor de edad puede ser tutor.
4. - El derecho para poder legitimar a un hijo, se adquiere a la edad de catorce y dieciséis años en la mujer y en el hombre, respectivamente, así como también el derecho o posibilidad de poderse atribuir la paternidad o maternidad que - solo se puede imputar dentro de la edad antes mencionada --- para ambas personas.
5. - El artículo 1306 en su fracción I del Código Civil vigente, establece que están incapacitados para testar, los menores que no han cumplido dieciséis años de edad, ya se trate - de hombre o mujer.
6. - Asimismo, y por último, encontramos que los derechos políticos, se adquieren a los dieciocho años si no se es casado y a los dieciséis si lo es.
- c). - El tercer grado de la capacidad de goce que estamos analizando, se encuentra representado, a contrario sensu, - por los mayores de edad.

Dentro de este grupo debemos hacer las siguientes distinciones :

1. - Mayores en pleno uso y goce de sus facultades mentales.
2. - Mayores sujetos a estado de interdicción por locura, idiotismo, imbecilidad o uso constante de drogas enervantes.

Todas estas formas que perturban la inteligencia, no afectan la capacidad de goce desde el punto de vista patrimonial, es decir, no impiden al sujeto ser titular de derechos y obligaciones de carácter pecuniario; pero evidentemente que sí afectan la capacidad de goce en cuanto a las relaciones familiares, sobre todo y en lo que más nos interesa, para el ejercicio de la patria potestad, pues con ello no se tiene la aptitud necesaria para ejercitar este derecho, en virtud de que el mayor de edad se encuentra privado de inteligencia o de sus facultades mentales, por lo cual no puede desempeñar las funciones --- tanto educativas, como de representación, inherentes a la patria potestad o tutela, respectivamente.

Dentro de esta clasificación, encontramos también algunas -- restricciones, tales como:

1. - La más importante es la que se refiere a los Nacionales y Extranjeros, pues aún cuando en el Derecho Moderno ya no se conservan frente al extranjero restricciones notables, todavía la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como algunas Constituciones y Códigos Civiles de los Estados, imponen limitaciones en cuanto a la capacidad de goce para adquirir bienes --- inmuebles, sobre todo en la zona prohibida de cien kilómetros en las fronteras y cincuenta en las playas; fuera de esta zona, los extranjeros pueden adquirir bienes inmuebles o derechos reales inmobiliarios, previo permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores y bajo protesta de no invocar la protección de su Gobierno.
2. - Otra restricción que encontramos dentro de la capacidad de goce, generalmente en los mayores de edad, es la que se relaciona al estado matrimonial, ya que los cónyuges entre sí, no pueden celebrar contratos sin autorización judicial; empero, la mujer sí puede ser fiadora de su -- marido para que éste obtenga su libertad en materia penal, todo ello de acuerdo con lo que establecen los ar---

títulos 174 y 175 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

Por lo anterior, podemos decir que no existen incapacidades de goce generales, pero sí las hay especiales, aunque en número escaso, pues dan la idea de atentar contra la esencia de la personalidad.

Como ejemplo de incapacidades de goce, basadas como debe ser, en la naturaleza de las cosas, tenemos las disposiciones legales que imponen la obligación de haber cumplido con determinada edad para contraer matrimonio (6) , o para adoptar hijos (7) , actos que no puede ejercitar una persona ni por sí, ni por medio de representante, hasta en tanto no cumpla la edad que indica la ley.

B) .- CAPACIDAD DE EJERCICIO.

La capacidad de ejercicio, podemos definirla como la aptitud que tiene una persona para participar por su propio derecho en la vida jurídica, interviniendo en una situación o relación de jure, pero siempre por sí misma.

Esta capacidad supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los Tribunales, — por lo cual, la incapacidad de ejercicio impide al sujeto hacer valer sus derechos, celebrar en nombre propio actos jurídicos, contraer y cumplir sus obligaciones o ejercitar sus acciones; de ahí la necesidad de que un representante legal, sea quien haga valer precisamente esos derechos o acciones, o se obligue y cumpla por el incapaz.

Aquí encontramos el concepto de representación legal, como una institución auxiliar de la capacidad de ejercicio.

- (6) M. Planiol y J. Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil", p.p. 269-270.
- (7) M. Planiol y J. Ripert, Ob. cit. p. 270.

La capacidad de ejercicio es completamente distinta a la capacidad de goce y en tanto que el legislador debe ser prudente para no menoscabar ésta última, so pena de desconocer la esencia de la personalidad, puede afectar con entera libertad la capacidad de ejercicio, ya que aquella capacidad fué establecida con el fin de proteger a la persona que no ha alcanzado su plenitud jurídica y por tal motivo se denomina -- incapaz.

CLASES DE INCAPACIDAD.

Casi todas las incapacidades establecidas en el derecho, tienen por objeto proteger a la persona y bienes del incapacitado y -- se han establecido en su propio interés, impidiéndole cometer actos que le pueden ser perjudiciales, de tal suerte que -- las sanciones de esas incapacidades no recaen en detrimento del incapaz, sino en el de terceros, por lo que la organización de las nulidades y de la responsabilidad en esta materia, -- está enteramente orientada hacia la salvaguarda del propio -- incapaz (8) .

La incapacidad puede ser : natural y arbitraria o legal. La -- primera, como su nombre lo indica, está en la naturaleza -- misma del incapacitado; la segunda, es obra de la ley, como por ejemplo, la de los que sufren condena penal, la de los -- pródigos, etc., que en nuestro derecho se encuentra reglamentada en los Códigos Civiles de 1870 y 1928, así como de -- las mujeres casadas.

La causa en las incapacidades arbitrarias es puramente jurídica, teniendo su fuente principal en el matrimonio o en una sentencia; en cambio, en las incapacidades naturales como en la del menor o enfermo mental, la ley no hace sino sancionar un estado de cosas que existe de antemano y por sí mismo. La incapacidad legal cubre entonces por completo a la incapacidad natural.

Cuando las personas no están en estado de proceder por sí -- mismas, la ley, independientemente de calificarlas de inca--

(8) M. Planiol y J. Ripert, "Tratado Práctico de Derecho Civil", p.p. 29-270.

pacitadas, las coloca bajo la potestad de otra persona, sur--
giendo entonces las instituciones de LA PATRIA POTESTAD
Y LA TUTELA.

GRADOS DE INCAPACIDAD DE EJERCICIO.

Dentro de la incapacidad de ejercicio, podemos distinguir di-
ferentes grados, que son:

- a). - El primero es el que se refiere al ser concebido, -
pero no nacido, en el cual necesariamente existe -
la representación de la madre y en su caso también
la del padre.
- b). - El segundo grado de la incapacidad de ejercicio, se
origina desde el nacimiento hasta la emancipación, -
pues para estos menores de edad, existe incapaci-
dad natural y legal, advirtiéndose que esta incapa-
cidad es total, en virtud de que los menores no --
emancipados no pueden ejercitar sus derechos o la-
cer valer sus acciones, necesitando por lo tanto, -
de un representante para poder contratar, compare-
cer en juicio, etc.
- c). - El tercer grado de incapacidad de ejercicio, corres-
ponde a los menores emancipados en donde existe --
únicamente incapacidad parcial de ejercicio para --
comparecer en juicio, pues para ello es necesario -
que se le designe un tutor, pues el artículo 643 de --
nuestro Código Civil vigente, al respecto nos dice -
lo siguiente:

"Art. 643. - El emancipado tiene la libre administración de -
sus bienes, pero siempre necesita durante su menor edad:

- I. - Del consentimiento del que lo emancipó para contraer ma-
trimonio antes de llegar a la mayoría de edad. Si el que otorgó
la emancipación ejercía la patria potestad y ha muerto, o
está incapacitado legalmente al tiempo en que el emanci-
pado intente casarse, necesita éste del consentimiento del--
ascendiente a quien corresponda darlo, y en su defecto, al
del Juez.

II. - De la autorización judicial para la enajenación, gravámen o hipoteca de bienes raíces.

III. - De un tutor para los negocios judiciales."

Del estudio y análisis del artículo anterior, podemos concluir - que la fracción segunda regula una situación especial, en la - cual el Juez cumple con la función representativa que normal- mente corresponde a los que ejercen la patria potestad o al - tutor.

d). - El cuarto grado se refiere a los mayores de edad privados de inteligencia, es decir, sujetos a estado de interdicción, siendo en estas personas generalmente total dicha incapaci- dad.

Nuestra ley considera que existiendo la capacidad de goce, debe existir como consecuencia de ello, la capacidad de ejercicio, - con excepción de los menores de edad y para los que están suje- tos a estado de interdicción, según lo establece el artículo 1798 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federa- les que dice: "Son hábiles para contratar todas las personas no- exceptuadas por la ley", de lo cual podemos deducir que la in- capacidad como excepción, debe estar expresamente declarada- en la ley y nunca debe ser impuesta por un contrato que se ce- lebre entre particulares.

DIFERENCIA ENTRE PATRIA POTESTAD E INCAPACIDAD.

La diferencia que existe entre potestad e incapacidad, estriba - esencialmente en que la primera recae sobre la persona misma del incapacitado sus bienes, quedando sometida al cuidado, - - guarda y dirección de un protector legal (§), y la segunda, se refiere exclusivamente al ejercicio jurídico de sus derechos.

Julián Bonnacase nos cita en su obra titulada "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", la siguien- te idea sustentada por Federico Portalis, precisamente uno de- los redactores del Código de Napoleón que data del año de 1804, el cual, a pesar de afirmar que la patria potestad venía a cons-

(§) M. Planiol y J. Ripert, Ob. cit. p. 270.

tituir una protección a favor del hijo, consagra además, el poder del padre, atribuyéndole en principio el ejercicio de distintos derechos, estableciendo no solo a su favor sino también y en su defecto, a favor de la madre, el derecho de usufructo legal compensado en parte por los deberes de cuidado y administración, que legalmente les pertenece en sus respectivos casos, relacionada con el trato e incapacidad de que era objeto — la persona en la antigüedad, afirmando que: "...Las personas son el principio y el fin del derecho; y las cosas nada significan para el derecho sin la utilidad que obtienen de ellas las personas..." (10), es decir, que el contenido substancial del derecho debe ser el respeto y la protección de la persona humana, — empero, la doctrina pura de la Revolución Francesa, desarrolló toda su teoría en relación con la protección y respeto del individuo.

Podemos decir que todas las reglas del Código de Napoleón, — el cual fué ejemplo para casi todas las legislaciones latinas que se inspiraron en sus principios, así como por la mayor parte — de las latinoamericanas, fueron establecidas en función de él, — pues estas son un reflejo del artículo segundo de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. En otras palabras, el derecho está elaborado para el hombre y no el hombre para el derecho, ya que necesitan o aquel por su constitución y naturaleza física de prerrogativas indispensables para existir y desarrollarse, de ninguna manera las reglas de derecho deben dejar de tomar en cuenta estos hechos básicos, debiendo pugnar por la protección del individuo y porque éste — encuentre un medio favorable para ejercer sus prerrogativas.

Todas estas directrices del Código de Napoleón, se dieron — precisamente, porque su objeto era luchar contra la opresión — de que había sido víctima el individuo en el antiguo derecho — (11) .

(10) F. Portalis, Discours de présentation du code civil — Discours Rapports, et travaux inédits sur le code civil, — citado por J. Bonnacæ en "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia", p. 86, — nota 6.

(11) J. Bonnacæ, Ob. cit. p.p. 86-87.

Por lo anterior, podemos decir que la corriente de ideas — jurídicas, queda completamente justificada en la primera — década del Siglo XIX. Ahora, a ciento cincuenta años de — distancia, carece por completo de actualidad, por ello pen— samos que las ideas deben orientarse hacia una nueva con— cepción del derecho, basada en el respeto a la dignidad de — la persona humana, siempre en función de la colectividad, — teniendo como común denominador de sus miembros ese pro— pio respeto (12) .

La noción de capacidad de las personas, se encuentra regi— da en primer término, por la de persona y en segundo, por la de derechos familiares y patrimoniales, como ya lo he— mos anotado con anterioridad.

CAUSAS DE INCAPACIDAD.

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

Las causas de incapacidad pueden agruparse en tres catego— rías, de acuerdo con los motivos que las originen y que el — legislador toma en consideración, siendo las siguientes

- a). - Una primera causa está constituida por la idea de proteger a la persona por la mino— ría de edad, estado de interdicción o im— becilidad.
- b). - La segunda tiene como base la idea de pro— tección a incapacidades accesorias y conde— nas penales. -
- c). - La tercera causa está fincada en la idea de — la organización familiar, sobre todo cuando se refiere a la incapacidad de la mujer ca— sada, lo cual tiende, cada vez más, a esfu— marse del derecho (13) .

(12) J. Bonnescæ, Ob. cit. p.p. 86-87.

(13) J. Bonnescæ, Elementos de Derecho Civil, p.p. 375-380.

De acuerdo con el desarrollo de nuestro trabajo y la descripción anterior, podemos decir que la primera de las causas -- señaladas, es la más importante, pues la consideración de la edad como móvil para decidir o no la participación del individuo, tanto dentro de la vida social, como en la jurídica, es fundamental para el desarrollo de este modesto trabajo, y -- es precisamente la idea de que no siendo capaz, carece de la posibilidad de orientarse directa y efectivamente en esos dos ámbitos, la que ha originado la institución de la minoridad -- que debiera tener como principal objeto, proteger a la persona contra su propia inexperiencia y natural deficiente discernimiento para conducirse respecto de sí misma, dándole la -- orientación adecuada, sin abandonarlo, pero no concediéndole la categoría de mayor interés a tutelar, como ha acontecido en la nuestra y otras legislaciones.

La incapacidad de ejercicio que se origina en cualesquiera de las tres causas ya indicadas, puede tener una extensión variable, lo que nos hace distinguir, por una parte, la incapacidad general, y por la otra, la incapacidad especial.

La incapacidad general, en cambio, consiste en la prohibición absoluta que tiene el individuo de participar libremente y por sí en los derechos y obligaciones de su vida jurídica. -- Ejemplos de esta incapacidad los tenemos en el menor emancipado y en la persona sujeta a estado de interdicción.

La incapacidad especial trae aparejada la imposibilidad jurídica de las personas a quienes afecta, de ejecutar válidamente por sí mismas, los actos previamente determinados -- por el legislador. Ejemplos de incapacidades especiales -- son : la de la mujer casada, que necesita autorización judicial para contratar con su marido, excepto cuando el contrato que celebre sea el de mandato, o para constituirse en sufiadora u obligarse solidariamente con él en asuntos que sean de su interés exclusivo (14) ; y la del menor emancipado, -- que no puede efectuar por sí solo los actos a que se refiere -- el artículo 643 del Código Civil vigente.

La incapacidad de ejercicio y las incapacidades que de ella -- derivan, le han creado al legislador el problema de determinar qué organismo debe suplirlas, a fin de que las personas --

(14) Código Civil de 1928, art. 647.

afectadas por ellas puedan hacer valer los derechos a que son acreedoras en virtud de su capacidad de goce. Dos son las nociones creadas para este objeto: la representación y la asistencia, que se adaptan a cada caso particular.

REPRESENTACION Y ASISTENCIA.

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

La representación tiene lugar cuando la persona es un incapacitado que carece de la inteligencia o del discernimiento necesario para orientar sus actividades, ejercitar sus derechos y asumir sus obligaciones. En otros casos de incapacidad se recurre a la asistencia, la cual tiene lugar cuando el incapaz puede obrar por sí mismo, pero con la colaboración y bajo el control de otra persona o de un organismo especial que se encargue de su cuidado y protección.

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

CONCEPTO DE PERSONA.

Podemos definir a la persona o sujeto de derechos y obligaciones, como todo ser susceptible de beneficiarse con las disposiciones de derecho o de una institución jurídica, así como de —

sufrir también eficazmente su coacción y de cumplir sus mandamientos (15) .

Para tener una idea exacta de la capacidad, es necesario relacionar la noción de personalidad con la de derechos familiares y patrimoniales.

Por lo que hemos esbozado anteriormente, podemos decir que los individuos necesariamente se encuentran situados siempre dentro de la familia, o sea, de un núcleo familiar, que es la primera fase de su ciclo social que deviene de la naturaleza misma de las cosas, mientras alcanzan su plenitud y desarrollo, siendo aquí precisamente en donde se le comienza a cuidar, educar y proteger.

De lo anterior, podemos decir que la vida familiar se significa por la atribución que hace a sus miembros de una diversidad — de prerrogativas, las cuales corresponden a otras tantas obligaciones que constituyen los derechos de familia. Todos estos derechos tienen diferentes características: mientras unos son exclusivamente personales, como la patria potestad; otros tienen en mayor o menor grado un contenido patrimonial, como la obligación alimentaria que tienen los parientes hasta el cuarto grado (16), o el derecho de usufructo legal que tienen los padres respecto de los bienes de sus hijos (17) .

Si nos introducimos en el campo de la actividad estrictamente social de la persona, es decir, de las relaciones con sus semejantes, apartándonos un tanto del aspecto puro del derecho, surge de inmediato a nuestra consideración la idea de patrimonio que es todo aquello susceptible de ser valorado en dinero, idea que es símbolo y expresión de las acciones individuales y colectivas, obrando sobre los elementos del mundo circundante y sobre los bienes o servicios que tienen su origen en la acción de los demás individuos.

(15) J. Bonbecase "Elementos de Derecho Civil", p. 375.

(16) Código Civil de 1928, art. 14.

(17) Ib. art. 425.

Estamos ya en condiciones, después de las diferencias realizadas, de entrar al estudio de las dos instituciones que nos — interesan, LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.

CAPITULO II

CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD Y TUTELA.

PATRIA POTESTAD.

Desde el punto de vista etimológico, patria potestad significa poder o autoridad que los padres tienen sobre los hijos — menores de edad, aunque esta idea es completamente vaga y general jurídicamente hablando, toda vez que carece del fundamento legal de lo que es en realidad esta institución en el campo del derecho.

La patria potestad, según el concepto que de ella se tenía en Roma, era la facultad relativa al padre y probablemente fué ésta, la única patria potestad que realmente ha existido; pues aunque en el derecho moderno encontramos una institución — semejante que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones de los padres con los hijos, ya no entraña en realidad potestad de ninguna especie, pues se ha convertido en — un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos — que facilitan el cumplimiento de aquellas, cuya suma constituye una especie de sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad (18), según lo veremos más adelante.

Puede decirse que lo propio ha acontecido con la tutela, pues tanto de ésta como de la patria potestad, se han dado varias — y diversas definiciones por parte de nuestros modernos juristas, de las cuales examinaremos algunas de las de mayor importancia.

DEFINICION DE DIVERSOS AUTORES.

Por razón de método, principiaremos por analizar los conceptos y definiciones que nos aportan los siguientes autores — en relación con la patria potestad.

a). - JULIAN BONNECASE.

Jurista Francés, nos dice que en el sentido amplio del voca—

(18) Diccionario de Derecho Privado, p. 2935.

blo, la patria potestad "...Es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre; parcialmente, a los ascendientes, y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores, considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios" (19) .

La definición anterior, no la podemos aceptar, en virtud de que no se ciñe a la manera como nuestro derecho regula -- dicha institución. En efecto, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, dispone en su artículo 414 en -- relación con el 420, que los padres y los abuelos paternos y maternos, respectivamente, ejercerán la patria potestad -- sobre los hijos de matrimonio, o sea, en el orden de preferencia en que han sido mencionados y a falta de cualesquiera de dichas personas, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho, por su orden. En consecuencia, y dentro de nuestro Derecho Positivo Mexicano, la patria potestad no es ejercida parcialmente por los abuelos, ni tampoco hay terceros que tengan posibilidad de desempeñarla.

Como corolario, nos damos cuenta que esta noción es muy -- amplia y forma un contraste con la que ordinariamente dan -- todos los autores, como veremos más adelante cuando se -- refieren al padre y a la madre únicamente.

Podemos advertir, desde luego, que la hoy patria potestad -- no corresponde ya a la concepción antigua de considerarla -- como un conjunto de prerrogativas en favor de los padres; -- sino que es por el contrario, una obligación en el sentido verdadero del término, a cargo de los padres y en favor de los -- hijos, cuyo objeto es la asistencia y educación de estos.

Nótese igualmente, que la patria potestad está ligada a la noción de la minoría de edad. Ciertamente es que el artículo 371 del Código Civil Francés, declara que el hijo, cualquiera que -- sea su edad, debe consideración y respeto a sus padres; pero este concepto pertenece más a la moral que al propio -- derecho.

El fundamento jurídico de lo anterior, lo encontramos en el artículo 372 del Ordenamiento antes mencionado, que a la letra dice :

"ART. 372.- El menor permanece sometido a la autoridad de sus padres hasta su matrimonio o emancipación" .

Actualmente en el Derecho Positivo Francés, solo se habla -- de patria potestad cuando ambos padres viven y respecto de -- los hijos legítimos. Al morir uno de ellos, continúa subsis-- tiendo la patria potestad, pero disminuyen sus derechos, pa-- sando a coexistir por lo tanto con la tutela.

b).- MARCEL PLANIOL Y JORGE RIPERT.

Estos autores nos dicen que la patria potestad "...Es el conjunto de los derechos y de las facultades que la ley concede -- sobre la persona y los bienes de sus hijos menores..." (20). Esta definición tampoco se apega a la forma como nuestro de-- recho entiende a esta institución, ya que vimos también que a los abuelos es atribuido su ejercicio.

c).- ESTEBAN CALVA.

Jurista Mexicano que en el tercer cuarto del siglo pasado, hace suya la definición que nos da Planiol y Ripert, pero acertadamente agrega la distinción de que la patria potestad se ejerce sobre los hijos menores no emancipados.

Como reflejo de su época, apunta asimismo, que el poder paterno está fundado en la naturaleza que con sabiduría puso en el corazón de los padres amor infinito hacia sus vástagos, lo que los hace procurar toda su felicidad, defendiéndolos de los

(20) Marcel Planiol y Jorge Ripert, Tratado Práctico de -- Derecho Civil Francés, p. 312.

peligros y enseñándoles todas aquellas virtudes que pueden conducirlos al bienestar privado y al respeto público.

Cuán lejos nos encontramos ahora, en el tiempo y en el espacio, de esta actitud paternal descrita por dicho autor, --- quien señala además, que la patria potestad se ha reglamentado reconociendo en ella un elemento de orden en la familia, que a su vez sirve de garantía a la sociedad (21).

En la actualidad encontramos padres que no solamente abandonan tanto moral como económicamente a sus hijos, sino --- que ellos mismos los conducen por senderos totalmente --- equivocados dentro del campo educacional como patrimonio-familiar de los jóvenes, lo cual viene a dar como resultado un total distanciamiento entre padres e hijos y como consecuencia lógica, el desprendimiento y atención filial entre ambos, pues la sociedad en que vivimos, requiere que los padres respondan de esas obligaciones contraídas con motivo de la procreación.

d). - MANUEL MATEOS ALARCON.

Jurista Mexicano también, nos refiere en forma acuciosa, - que la patria potestad "...Es un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la ley, que da al padre y a la madre por un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de los hijos" (22).

Agrega Mateos Alarcón, que algunos autores consideran a patria potestad en un sentido muy lato, diciendo que "...Es el conjunto de derechos que la ley confiere a los ascendientes en sus relaciones con los descendientes" (23); pero en

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

(22) Manuel Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, T. 1. p. 272.

(23) Ibidem.

sentido estricto, manifiesta: "...Que es el derecho que --
 tienen los padres, es decir, el padre y la madre, de edu--
 car a sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes" ---
 (24) .

De los conceptos anteriores, podemos deducir que este au--
 tor considera que la patria potestad atribuye el ejercicio de
 los siguientes derechos :

- a). - El de educar a los hijos.
- b). - El de vigilarles y corregirles.
- c). - El de administrar sus bienes.

Por lo anterior, podemos decir que Mateos Alarcón glosa, -
 o cuando menos, trata de glosar los Códigos Civiles de 1870
 y 1874, que son trasuntos del Código de Napoleón, por lo --
 cual encontramos que en las definiciones que apunta en su -
 obra, campea la influencia filosófica de este cuerpo de le---
 yes.

e). - RICARDO COUTO.

Autor Mexicano, afirma que la patria potestad no es un con--
 junto de derechos ilimitados de los padres sobre los hijos y -
 ni siquiera un conjunto de derechos y deberes recíprocos; --
 sino que está constituida por un conjunto de relaciones que -
 son un conflicto de obligaciones, que por el hecho mismo de
 la generación, tienen los padres respecto de los hijos que --
 han engendrado.

Es verdad que los padres ejercen determinadas facultades --
 sobre los hijos, pero que estas no son propiamente sino me--
 dios que la ley otorga a los padres para cumplir con los de--

beres que la naturaleza misma les ha impuesto (25) .

El criterio antes dicho, nos da la norma para interpretar las disposiciones sobre la materia objeto del presente — trabajo, cuando de su aplicación resultan conflictos entre el poder del padre y los derechos del hijo, ya que si consideramos la patria potestad en la forma precitada, es — evidente que todo conflicto surja entre quien la ejerce y — el hijo sometido a ella, debe interpretarse a favor de este último.

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

f). - ANTONIO CICU.

Afirma que en la patria potestad la relación entre padre e hijo, se apoya en el concepto del deber, lo cual reconoce la doctrina cuando indica que el derecho de patria potestad se basa sobre el deber (26) ; que el deber es aquella -- causa principal y el derecho no existe más que en razón - del deber (27) ; que en la patria potestad del poder está atribuido como consecuencia de un deber jurídico que ---- existe de antemano; que es la manera idónea de cumplir - obligaciones, la cual constituye el verdadero fundamento - a la atribución de los derechos.

El deber a que se refiere la doctrina no tiene correspon-- dencia con un derecho ajeno a quien ejercita el deber, o -

(25) Ricardo Couto, Derecho Civil Mexicano, T. II. p. 295.

(26) Filomusi-Guelfis enciclop., 6a. ed. p. 417, cit. por A. Cicu, El Derecho de Familia, p. 128, nota 1.

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

lo que es lo mismo, a un derecho del hijo, sino por lo contrario, corresponde a un derecho del propio progenitor --- (28).

De lo contrario, se desprende que la doctrina está reconociendo la coincidencia en un solo titular de derecho y deber, que solo es posible por la preeminencia que en la relación tiene la finalidad frente a la voluntad, por lo que el imperativo jurídico debe plantearse de la siguiente manera: "Debes alcanzar este fin observando estas normas". La afirmación del deber resulta en esta forma originaria y fundamental y el derecho no es más que un medio para cumplir el deber (29).

Generalmente no se reconoce al hijo un derecho concomitante con el deber de su progenitor. La razón estriba en que el elemento constitutivo del derecho subjetivo, se considera un poder de voluntad, pues debemos entender como derecho desde el punto de vista subjetivo, la facultad derivada de una norma que toda persona tiene que hacer u omitir algo -- (30); y en esta relación el hijo no tiene capacidad para desarrollar ese poder de voluntad.

En cualquier otro caso se podría salvar la situación con solo transferir a un representante de dicho poder; pero el que nos ocupa no es posible hacerlo, aunque el progenitor es -- legítimo representante de su vástago, de donde se admite -- que el derecho correspondiente al deber del progenitor es -- derecho del Estado (31); pudiendo entonces afirmarse --- que en el derecho de la familia, todo derecho subjetivo, o bien, es poder de voluntad no referido a un interés propio -- del titular, o está sencillamente dirigido a actuar al cumplimiento del deber, o lo que es lo mismo, una mera acción.

(28) Endemann, Lehrbuch, 8o. 9o. Ed. II, p. 8, cit. por A. Cicu, op. cit. p. 129.

(29) Dusi, Filiazioni, p. 121, cit. por A. Cicu, op. cit. 129.

(30) Eduardo García Máynez, Introducción al Estudio del -- Derecho, p. 190.

(31) Antonio Cicu, El Derecho de Familia, p. 130.

El derecho de patria potestad no está fundado en un interés individual del progenitor, ya que éste se encuentra llamado a cuidar de un interés ajeno y si su poder no deriva de su propio interés, él mismo debe ser poder por sí mismo vinculado (32).

Bajo este aspecto la patria potestad no es libertad de querer, pero es, no obstante; potestad de querer, por lo cual no está referida a un interés individual de su titular, empero, tiene como fundamento otro interés: el familiar. Voluntad e interés de este tipo son elementos de los derechos --- subjetivos familiares de primera categoría en sentido y modo diverso de aquel en que lo son en el derecho privado ---- (33). En la relación entre padres e hijos, no encontramos voluntades e intereses opuestos, sino voluntades e intereses unitarios. No se dá en ella la antítesis de sujetos independientes, que es característica del derecho privado (34), - sino que su voluntad e interés, se encuentra vinculado al interés superior de la familia, que en última instancia es del Estado, encontrándose implícito uno de sus fines: el bien -- público temporal.

Consideramos que en la definición anterior, queda implícita la idea moderna que se tiene del concepto de patria potestad, de acuerdo con las ingerencias realizadas por Antonio Cicu que aquí estamos analizando brevemente, las cuales -- están apoyadas por la opinión de Juristas de la categoría de los que él mismo cita para fortalecer sus opiniones, quedando además, comprendido en dicha definición el espíritu de -- las normas que en nuestro Código Civil regulan esta Institución.

Podemos decir que la patria potestad en el Derecho Moderno, no solamente ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de adquirir la mayoría de edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado en forma tan radical, -

(32) Antonio Cicu, El Derecho de Familia, p. 130.

(33) Ibidem, p. 132.

(34) Ibid. p. 133.

que la transformó, de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido el beneficio del padre en una función tuitiva de carácter social y casi público, en beneficio de los menores, controlada por órganos y autoridades especiales, que aseguren y garanticen los derechos de los sujetos a patria potestad, respecto de sus personas y de los bienes que les pertenecen.

La patria potestad, por lo tanto, debe ser una institución en beneficio de los hijos, debiendo cooperar en su ejercicio el padre y la madre, pues según el propio Código Civil Alemán, es a ellos a quienes compete el derecho y el deber de cuidar de la persona del hijo, pero siempre tomando en consideración lo que establece el artículo 414 de nuestro Código Civil vigente.

La patria potestad se ejerce sobre la persona y bienes de los hijos menores de edad no emancipados, siempre y cuando exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley, debiendo honrar y respetar a sus ascendientes.

g).- CODIGO CIVIL VIGENTE.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, señala en sus artículos 414 al 420, a quienes corresponde el ejercicio de la patria potestad, los cuales tienen derechos y obligaciones en relación con las personas y bienes de los que se encuentran en tal situación, pues el hijo que esté bajo la patria potestad no podrá abandonar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de autoridad competente, ya que a los padres incumbe la obligación y el deber de educar a sus hijos convenientemente.

Para el Maestro Rafael De Pina en su Libro Derecho Civil Mexicano, nos dice que la patria potestad es el conjunto de facultades que suponen también deberes, conferidos a quienes la ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con el objeto de salvaguardarlos en la medida necesaria.

En la definición anterior, encontramos que se refiere a un conjunto de facultades, no así que haya también deberes, - sino que supone únicamente que pueda haberlos o nó.

Por lo que respecta a las definiciones que hemos recogido, estas han sido criticadas por emplear la expresión — "Patria Potestad", ya que la misma origina la falsa idea de que se ejercita únicamente por el padre, cuando en — verdad, corresponde al mismo tiempo al padre y a la madre; subsidiariamente a los ascendientes según lo establece el artículo 414 fracciones I, II y III de nuestro Código - Civil vigente, por esta razón, se ha propuesto llamarla — "Autoridad de los padres", vocablo que designaría con más exactitud según nuestra modesta opinión a la institución — que estamos analizando.

El derecho de los hijos solamente es reconocido en teoría, pues de hecho se encuentra sometido a la facultad discrecional de los padres, pues estos últimos son los que educan a los hijos con un poder absoluto y en ocasiones el menor se encuentra expuesto en el más completo abandono — tanto moral como económico, siendo por lo tanto, el Estado el que se entiende más tarde de su cuidado y educación. Al reclamar para el hijo la intervención del Estado, no — quiere dar a entender precisamente que éste ejerza sobre el menor esa autoridad absoluta que estamos disputando al padre, sino al contrario, el menor no puede pertenecer — nunca al Estado, como tampoco es propiedad de los que le — dieron la vida, pues en última instancia se pertenece a sí mismo.

Lo anterior equivale a llamar la atención de nuestros le--- gisladores sobre las reformas que sería conveniente introducir en nuestros Códigos y leyes vigentes, ya que moralmente podemos dirigir el mismo reproche a nuestra legislación, pues al respecto nuestro Código Civil no resuelve nada.

DEFINICION DE PATRIA POTESTAD.

Tomando como base algunos conceptos de las definiciones-

que hemos analizado anteriormente, podemos dar la siguiente :

PATRIA POTESTAD ES EL CONJUNTO DE DERECHOS Y OBLIGACIONES LEGALMENTE RECONOCIDOS, EN PRINCIPIO AL PADRE Y A LA MADRE CONJUNTAMENTE, EN TRATANDOSE DE HIJOS LEGITIMOS, O AQUEL DE LOS PROGENITORES QUE PRIMERO HUBIEREN RECONOCIDO AL HIJO NATURAL, O A AMBOS, CUANDO EL RECONOCIMIENTO FUERE SIMULTANEO; Y SUBSIDIARIAMENTE EN UNO Y OTRO CASO DE LOS ABUELOS PATERNOS Y MATERNOS, TANTO EN SUS PERSONAS COMO EN SUS PATRIMONIOS.

Por último, podemos decir que los padres que tienen al menor bajo su patria potestad, les incumbe la obligación de educarlo convenientemente, pues de lo contrario los Consejos Locales de Tutela, en el momento mismo de que tengan conocimiento de que dichas personas no cumplen con esa obligación, de inmediato lo harán del conocimiento del Ministerio Público para que éste actúe conforme a derecho.

Como corolario de lo anterior, podemos decir que la definición que hemos dejado anotada con respecto a lo que es la patria potestad, se apega estrictamente a lo que dispone el artículo 414 de nuestro Código Civil vigente, por lo que hace a las personas que ejercen la patria potestad sobre los menores sujetos a dicha institución.

TUTELA.

Se dice que la tutela es un poder otorgado por la ley a las personas jurídicamente capaces, para la protección y defensa de los menores de edad o incapacitados, o bien, según de Diego, es un oficio (cargo) civil, obligatorio y gratuito para la protección y defensa de la persona y bienes del incapacitado por minoría de edad, estado de interdicción o por otra causa.

La nota fundamental de la tutela, es el fin de protección --- puesto de relieve por su misma etimología (del latín ----- "tueor", defender, proteger), y que hace de ella la más -- importante institución de guardería legal, establecida para defender y prestar asistencia a los incapaces cuando les --- falta la patria potestad, por lo cual nos damos cuenta que es una institución subsidiaria de ésta última, diferenciándose - según de Diego, en que la patria potestad es de Derecho Natural, puesto que está directamente organizada por la natu- raleza y sancionada por el derecho positivo; en tanto que la tutela está directamente organizada por el derecho positivo- sobre la base del derecho natural.

La tutela ha evolucionado tanto o más que la patria potestad- en nuestro Derecho Moderno, en relación con la forma, orga- nización y modo de desempeñarse, no así por lo que se re- -- fiere al fondo o concepto general que se tiene de dicha insti- -- tución.

El concepto fundamental de la tutela como guarda y cuidado - de la persona y de los bienes de aquellos que no hallándose --- bajo la patria potestad no pueden valerse por sí mismos, se- mantiene en su integridad, pero se acentúa su valor altruista y filantrópico, se le saca de la reducida órbita estrictamente familiar y se le lleva a las más amplias funciones sociales y se liga, conecta y, generalmente, subordina a instituciones - públicas de carácter estatal, revestidas por consiguiente de - autoridad para asegurar la debida atención sobre las perso- -- nas sometidas a esa acción tuitiva, y garantizar los actos ad- ministrativos que se realizan respecto de los bienes de las --- mismas (35) .

Es obvio, púes, que la tutela es una patria potestad restrin- gida y como observa De Buen, el tutor tiene mayores límites en su actuación por inspirar menos confianza, tanto en lo que se refiere al contenido personal como al patrimonial de la -- tutela (36) .

(35) Luis Fernández Clérigo, "El Derecho de Familia en --- la Legislación Comparada", p. 345.

(36) Diccionario de Derecho Privado, p.p. 3885-3886.

Este movimiento evolutivo no es, sin embargo, todavía uniforme, pues en las Legislaciones Europeas y Americanas — los criterios son diferentes, pues si bien aquellos que aún — mantienen la organización familiar de la tutela han suavizado sus trazos y se encuentran en un momento de transición hacia el campo más adelantado y progresivo de los que consideran y organizan la tutela como una verdadera función social.

Las Legislaciones de España y Francia, entre las Europeas, — y las de Perú y Venezuela, entre las Americanas, conservan todavía el sistema que pudiéramos llamar latino y familiar de la organización de la tutela, fundando dicha institución esencialmente, en los lazos de la familia, por lo cual regulan de modo cuidadoso la tutela testamentaria y la legítima, estableciendo un consejo de parientes llamado "Consejo de Familia" — y colocan al lado del tutor una figura vigilante, que comparte su responsabilidad llamado protutor, y si bien dan intervención a la autoridad judicial en las funciones tutelares, la cual es incluíble, lo hacen de modo limitado, encomendando esa función por lo tanto a los Jueces Ordinarios que no tienen para ello preparación especial, los cuales están generalmente solicitados por otras múltiples y delicadas funciones que absorben su actividad y les impiden dedicar toda su atención a esta materia que requiere mayores cuidados.

DEFINICION DE DIVERSOS AUTORES.

Para analizar comparativamente los conceptos anteriores, veamos ahora algunas definiciones de los siguientes autores:

a). - JULIAN BONNECASE.

Este autor nos dice que la tutela es "...un organismo de representación de los incapaces. que se aplica tanto en materia de minoridad como en caso de interdicción...". En otros términos, —

podemos decir que substituye a la patria potestad, por lo menos, respecto a los hijos legítimos, cuando el padre o la madre han muerto y también en otros casos especiales, como en los de pérdida de la patria potestad. También se aplica cuando se trata de un incapaz sujeto a interdicción judicial o legal (37).

b).- PLANIOL Y RIPERT.

Por su parte, afirman que la tutela "Es una función jurídica confiada a una persona capaz y que consiste en encargarse del cuidado de un incapaz, representarlo y administrar sus bienes".

Aclaran que debe definirse así, porque no siempre la tutela es una carga legal y porque tampoco debe hacerse entrar en su definición el carácter obligatorio que le corresponde ordinariamente, aunque no necesariamente (38).

c).- ESTEBAN CALVA.

Nos dice que "La tutela es una de las instituciones más antiguas del Derecho Civil, que sirve de defensa a los huérfanos, substituyendo en cuanto es posible el cuidado y vigilancia del padre.

Indica que la Legislación Española anterior al Código de 1870, prescribía que la tutela solo debería durar mientras el varón llegaba a los catorce años y la mujer a los doce, ya que después de estas edades, se proveía a los menores del cuidado de

(37) J. Bonnetcase, Elementos de Derecho Civil, p. 438.

(38) M. Planiol y J. Ripert, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, p. p. 416-417.

otra persona que llevaba el nombre de CURADOR, el cual — velaba con especialidad de sus intereses, ocupándose tam— bién, pero de una manera secundaria, de sus personas.

Afirma, asimismo, que el Ordenamiento antes mencionado, — reformó en gran parte lo dispuesto por la referida Legisla— ción Española y acepta también, el concepto que de ella nos— dá el primero en su artículo 430 que se transcribe a conti— nuación:

" El objeto de la tutela es la guarda de la persona y sus bienes de los que no estando sujetos a pa— tria potestad, tienen incapacidad natural y legal — o solo la segunda, para gobernarse por sí mis— mos" (39).

d). - MANUEL MATEOS ALARCON.

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

Dicho autor, según vemos, hace suya también, como Esteban Calva, la definición que nos daba el artículo 430 del Código Civil de 1870 que reprodujo el 403 del de 1884, pero —

(39) E. Calva, Instituciones de Derecho Civil según el Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, T. 1, p.p. 181-182.

introduce un elemento nuevo e importante que es el de considerar a la tutela como un cargo público, que es precisamente lo que da el sello de obligatoriedad a esta institución.

En la nota (1) puesta al pié de la página respectiva, nos — indica además, que a fin de comprender en su definición a la tutela interina, el último de los artículos mencionados se adicionó de la siguiente manera: "La tutela puede tener también por objeto, la representación interina del incapaz, en los casos especiales que señala la ley" (40). Este agregado, — desde nuestro punto de vista personal, vino a dar mayor amplitud a la definición transcrita anteriormente.

e). - RICARDO COUTO.

Por su parte, acoge también la definición de tutela contenida — en el artículo 403 del Código Civil del Distrito de 1884 (41), en la forma en que ha quedado descrita.

f). - ELOY ESCOBAR DE LA RIVA.

Jurista Español, define a la tutela desde el punto de vista general, diciendo que "Es un ministerio que, deducido de la ley, se atribuye a los elementos integrantes de aquella para representación de un individuo determinado, en el doble orden personal y patrimonial". Independientemente de lo anterior, nos dice que según el artículo 199 del Código Civil Español, ". El objeto de la tutela es la guarda de las personas y bienes, o — solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria-

(40) M. Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, T. I. p. 297.

(41) R. Couto, Derecho Civil Mexicano, T. III, p.p. 5-6.

potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismo" (42).

CRITICA A LAS ANTERIORES DEFINICIONES ANOTADAS.

Encontramos que en todas las definiciones anteriormente señaladas, sus autores o quienes las aceptan, se fijan con preeminencia en el problema de la incapacidad tanto de goce como de ejercicio, lo cual viene a resolver la tutela, ya que está referida a determinados estados personales basados en el supuesto de una incapacidad natural o legal, o de ambas formas, efectuar funciones de auto-dirección, guarda y educación, y para realizar actos jurídicos, que requieren que a la persona afectada se le coloque bajo la protección y vigilancia de otra; siempre en el supuesto de que los llamados a ejercer la patria potestad, faltan o no tienen posibilidad para llevarla a cabo.

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

En la definición de Planiol y Ripert, encontramos que expresamente introducen en ella, el elemento "cuidado del incapaz", que los otros autores cuyas definiciones hemos examinado, subsumen en la idea de "guarda de la persona".

Esta omisión y la falta de precisión de las legislaciones al reglamentar la institución que estamos analizando, incluyendo la nuestra, se reflejan desafortunadamente en la práctica, donde se concede mayor importancia a los aspectos patrimoniales de la tutela, es decir, lo que concierne al manejo de los

(42) E. Escobar de la Riva, La Tutela, p. 3.

bienes del menor, en tanto que se descuidan en forma lamentable, los estrictamente de carácter personal, como son la -- guarda, educación y dirección de los sujetos a ella.

En la institución tutelar, igual como sucede en las instituciones familiares, no existe una mera relación obligatoria entre los sujetos, sino que se dan también los mismos derechos-deberes que se traducen en verdaderos poderes, los cuales requieren de la subordinación de las personas a un fin superior, del que ya hemos hablado, al que pueden perseguir las voluntades que se encuentran implícitas en ella.

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

Por otra parte, la tutela más que en la patria potestad, es donde encontramos que el deber del tutor no debe conseguirse frente a un derecho del pupilo, sino ante un derecho de la familia, que en última instancia es del Estado (43); pues el - interés familiar es único y coexiste respecto de los individuos, como lo es también en relación a sus intereses, el interés Estatal. Y es precisamente este interés el que se toma en cuenta tratándose de una relación jurídica de carácter familiar, ya se le considere investida de ella; o bien, en la persona autorizada u obligada a vigilar su marcha; o en aquella otra interesada directa o indirectamente en que se observe el derecho - objetivo (44).

Podemos decir de lo anterior, que la tutela es una institución - supletoria de la patria potestad. Nuestro Código Civil no la --

(43) Antonio Cicu, El Derecho de Familia, p. 130.

(44) A. Cicu, Ob. cit. p. 173.

define expresamente, pero en el artículo 449 nos dice que - el objeto de dicha institución, es la guarda de la persona y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, - para gobernarse a sí mismo, por lo tanto, la tutela puede - también, tener por objeto la representación interina del incapaz en los casos especiales que señale la ley, como ya lo hemos anotado anteriormente.

En la tutela se cuidará preferentemente de la persona de - los incapacitados, por lo cual su ejercicio queda sujeto, en cuanto que la guarda y educación de los menores, a lo que - establece el artículo 413 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, en el sentido de que se deben tomar en consideración las resoluciones que se dicten de - acuerdo con la Ley sobre Previsión Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal.

Del análisis de las definiciones e ideas precedentes, llegamos a las siguientes conclusiones:

- a). - La tutela es un cargo de interés público, del que nadie puede eximirse sino por causa legítima.
- b). - Por regla general, se da en substitución de la patria-potestad.
- c). - Su objeto es cuidar de la persona y bienes de un incapaz de gobernarse por sí mismo. Ese objeto puede - ser también, la representación interina de un incapaz en casos especiales.
- d). - Como la patria potestad, obedece a un interés superior, entrañando un complejo de derechos y deberes.

- e). - Se distingue de la patria potestad, en que la tutela tiene por objeto la guarda de la persona y bienes de los - que no estando sujetos a patria potestad, tienen incapacidad natural y legal, o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos y la patria potestad se ejerce única y exclusivamente sobre la persona y bienes - de los hijos, según lo establece el artículo 413 en relación con el 414 de nuestro Código Civil vigente, o sea, en primer término, por el padre y la madre y subsidiariamente, por los abuelos paternos y maternos, respectivamente.

DEFINICION DE TUTELA.

Con los elementos anteriores, podemos construir la siguiente definición, que según nuestro modesto concepto personal, - es lo que podemos entender como TUTELA, en la cual quedan incluidos la mayor parte de sus aspectos más importantes y característicos :

LA TUTELA ES UN CARGO PUBLICO QUE POR REGLA GENERAL SUBSTITUYE A LA PATRIA POTESTAD, ENTRAÑANDO UN CONJUNTO DE DERECHOS-DEBERES VINCULADOS A UN FIN SUPERIOR, CUYO OBJETO ES CUIDAR DE LA PERSONA Y BIENES DE UN MENOR O DE UN INCAPAZ DE GOBERNARSE POR SI MISMO Y COMO EXCEPCION, REPRESENTARLO INTERINAMENTE EN LOS CASOS ESPECIALES QUE LA LEY SEÑALA.

CAPITULO III

ESTRUCTURACION DE UN NUEVO DERECHO DE FAMILIA.

ESTRUCTURACION DE UN NUEVO DERECHO DE FAMILIA.

I. - INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ESFERA FAMILIAR.

a). - ANTONIO CICU.

Ha venido a sustentar un concepto novedoso respecto al derecho de familia, completamente apartado de las relaciones -- privadas (45). En las relaciones familiares opina que no se tutelán intereses individuales, en virtud de que todas ellas -- son de un orden orgánico de subordinación de la voluntad particular a un fin superior social y como ejemplo de ello podemos señalar el matrimonio, pues aquí la ley impone un estatuto que imperativamente señala todos los derechos y obligaciones que los cónyuges están obligados a observar, sin permitirles que sea una convención privada la que pueda determinar, contradecir o modificar los mismos y en tratándose de las relaciones paterno-filiales, acontece exactamente lo mismo, pues estima que el derecho que corresponde a los deberes de los padres, no es el derecho del incapaz, sino el derecho orgánico de la familia o del Estado.

Antonio Cicu, al ocuparse en concreto de este tema, nos hace el siguiente estudio (46) :

1. - La familia como organismo.
2. - Relaciones y derechos subjetivos familiares.

(45) Antonio Cicu, La Filiación, p. 9, Revista de Derecho Privado. Madrid, 1930.

(46) A. Cicu, El Derecho de Familia (Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947).

3.- Estructura interna de la familia (interés y voluntad).

4.- La familia y el Estado, precisando al tratar la ingerencia de éste último (47), que siendo el grupo familiar un ente público, es indispensable en diferentes aspectos, ordenar el control de la autoridad del Estado bajo una actitud no solo de legitimidad, sino de oportunidad, debiendo en ambos casos, tener características preventivas, posteriores y sustantivas, en cuyos efectos el Poder Judicial tendrá facultades para proveer de oficio y la función reservada al Ministerio Público, en cuestiones de familia, justifica su motivación.

Hace notar también, cómo la intervención es distinta de la que existe en el Derecho Privado, dada la ingerencia directa en todas las relaciones que interesan al Estado y que son propias del órgano familiar impuesto sobre un fin superior, de ahí que Antonio Cicu acertadamente nos afirma que: "La familia está ordenada jurídicamente al objeto principal de mantenimiento, educación, introducción y asistencia de sus miembros incapaces o impotentes para proveerse por sí mismos..." (48).

Vista de tal manera la posición doctrinaria que el Maestro - Antonio Cicu sostiene y con la cual estamos de acuerdo, en virtud de que nos sirve como punto de partida para la estructuración de un nuevo derecho de familia, el cual se ofrece como campo de intersección o interferencia del Derecho Privado y de la seguridad social, a continuación expondremos de estos últimos, las relaciones e incidencias que al respecto llegan a guardar.

En la actualidad la absoluta mayoría de partidarios de la socialización del derecho privado civil, están de acuerdo en que la familia contemporánea es, por así decirlo, impotente para

(47) A. Cicu, El Derecho de Familia (Traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1947), pág. 218.

(48) Ob. cit. p. 220.

asegurar la subsistencia y educación de los miembros que integran el agregado de personas que ella representa y ante tal impotencia, para lograr su seguridad, entra a tomar su lugar en la sociedad altamente fortalecida por el Estado.

El sistema individualista liberal, dejaba únicamente en el matrimonio la función de completar los sexos y crear la perpetuación de la especie. La comunidad familiar fué dotada de efectos propios entre los cónyuges en el orden de la obligación de asistencia y socorro mútuo. El sustento, desarrollo y educación de los hijos, se arbitró mediante la institución de la patria potestad que impone deberes a los padres sobre sus hijos. La serie de grados y líneas de parentesco, aseguraron dentro de los límites de la ley, la subsistencia mediante la recíproca obligación de prestarse alimentos, atendiendo para su fijación a la necesidad del acreedor y a la posibilidad del deudor a ellos. La herencia apareció como una fuente transmisora de bienes y derechos, en cuya disposición su autor o la ley, hacían el destino de la universalidad patrimonial constitutiva del acervo hereditario y junto a todos aquellos bienes adquiridos por los esposos, se encontró en el producto del trabajo de cada miembro de familia, una contribución base con la cual se sufragaban los dispendios del diario sustento.

La imagen así trazada, nos dá una idea completamente jurídica de la estructura privada civil de la familia, en la que todas las impresiones recogidas, atendiendo invariablemente a la calidad vinculatoria, implica necesariamente variadas formas de interferencia de un sujeto activo, en la esfera del derecho de un sujeto pasivo característico de su persona, conducta o patrimonio. Ahora, la proyección de un nuevo derecho que el elemento social viene configurando, paralelamente fincado en un progreso cultural, científico, técnico e industrial, propio de nuestra época, también, por circunstancias potenciales económicas tienden a tratar de cambiar en extremo la tradicional fisonomía familiar, ya por sí débil e impotente, lo cual para nuestro trabajo es de vital importancia.

La estructuración de un nuevo concepto del Derecho de Familia, tiene su razón de ser en una nueva dimensión social que el derecho contemporáneo nos ha proporcionado. En --

efecto, la última Guerra Mundial provocó en todos los Países del orbe, grandes y graves problemas que era necesario remediar inmediatamente, a no ser que el Estado, indiferente a los mismos, consintiere en admitir su grado de impotencia y dejar a sus gobernados a merced de las fuerzas agresoras.

Uno de estos grandes problemas lo era la condición inestable en que a la familia se dejaba al ser llamado el Jefe de ella — para prepararse militarmente, pues por consecuencia directa, la educación, cuidado y sustento de la familia, pasan a formar parte de las obligaciones del Estado.

En nuestro País el abandono por parte del padre de las obligaciones familiares, se debe precisamente a la irresponsabilidad de los mismos y al falso "machismo" que se tiene en México, pues eso de tener hasta dos y tres hogares al mismo tiempo, hacen que se desatienda como ya lo dijimos anteriormente, la educación, cuidado y sustento de la familia.

Por lo anterior, podemos decir que el Reino Unido de la Gran Bretaña, hace aproximadamente veinticinco años, decidió — iniciar el estudio a fondo de las cuestiones sociales, con el objeto de prevenir la ruptura del equilibrio familiar, lo cual culminó en el año de 1942, con el conocido "Plan Beveridge de Seguridad Social" debido a su principal autor Sir William Beveridge, quien al momento de sentar las bases de la seguridad social mediante la implantación del seguro, dijo que éste "...debe ser considerado tan solo como parte de una política del progreso social" y finca dicha fórmula en el antecedente de contemplar cómo la necesidad, enfermedad, ignorancia, miseria y ocio, son los cinco males que hacen presa a la humanidad contemporánea.

El sistema Inglés adoptado por Ley de primero de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, introduce la extensión completa de la seguridad social en toda la población mediante un sistema nacional de aseguramiento; en el cual las prestaciones y beneficios no se obtienen atento a la calidad de hijo, cónyuge o ascendiente del afiliado; en virtud de que con arreglo a su legislación, todo ciudadano británico tiene derecho a ser atendido por el Servicio de Sanidad Nacional, simplemente por su calidad gentilicia.

La implantación de la seguridad social en otros Países, — más o menos se efectuó en la misma época en que lo hiciera el Pueblo Británico, dándole cada uno de ellos una fisonomía propia de acuerdo con la necesidad que debería cubrirse, la cual se advierte en forma más profusa, dentro del Derecho de Trabajo, a grado tal que existe la infundada consideración de estimar que debe estar incluido invariablemente dentro de ésta última rama del Derecho.

Para nosotros la solidaridad social es un derecho en integración, subjetivo, de orden público y el cual indiscutiblemente se conformará objetivamente en una ley que venga a contener el tratamiento normativo del alto nivel en que se trata de elevar a las clases baja y media del País, en condiciones tales que permitan al Estado no conculcar la integridad soberana de la familia, sino compartir con ella y en casos excepcionales suplir en ella, ante nótoria deficiencia, aquellos deberes que son causa de necesidad, fomento y logro de toda estabilidad humana.

Tratando el Estado de consagrar a la familia en un interés superior y fundamental, por obra de nuevos principios y — conceptos jurídicos; hemos de ver cómo la seguridad social se superpone a las reglas tradicionales del derecho privado civil con intención de modificarlo; en forma tal, que parece tratar de desintegrarle, en la medida inversa en que él se viene integrando; sólo que es indispensable tener siempre presente, cuáles son las transformaciones experimentadas y sobre qué instituciones específicamente opera, para llegar a apreciar los resultados y poder fijar conclusiones.

b). - EDUCACION.

Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo Tercero, tiene como principal objeto, desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentar en él la conciencia de la solidaridad inter-

nacional, en la independencia y en la justicia. El criterio anterior lo orienta basado en los resultados del progreso científico, de lucha contra la ignorancia y sus efectos, — con ideas democráticas encontradas en un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo: contribuyendo agrega el precepto, a robustecer en el educando, junto con el aprecio para la — dignidad de la persona, y la integridad de la familia, la — convicción del interés general de la sociedad. Previene — por último en sus fracciones VI y VII que toda educación — primaria será impartida por el Estado en forma obligato— ría y gratuita, con lo cual viene a coadyuvar primordialmen— te a la integridad cultural y moral de la niñez.

El derecho a la educación así dispuesto por nuestra Carta-Magna, tiene su antecedente directo, entre otros, en la — definición de educación que al respecto nos dá Herbert — Spencer, diciendo que: "...La educación es el desarrollo armónico de las facultades físicas, morales e intelectua— les del hombre"; así como en el proyecto de la Declara— ción de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, presenta— do ante la sociedad de los Jacobinos el 21 de abril de — 1793 por Maximiliano Robespierre, en cuyo artículo 14 se— ñala que la sociedad debe favorecer por todos los medios — posibles el progreso de la inteligencia, colocando a la — "instrucción" pública al alcance de todos los ciudadanos;— o bien, en la Declaración Constitucional de Derechos de 24 de junio del año antes mencionado. De acuerdo con su ar— tículo 21 "La instrucción es necesaria para todos. La so— ciedad debe favorecer vigorosamente la cultura pública y — colocar la instrucción al alcance de todos los ciudadanos".

Actualizando el derecho a la educación y a la cultura, dire— mos que también otros mandatos supremos como el conteni— do en la Constitución Española del 5 de diciembre de 1931 — que en su artículo 43 dispone que: "Los padres tienen la — obligación de alimentar, asistir y educar a sus hijos. El Es— tado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obli— ga subsidiariamente a su ejecución". El artículo 48 del — propio Ordenamiento nos dice que: "La República legislará sobre la manera de facilitar a los españoles necesitados el — acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que estos — no dependan más que de la aptitud y la vocación".

También encontramos en América que la República de Cuba establece en el artículo 48 Constitucional que: "En cuanto le sea posible, la República ofrecerá becas para el disfrute de las enseñanzas oficiales no gratuitas a los jóvenes que habiendo acreditado vocación y aptitudes sobresalientes, se vieren impedidos, por insuficiencia de recursos de hacer tales estudios por su cuenta".

La República de Nicaragua en su artículo 80 de la Constitución de 22 de mayo de 1939, faculta a los padres sin recursos económicos de solicitar el auxilio del Estado, para la educación de la prole por asistirles tal derecho.

Guatemala en su Constitución del 11 de mayo de 1945, dispone en su artículo 82 que "el Estado debe esforzarse por ayudar a los Guatemaltecos económicamente necesitados para tener acceso a todos los grados de enseñanza, atendiendo exclusivamente a la vocación y aptitud". Estos últimos requisitos también los exige la Constitución Panameña de 2 de enero de 1941, que en su artículo 56 dispone que es deber esencial del Estado, la educación nacional y le constituye la obligación de educar al indígena para incorporarlo a la civilización.

En México, como una consecuencia ideológica revolucionaria del artículo 3ro. Constitucional que se comenta, fué menester esperar que las pasiones se serenaran para atreverse a formular proyecto gubernamental alguno, pues como de cfa acertadamente el señor Lic. Luis Cabrera en 1934, -- "El problema de la educación deberá ser el último y el más trascendental de los problemas sociales, porque significa nada menos que la preparación de la niñez y la juventud para obtener en ella el máximo de eficiencia en el estado social -- en que van a vivir".

La organización educativa impartida por el Estado, proporciona actualmente a la población escolar en forma también gratuita, los libros de texto y los cuadernos de trabajo programados para el uso de las Escuelas Primarias del País, -- facilitando así a los padres el cumplimiento de la obligación inherente de evitarles gastos de útiles diversos, lo cual ade-

más, se complementa con los Centros de Capacitación para el trabajo industrial y agrícola, instituidos por Decreto de 16 de abril de 1963 a cargo de la Secretaría de Educación Pública, quien ha iniciado la creación de un nuevo programa de enseñanza agrícola e industrial, que tratará de satisfacer gradualmente la necesidad de dotar de actividad u oficio al menor egresado del estudio primario elemental, sin cobrarle emolumento alguno y poniendo a su alcance todos los medios que el caso requiere.

En el ejercicio de la patria potestad y en el derecho de percibir alimentos, nuestro Código Civil vigente señala en su artículo 308 la obligación de proporcionar principalmente los padres a sus hijos menores, los gastos necesarios para su educación y proporcionarles con ello, algún oficio, arte o profesión honestos, adecuados a su sexo y circunstancias personales; cargas mismas que ahora en parte hace suyas el Estado y las proporciona sin distinción alguna a la niñez escolar, en función de la educación primaria obligatoria que debe impartir éste último enteramente gratuita; pero en cuyo motivo, es necesario aclarar, que la educación invocada por el Derecho Privado Civil es no solo la cultura pedagógica, sino de disciplina, conducta, hábitos y costumbres que incuestionablemente tienden a elevar la calidad moral familiar de educador y educando; razón última, que por otra parte, el derecho social del trabajo no pasó por alto al disponer en el artículo 123 fracción VI de la Constitución General de la República, que el disfrute del salario mínimo general de todo Obrero, deberá ser suficiente a satisfacer las necesidades morales del Jefe de familia en el orden material, social y cultural, así como el tendiente a proveer a la educación obligatoria de los hijos.

c). - SUBSISTENCIA.

Hemos de observar ahora, cómo la seguridad social penetra también en el recinto privado de la familia, para influir más o menos indirectamente en el contenido y desarro-

llo de la obligación asistencial y de socorro mütuo, en el -
tema que venimos exponiendo; penetración que constituye -
otra de las manifestaciones, por la forma en que el dere-
cho social escoge algunas calidades del Derecho Privado -
Civil, a efecto de ponerlas en juego en aquellos beneficios
que regula al respecto.

Con arreglo a nuestra Legislación Civil, es necesario in-
sistir una vez más, que los cónyuges estén obligados a vi-
vir juntos y socorrerse mütuamente; los padres y los hijos,
recíprocamente deberán prestarse alimentos, los cuales -
comprenden en lo general, comida, vestido, habitación y -
asistencia en caso de enfermedad; estos deberes, transpor-
tados al derecho social, son tomados no para los efectos -
de buscar la sanción del sujeto que incumple los mismos, -
sino bien coadyuvando a su realización efectiva. El Estado,
los desarrollará en diversas formas, a saber :

VIVIENDA Y HABITACION.

El acrecentado plan urbanfstico encomendado al Instituto -
Nacional de la Vivienda Popular y al Banco Nacional Hipo-
otecario Urbano y de Obras Públicas, cuyas realizaciones-
más recientes se constatan en la Unidad Nonoalco-Tlatelol-
co, que nos dá una idea precisa de la forma en que la inge-
renia del Estado se interfiere en la obligación que tiene -
consignada el Derecho Privado al disponer que exista una-
ubicación estable del hogar.

También en este apartado, destaca el Departamento del -
Distrito Federal en la construcción de las Unidades Urba-
nas Populares de Santa Cruz Meyehualco, San Juan de Ara-
gón y El Peñón de los Baños, entre otras, que tienden a -
dar albergue a familias de escasos recursos.

El Instituto Mexicano del Seguro Social, otro tanto hace, -
atento a la facultad que le otorga su Ley Orgánica de poder
invertir hasta el 80% de sus reservas en adquisición de --

distintos bienes, entre los que se incluyen, habitación para trabajadores; y, finalmente, el artículo 3ro. fracción VII - de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, establece con carácter obligatorio para dicha Institución, otorgar prestaciones crediticias con bajos intereses, para la adquisición en propiedad de casas y terrenos, o construcción de casas únicamente - destinadas a la habitación familiar.

ASISTENCIA Y SOCORRO.

Los variados auxilios de la Ley del Instituto Mexicano del Seguro Social, otorga a sus afiliados, derecho-habientes, comprendidos en la atención de accidentes de trabajo, enfermedades profesionales y no profesionales, maternidad, invalidez, vejez, muerte y cesantía en edad avanzada; así como las prestaciones económicas de pensiones y subsidios al asegurado o sus beneficiarios y que derivan de las primeras, generalmente extendidas en la persona con la cual se está unido o se haya vivido y sobre todos los hijos menores de dieciséis años; todo ello, nos proporciona una idea objetiva del modo en que se facilita y se hace posible la realización completamente funcional del deber de asistencia y socorro entre los cónyuges, al no obligarles en su economía patrimonial a hacer frente a los gastos y dispendios que consigo supone toda enfermedad o alteración físico-orgánica, - esto sin dejar de considerar que tratándose del marido como sostén del hogar, se haye imposibilitado o incapacitado por enfermedad, riesgo, invalidez, vejez, muerte o cesantía - en edad avanzada.

La falta de remuneración a los servicios que no pueda ejecutar, destinados al sostén de su hogar, potencialmente los sobroga la solidaridad social, mediante el sistema de pensiones y subsidios al asegurado o a sus beneficiarios, que en este caso, también es la mujer y los hijos de ambos, menores de dieciséis años.

En idénticas circunstancias la Ley del Instituto de Seguridad

y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, aplica a toda persona perteneciente al servicio civil, a los pensionistas y a los familiares derecho-habientes de estos últimos (la mujer y los hijos menores de dieciocho años), seguros de enfermedades no profesionales y de maternidad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, servicios de reeducación y de readaptación de inválidos de elevación de los niveles de vida del servidor y de sus familiares indicados; de preparación técnica y cultural, operaciones de préstamos crediticios, jubilación, seguros de vejez, invalidez, muerte e indemnización global, todo lo cual deriva, sin lugar a dudas, de la clara influencia de la legislación social proyectada hacia una nueva estructuración de las instituciones jurídico-familiares, que pierden su tradicional contenido al ser absorbidas por el nuevo régimen de solidaridad y la ingerencia del Estado en tales aspectos.

OTRAS DIVERSAS SUBSISTENCIAS.

Dentro del mismo tema que nos ocupa, es de señalar los servicios de sanidad y asistencia social que el Estado viene desarrollando al compenetrarse en las áreas rurales y urbanas de mayor densidad, habitadas por los sectores más débiles del País, con un vasto programa de saneamiento; el funcionamiento de centros de bienestar social rural y urbano; los centros de salud, las escuelas promotoras rurales, de rehabilitación de inválidos, para reincorporarlos a la vida social; las campañas tendientes a combatir epidemias, la atención a investigaciones pediátricas y de nutrición; las casas de reposo y asilos para ancianos; los hospitales infantiles de zona del Distrito Federal y los albergues infantiles dependientes de la Dirección de Acción Social del Departamento del Distrito Federal; todos ellos, patentizan la súbita importancia que la seguridad social proyecta en el núcleo familiar para concederle un cúmulo de beneficios preventivos, asistenciales y curativos, los cuales toman sin lugar a dudas, su fuente jurídica en los deberes de socorro mutuo, ayuda y asistencia en caso de enfermedad, que los -

cónyuges recíproca y necesariamente deben proporcionarse y ambos a sus hijos, o estos a sus padres, de acuerdo con lo que establece nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

PROTECCION A LA INFANCIA Y JUVENTUD.

Tratándose de personas sujetas a la patria potestad, estimamos que existen diversas incidencias de la seguridad social sobre el derecho privado familiar, las cuales es preciso referir con el objeto de valorar su contenido y los efectos jurídicos que producen.

La Ley Orgánica del Instituto Mexicano del Seguro Social, — por ejemplo, al establecer la pensión de viudez y otro tanto — hace en la orfandad hacia todo hijo del asegurado menor de dieciséis años, susceptible de prorrogarse hasta una edad no mayor de los veinticinco, de concurrir las siguientes causas :

- a). - Imposibilidad propia y manifiesta de manutención.
- b). - Estar estudiando el pensionado en establecimientos públicos o autorizados, considerando su condición económica.

La Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, previene que los hijos menores de dieciocho años del trabajador o pensionista, tienen completo derecho a la asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria desde el comienzo de la enfermedad, hasta por un plazo máximo de cincuenta y dos semanas y entendiéndose la pensión por orfandad, hasta la edad de dieciocho años en favor de todo hijo legítimo natural, reconocido o adoptivo, pudiendo solo prorrogarse después de llegada esa edad, en caso de subsistir una inhabilitación probada en el pensionado.

En los dos ordenamientos anteriores, es fácil percibir que la seguridad social solo toma la calidad de hijo dentro del derecho civil, como un simple sujeto para los efectos de las prestaciones que la ley otorga, haciendo por ende, una completa abstracción por lo que se refiere al ejercicio de la patria potestad; pues poco o nada le interesa quién tenga ese derecho, ya que la protección, simple y llanamente, es un favor indiscutiblemente de la persona a la cual le viene a dar la calidad o categoría de menor y ésta última situación es de contemplarse también, en la especial atención brindada a la mujer durante el embarazo, alumbramiento y puerperio, ya que sin tocar para nada en este aspecto la figura del presunto padre, como lo regula nuestro Derecho Civil vigente, dá completa asistencia obstétrica a la mujer para conseguir un ser viable; ayuda a la lactancia del nacido y lo dota de una canastilla de maternidad, debiéndose agregar que cuando se trata directamente de la asegurada, entonces se otorga un subsidio en dinero, compensándole su incapacidad temporal al cubrirle un lapso fijo que une la época prenatal y postnatal inmediata.

Sin embargo, la seguridad social en cuanto a sus fines, se compenetra dentro de la familia en modo distinto, pues substituyendo a la persona del obligado en el mantenimiento del menor, asistencia médica y ayuda en casos de necesidad; verifica una completa función alimentaria equiparable a la de los moldes dictados por nuestro Derecho Civil.

Por otra parte, también podemos citar al Instituto de Protección a la Infancia, el cual actúa en beneficio de la niñez escolar en todo el País, proporcionándole desayunos diarios mediante la entrega que de lunes a viernes de cada semana durante el período de clases, realiza en todas las Escuelas Primarias pertenecientes al Estado.

El completo balanceo de vitaminas y proteínas que contiene cada desayuno, en cuya elaboración científica se observa la técnica pediátrico-dietética más avanzada, nos permite llegar a asegurar en este aspecto, unido a los ya antes expuestos, que la colaboración desarrollada por el Estado -- dentro del ámbito familiar, tratando de resolver en parte el problema de la desnutrición infantil, proporcionando alimen-

tos al escolar necesitado, está no humanamente dirigida, - sino jurídicamente estructurada, de manera tal que los --- obligados en el ejercicio de la patria potestad, merced a -- los beneficios que les reporta la seguridad social, consi--- guen alterar la pesada carga que sobre la débil economí--- a familiar imponen la serie de obligaciones que significa un - completo sustento en favor general del hijo.

REPRESION EDUCATIVA.

El artículo 423 de nuestro Código Civil vigente, faculta a - los que ejercen la patria potestad, de corregir y castigar - a sus hijos mesuradamente. Las autoridades en caso nece- sario, auxiliarán a los padres haciendo uso de amonesta- - ciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la -- autoridad paterna.

Es con base no solamente a la disposición legal anteriormen- te citada, sino en lo que establece la Constitución General - de la República y Leyes Reglamentarias, con las que el Es- tado justifica plenamente la intervención que en forma períó- dica viene desarrollando por conducto de distintas autorida- des, a fin de evitar que los menores observen una conducta antisocial.

Por otra parte, podemos considerar a la Ley Orgánica del- Tribunal para Menores, publicada el 26 de junio de 1941, - como el Ordenamiento exacto de aplicación a las faltas y - omisiones sancionadas por el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en tratándose de menores, consi- derados como tales, hasta cumplir los dieciocho años de -- edad, según lo establece el artículo 119 del Código Penal, - que agrega: siendo los menores infractores, deberán ser- internados por todo el tiempo que sea necesario para su co- rrección educativa, o bien (art. 120), apercibidos, consis- tiendo el internamiento en:

I. - Reclusión a domicilio.

- II. - Reclusión escolar.
- III. - Reclusión en un hogar honrado, patronado o - instituciones similares.
- IV. - Reclusión en establecimiento médico.
- V. - Reclusión en establecimiento especial de educación técnica, y
- VI. - Reclusión en establecimiento de educación correccional.

El apercibimiento lo define claramente el artículo 43 de — dicho Ordenamiento, diciéndonos que es la conminación que el Juez hace a la persona, cuando se teme con fundamento — que está en disposición de cometer un delito, ya sea por su actitud o por amenazas, pues en caso de cometer el delito — que se propone u otro semejante, el menor será considerado como reincidente.

La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, también dá atribuciones a los Jueces de Distrito, con respecto a los — menores delincuentes, por corresponderles, según lo ordena la propia ley, prevenir y reprimir en materia federal los actos antisociales de aquel que no haya cumplido los dieciocho años.

Para tal efecto, deberán constituirse dentro de su jurisdicción, Tribunales para Menores y Consejos de Vigilancia, debiendo preferentemente ser el Juez Presidente de aquellos — y de los segundos, un miembro de mayor categoría de la Beneficencia pública, integrándose además, con vecinos de la localidad en número no menor de diez.

De esta manera, la ingerencia del Estado en el orden repressivo educacional del menor, conforme se ha expuesto previamente, nos dá una suficiente idea de la manera en que la sociedad se ha preocupado por compenetrarse en el irresoluto problema comúnmente llamado "delincuencia juvenil".

EXTENSION DE LOS DERECHOS DE FAMILIA A VINCULOS NO REGULADOS POR EL CODIGO CIVIL.

ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.

Junto a todas las obligaciones y derechos que hemos venido citando, tradicionalmente pertenecientes al Derecho Civil, el aparato jurídico en materia penal, sin desconocer el fundamento y competencia de aplicación o exigibilidad que a aquel le está reservado, estableció la figura delictiva del abandono familiar, encuadrándola en los supuestos específicos de la tipicidad, cuando debido a su incumplimiento se deja a una persona sin recursos económicos o medio alguno para poder subsistir.

En la actualidad siendo evidente el relajamiento de los vínculos familiares por el decadente sentido familiar, la cada día mayor debilitación de la unión conyugal, el desmedido uso del divorcio y una serie más de hechos que producen la pérdida de la cohesión de la familia, sin lugar a dudas que motiva la necesidad de incluir nuevos ilícitos en el Código Penal, en virtud de que es un deber del Estado intervenir para procurar mayor firmeza, certidumbre y estabilidad de las distintas relaciones que el derecho familiar regula, concediéndole al Ministerio Público como representante de la sociedad y parte en todo proceso penal, una mayor ingerencia en la materia que le es de su incumbencia.

El criterio de la Comisión Redactora del Anteproyecto del nuevo Código Penal, apunta al tratamiento de este asunto en el Capítulo referente al incumplimiento de las obligaciones de asistencia familiar, correspondiente a los delitos contra la familia y el orden de la misma; introduciendo como nuevo objeto de protección a la concubina, quien de ser abandonada, al igual que los hijos, cónyuge o cualquiera otro familiar, sin ministrárseles recursos para atender las necesidades de subsistencia, es suficiente para integrar la nueva figura delictiva.

El delito de violación de obligaciones de asistencia familiar, consigna el ante-proyecto, que a falta de petición de parte, se perseguirá por el Ministerio Público, es decir, de oficio, a reserva de designar el Juez, tutor especial y para que el perdón concedido al reo pueda producir su libertad, se deberán exhibir todas las cantidades adecuadas por concepto de alimentos y garantizar el futuro pago de los mismos.

CODIGO DEL MENOR.

Nos vamos a referir ahora, al Primer Código del Menor de 13 de septiembre de 1956, que aprobó la XLI Legislatura Local del Estado de Guerrero.

Antes que ninguna Entidad de la República, el Estado de Guerrero expidió el Primer Código del Menor, y como breve comentario diremos que el artículo 1ro. en sus siete fracciones, establece que todo menor de 18 años, sin distinción de sexo o nacionalidad, residente en dicho Estado, tiene derecho a conocer quiénes son sus padres; a no sufrir calificación alguna humillante en razón de su origen, condición social, religiosa o ambiente familiar; a la asistencia en la satisfacción de sus necesidades económicas, culturales, morales y sociales, que se hará por quienes legalmente están obligados a ello, o en su defecto, por el Estado.

Señala también, que el menor deberá protegérsele contra el abandono y frente a la explotación en el trabajo; tendrá defensoría gratuita ante distintas autoridades y no será considerado delincuente en la comisión de las conductas fijadas en el Código Penal respectivo del Estado.

Para llenar su cometido, se ordena en el Código del Menor una efectiva protección de la infancia y la adolescencia, así como la interpretación de sus mandatos en caso de incompatibilidad o duda, invariablemente se pronunciarán en beneficio del menor.

La Ley previene el deber que tiene toda unión conyugal — de ser legal y eugénica, para contribuir a una buena y sana población, en cuyo efecto el Estado difundirá las nociones científicas de la eugenesia y las Instituciones Sanitarias y Asistenciales las aplicarán también invariablemente.

La protección la señala desde el primer momento de la gestación y nacimiento, como durante la primera, segunda y tercera infancia y adolescencia.

Claramente se dispone la protección familiar por la creación de un Consejo de Protección de Menores y se insertan las formas jurídicas de patria potestad, reconocimiento y legitimación, alimentos, investigación de la paternidad y finalmente la adopción.

El divorcio es tratado con una serie de rigorismo, tales que sólo se aplica cuando se trata de matrimonios en que los hijos sean menores de dieciocho años. En los casos de divorcio necesario o por mutuo consentimiento, el Juez resolverá de plano y provisionalmente de los alimentos de todos los hijos, dictando las medidas provisionales y una vez celebrada la primera junta de avenencia o fijación de la litis, según sea el caso, de oficio decretará la suspensión del procedimiento por seis meses. Durante ese lapso, el Juez estará facultado para hacer efectivas todas las medidas que se hubieren dictado respecto a los alimentos y la guarda de los hijos, hasta que se demuestre la reconciliación de los cónyuges o que se hubiere promovido juicio distinto que hiciera innecesaria o contradictoria la aplicación de las medidas fijadas por el Juez. La reanudación del procedimiento suspendido, se hará a petición de parte, debiendo comprobar, quien la haga, que se han cumplido todas las obligaciones impuestas en las medidas provisionales y si no lo hiciere, se desechará la promoción y si la otra parte pretendiese la reanudación del mismo, el Juez sobreseerá, volviendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la presentación de la demanda. La continuación del procedimiento deberá hacerse dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se haya concluido el término de seis meses y de no hacerse así, la instancia caduca sin necesidad de declaración judicial.

Ningún allanamiento de la demanda ni la confesión de los hechos en que se funde, impiden la aplicación de los preceptos que hemos mencionado y en todo juicio de divorcio el Juez deberá comunicar al Consejo de Protección para Menores, el pormenorizado estado que guarde el mismo.

En vía de protección social, el Código del Menor nos indica cuáles son los lugares de recreo y custodia, de espectáculos y lugares públicos, así como la literatura permisible. Finca efectiva protección del menor el estado anti-social y establece los órganos encargados de ejercer la educación protectora del menor, la facultad de los Jueces-Tutelares y de las Instituciones Auxiliares, es decir, escrupulosa y minuciosamente trata del derecho de la niñez con un pleno conocimiento de causa sobre esta materia.

LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA LEGITIMA EN -- NUESTRO DERECHO.

El Territorio que hoy ocupa la República Mexicana, fué primitivamente sede de varios Pueblos Indígenas, que después de consumada la conquista de Anáhuac, quedaron sometidos a la dominación Española, que hizo un desplazamiento casi general de sus instituciones jurídicas. La Colonia de la corona, formó con esos Territorios, recibieron el nombre de Nueva España.

Varias han sido las legislaciones que tuvieron imperio en el Territorio de nuestra Patria y trataremos de examinarlas en una forma suscita.

El Derecho Indígena que rigió a los Pueblos anteriores a la Conquista, influyó con alguna importancia en la Legislación del México Colonial, ya que ésta confirmó muchos usos y costumbres de los pobladores nativos, siempre que no se opusieran a la religión católica, ni a la legislación de indias (49).

(49) Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias, Libro 20, Título I, Ley IV de 6 de agosto de 1955 p. 218.

Pero esa influencia es casi nula en la Legislación posterior al México Independiente, sobre todo en lo concerniente al Derecho Privado, cuyas instituciones están informadas en otros antecedentes, como se verá después.

En los diversos Territorios Indígenas con que se formó la Nueva España, rigió en un principio el derecho común-vigente en la metrópoli e igual sucedió con las otras Colonias Españolas de América.

Más tarde los Reyes expiden una Legislación especial para todas sus posesiones americanas y otras destinadas -- particularmente para alguna o algunas de ellas.

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

- A).- Con las Leyes Españolas, que tienen vigencia en su territorio.
- B).- Con las Leyes dictadas para todas las Colonias de España en América.
- C).- Con las Leyes expedidas especialmente -- para ella.

Pero realmente, el núcleo principal de todo ese derecho-que tuvo vigencia en el ámbito novo-hispano, lo constituyó el que existía de antemano en la metrópoli, por lo que es conveniente analizar sus antecedentes.

Con la colonización de que fueron objeto por parte de los Fenicios y Cartagineses, sus instituciones jurídicas sufrieron el primer impacto, seguido del que les produjo el dominio de Roma, que convierte a Iberia en una de sus -- provincias, haciendo que el Derecho Romano se aplicara-en el territorio conquistado.

Cuando la Península Ibérica fué posteriormente invadida por los Bárbaros, sus instituciones jurídicas sufren nuevamente la influencia extranjera, ya que los Godos hacen coexistir su derecho al lado del Ibero.

Es el Código de Eurico, probable obra de Juristas Romanos que lo elaboraron bajo la dirección del Ministro de ese nombre (467-485), la primera muestra que se conoce en Iberia del Derecho Godo. Surgen después el Código de Alarico o Breviario de Alarico (506) y otro con influencia romana, el de Leovigildo (568-586). Pero esos Códigos no lograron opacar la grandeza del Fuero Juzgo (564), -- producto de la confusión del Derecho Romano y del-Germánico, en el que cobró importancia el primero, suavizado a su vez por la filosofía del Derecho Canónico. Es el Fuero-Juzgo el primer cuerpo de leyes que rigió para vencedores y vencidos (50) .

La patria potestad en el derecho hispano-godo, no estaba basada en los principios que fundamentaron la que fué contemplada por derechos anteriores, en él los hijos quedaban sujetos tanto a la potestad paterna como a la materna, y el padre ya no los podía vender (como acontecía en el Derecho Romano).

Con la invasión Arabe, que trató de arrojar de España el dominio Godo, se inició un movimiento de conquista y reconquista, que permitió, que el Fuero Juzgo, continuara teniendo vigencia en su territorio, pero la falta de unidad no permitió arrojar de una vez por todas al invasor y prohibió la decadencia de la unidad jurídica.

Ejemplo de estos cuerpos de Leyes, es el Fuero Viejo de Castilla, modificado durante el reinado de Pedro I, en el Siglo XVI cuya importancia es más bien histórica, ya que es un modelo de incongruencia, comprende disposiciones que abarcan todas las ramas del derecho.

Bajo el reinado de Alfonso X, tuvo vigencia el Fuero Real (1254), prototipo del antiguo Derecho Español. El Espéculo y las Partidas (1256-1263), presentan en cambio, una acusada influencia romano-canónica. El Espéculo que no llegó a tener carácter de Ley, es una especie de antecedente de las Partidas y estas sólo lo tuvieron en virtud del Ordenamiento de Alcalá que así lo dispuso.

(50) Trinidad García, Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho, p. 58.

El Derecho expedido por este Rey, se singularizó por su -
 unidad, alejándose del vicio en que cayeron los fueros y —
 se complementó con el Ordenamiento de Alcalá, de Alfon-
 so XI y con las Ordenanzas Reales de Castilla u Ordena---
 miento Real.

Las Siete Partidas, aún cuando no constituyeron un monu-
 mento legislativo, como el de los juristas romanos, es —
 una magna obra del Derecho Español, que tiene una gran -
 importancia para el Derecho Mexicano, por haber regido-
 en nuestro Territorio cuando aún no habían surgido los Le-
 gisladores Mexicanos, posteriores a la consumación de la
 Independencia. En materia de patria potestad, se inspira-
 ron en el Derecho Romano, pues mientras la Ley Tercera,
 Título 17, Partida IV, declaraba que el poder paterno no -
 es como el que tiene el señor con sus esclavos, ni seme---
 jante a la jurisdicción de los Magistrados, ni a la sumisión
 que se debe al Obispo; sino que la potestad se toma por --
 "ligamiento de reverencia, e de subeción e de castigamien-
 to que debe haber el padre sobre su hijo". Las Leyes Se--
 gunda y Octava del mencionado Título, no permitían a la -
 madre el ejercicio de la patria potestad, y autorizaba al —
 padre para que vendiera en caso de miseria extrema y de-
 comérselo antes que entregar el castillo sin mandato de su
 señor".

Sin embargo, estas leyes no llegaron a otorgar al padre el
 derecho de vida o muerte que tenía el "pater familiae" ro-
 mano, sobre la persona del hijo, pero tampoco pusieron —
 término al ejercicio de la patria potestad, ya que ni la ma-
 yor edad ni el matrimonio, impedían que se prolongara. --
 Fueron las Leyes de Toro, precisamente la 47, en donde -
 se ordenó que eran libres o emancipados de la patria potes-
 tad, los que se casaran de acuerdo con los ordenamientos-
 de la madre Iglesia (51) .

Desde 1505 los Reyes Católicos, habían ordenado la elabo-
 ración de unas leyes, que pusieran término a las contra-
 dicciones existentes entre las diversas legislaciones del -
 reino, que eran más notables en materia civil; originándose

(51) M. Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, -
 p. 273.

por este motivo, las Leyes de Toro, que junto con las -- otras leyes expedidas con posterioridad y que tuvieron vigencia en el Territorio Español, se reúnen en la llamada Nueva Recopilación (1567). Esta obra tuvo por objeto -- reunir en un solo Código todo el Derecho Positivo, pero -- no logró su finalidad.

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

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

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

Una vez consumada la Independencia, la República continuó aplicando el Derecho Colonial, principalmente en materia -- civil se siguieron utilizando las Partidas, hasta 1859, en -- que el Lic. Benito Juárez promulgó en Veracruz las Leyes de Reforma, que modificaron muchos y muy importantes -- aspectos del Derecho Privado.

El señor Lic. Don Benito Juárez, encargó en el propio año de 1859 a Don Justo Sierra, la redacción de un proyecto de Código Civil que fué terminado y publicado en 1861, sir-- viendo de guía para la redacción de éste, el Proyecto del -- Código Español formulado por García Goyena, el cual a su vez se basó en el Código de Napoleón de 1804.

El Proyecto de Don Justo Sierra, tuvo gran influencia en la redacción del Código Civil Mexicano en 1870, que entró en vigor el 1.º de marzo de 1861 y que tiene sus fuentes de inspiración más importantes en los Códigos Francés y Portugués y en el Proyecto de García Goyena, aunque también toma antecedentes del Derecho Romano y de los Códigos de Cerdeña, Austria y Holanda.

El mencionado Código al disponer en sus artículos 390 y 391, que los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quienes corresponda ejercerla según la Ley: y que aquella se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los ilegítimos o reconocidos, nos da la idea de poderes otorgados a los padres respecto de la persona y de los bienes de los hijos; en lo que también está de acuerdo su comentarista Manuel Mateos Alarcón, cuando afirmó que en sentido estricto, la patria potestad es el derecho que tienen los padres de educar a sus hijos, corregirlos y administrar sus bienes. (52).

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

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

(52) Manuel Mateos Alarcón, "Lecciones de Derecho Civil", p. 272.

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

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

Pero podía darse el caso de que el menor abandonase la casa en que debía vivir, debido a malos tratos del que le tuviera bajo la patria potestad, entonces la propia autoridad administrativa estaba autorizada para poner en conocimiento del Ministerio Público tal circunstancia, para - que procediera conforme a sus facultades.

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

La obligación de educación, a pesar, de que el artículo - 395 del Código que se comenta, la establece en forma -- textual, es considerada indebidamente por el Tratadista - Manuel Mateos Alarcón como un derecho (53).

(53) Manuel Mateos Alarcón, Lecciones de Derecho Civil, p. 272.

Esta falta de precisión de que adolece el artículo mencionado que se repite en la mayoría de los Códigos del mundo en la actualidad, es causa de que la doctrina al referirse al derecho de educación, que este Código imponía como una obligación, haga hincapié exclusivamente en el aspecto intelectual de la misma, para determinar si el padre o quien ejerce la patria potestad, puede imponer una carrera al menor o dejarle elegir, pero sin referirse jamás a los otros dos aspectos que se han aludido.

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

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

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

Este derecho, tal como lo estableció el artículo 396 debía ser ejercitado con el equilibrio y la inteligencia necesaria para no caer en vicios que acercaran a la patria potestad a las formas que tuvo en la antigüedad, pero no creemos — que debiera usarse de él sin rigor como quieren algunos — juristas, claro que ese rigor debería ser como lo aconseja Lord Chesterfield, "Suaviter in modo fortiter in re", — suave en el modo, firme en el asunto; "El suaviter in modo" degenera en complacencia tímida y abyecta, si no se —

sostiene y dignifica con el "fortiter in re", que también — tocará en el extremo opuesto de impetuosa brutalidad, sino que se temple y naturaliza con el "suaviter in modo", — aunque sea para la combinación de ambos (54).

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

Desde los dieciséis años hasta la mayor edad o emancipación, el padre únicamente podía obtener la detención del — menor por seis meses a lo sumo, con autorización judicial quien después de conferenciar con el Ministerio Público, — debía librar o negar la orden de arresto, pudiendo reducir el tiempo de prisión solicitada por el progenitor; la madre en ambos casos, solo podía obtener la detención por la — segunda forma y tanto ella como el padre quedaban obligados a subvenir a las necesidades del hijo detenido y podían reducir el tiempo de la detención (55).

(54) Lord Chesterfield, "Cartas completas de Lord Chesterfield a su hijo Felipe Stanhope", T. 1.

(55) Julián Bonnecase, Elementos de Derecho Civil, p. p. 474 y 475.

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

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

En relación con las personas que debieran ejercer la patria potestad, dispone el artículo 392 que son por su orden:

1. - El padre.
2. - La madre.
3. - El abuelo paterno.
4. - El abuelo materno.
5. - La abuela materna.
6. - La abuela paterna.

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

Otra particularidad del Código que se examina, es la de que facultaba a la madre, a los abuelos y abuelas, para renunciar su derecho a la patria potestad o a su ejercicio, en cuyo caso, recaería en el ascendiente a quien correspondiera de acuerdo con la prelación anterior a derecho (art. 424). Lo singular de esta disposición, es que no surgiera dicha renuncia a condición de ninguna especie, lo que

nos hace pensar que este Código por la influencia del Derecho Español y del Código Napoleónico, continuaba, a — pesar de sus disposiciones de otra índole, considerando — que en la persona del padre era donde la institución encontraba su máximo exponente, y que respecto de las otras — personas llamadas a su ejercicio, carecía de importancia que verificasen o no la función. Aún más, el artículo 425 complemento del anterior, disponía que la persona que renunciaba a la patria potestad, no puede volver a ejercerla.

El hecho de dar a luz a un hijo ilegítimo y el de contraer — segundas nupcias, también era causa de pérdida del derecho de patria potestad en el Código Civil de 1870, y motivó en su caso, de que se abriera la tutela legítima (arts. 426 y 427).

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

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

En cuanto a la tutela legítima de los menores, expresamente disponía, que en caso de suspensión, pérdida o impedimento, de quien debía ejercer la patria potestad, había lugar a abrirla, y que debería recaer en primer lugar, en los hermanos varones, prefiriéndose a los que lo fueran por — ambas líneas y en segundo, por falta o incapacidad de los —

mencionados, en los tños hermanos del padre o de la madre (art. 546), dejando además, una amplia libertad de acción al Juez, para elegir al tutor legítimo más apto, en caso de que hubiera varios hermanos de igual vínculo o — varios tños del mismo grado. (art. 547) .

Observamos que el espíritu del Ordenamiento que se comenta, ya buscaba en la naturaleza de los seres, la orientación para designar a las personas capaces de substituir a quienes tuvieran el ejercicio de la patria potestad, en caso de que se les desposeyera de ella, por no ejercitarla en forma debida.

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

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

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

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

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

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

Se abre la tutela legítima, según el artículo 445 del Ordenamiento que se estudia :

- I. - En los casos de suspensión o pérdida de la -- patria potestad o de impedimento del que o de los que deban ejercerla.
- II. - Cuando no hay tutor testamentario.
- III. - Cuando debe nombrarse tutor por causa de -- divorcio.

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

Los llamados a ejercer la tutela legítima en el Ordenamiento que se estudia, eran:

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

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

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

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

Si por cualquier motivo o circunstancia, el abogado se en-- contraba ausente y la misma debía prolongarse, o no había adquirido la mayoría de edad, esa ausencia o falta de capa-- cidad temporales, se suplía en los términos que se han de-- jado detallados de acuerdo con lo dispuesto por los artícu-- los que hemos venido mencionando (art. 448), sin perjui-- cio de que al estar presente o capacitado, el abogado ocupa-- ra desde luego su cargo, cesando de inmediato el designado para suplirlo.

La ley sobre Relaciones Familiares, que fué promulgada -- por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encar-- gado del Poder Ejecutivo, señor Gral. Venustiano Carranza, el 9 de abril de 1917, vino a modificar muchos de los aspec-- tos del derecho de familia, tal como estaban regulados en --

el Código de 1884 otorgando determinadas prerrogativas a la mujer, con ánimo de borrar la situación de inferioridad, en que se encontraba respecto del hombre, tanto en dicho Código, como en las legislaciones anteriores. Modificó también, las disposiciones referentes al matrimonio y a las que regían respecto a la legitimación, para proteger la filiación de los hijos naturales, suprimiendo la designación de espurios.

Introdujo la adopción, no consagrando con ello, la libertad de contratación como se afirma en su capítulo de consideraciones (56). Pues se le sujetó a una serie de formalidades, en que se daba al Juez una intervención preponderante, pero eso sí, dando un paso enorme dentro del terreno de la protección de los menores, que en esta forma encontraron quizá un hogar, afectos y orientación, que antes de ser adoptados no tenían.

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

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

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

(56) Eduardo Pallares, Ley de Relaciones Familiares, comentada, p. 27.

b). - El artículo 366 del Código citado, fué substituído por el artículo 241, modificando el orden de las personas que aquel designaba, para asumir la patria potestad, disponiendo que éste se ejer- cía por :

- I. - El padre y la madre.
- II. - El abuelo y la abuela paternos.
- III. - El abuelo y la abuela maternas.

Igualan en esta forma los derechos del hombre y la mujer, acabando de una vez por todas, con la situación de inferioridad en que se encontraban - en estos aspectos, aunque en una forma más or- denada que la que se conoció en el derecho roma- no.

- c). - Substituyó también el artículo 367 del Código por su artículo 242, dando mayor generalidad a la -- disposición en aquel contenida, cuando dice : ---- "Solamente por falta o impedimento de todos los -- llamados preferentemente, entrarán en el ejer- cicio de la patria potestad, los que sigan en el or- den establecido en el artículo anterior". Supri- miendo por consiguiente el agregado que aquel -- contenía, en el sentido de que en caso de renun- ciar la madre o los abuelos al derecho de ejercer de la patria potestad, los substituirían el que les- siguiera en el orden que establecía.
- d). - Resumió en su artículo 244, los artículos 369 y - 370 del Código modificando su sentido, como con- secuencia natural de la igualdad en que colocó a la madre y a las abuelas para entrar al ejercicio de la patria potestad, al mismo tiempo que sus -- maridos, de tal suerte dicho artículo disponía que a los que tienen al hijo bajo su patria potestad, -- incumbía la obligación de educarle convenientemen- te y tenían al mismo tiempo, la facultad de corre- girlo y castigarlo templadamente y con mesura. - Como consecuencia lógica de esta modificación, - suprimió el artículo 372 del Código anterior.

- e).- Suprimió también, el derecho que la madre tenía para renunciar a la patria potestad, que si era un derecho en los Códigos de 1870 y 1884, hemos visto que estaba muy lejos de parecerlo, en la moderna filosofía que se desarrolla en el campo del derecho de familia; pudiendo considerarse -- ahora, como una verdadera inmoralidad tal renuncia. Por lo demás, dejó que los abuelos y las -- abuelas, pudieran voluntariamente abstenerse de ejercerla, tal como lo disponía la legislación anterior.
- f).- En lo que se refería a la tutela legítima, dejó -- subsistentes todas las disposiciones del Código, -- substituyendo únicamente, el artículo 445 por su artículo 333, que indicaba en su fracción I, que -- había lugar a la tutela legítima, en los casos de -- suspensión o pérdida de la patria potestad, o de -- impedimento del que debía ejercerla; como consecuencia también, de la igualdad de derechos, que -- para su ejercicio otorgó al hombre y a la mujer, -- dejando que subsistieran en forma idéntica las -- otras dos fracciones.

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

El Código anterior fué promulgado por el señor Gral. Don -- Plutarco Elías Calles, en su calidad de Presidente de la República el 30 de agosto de 1928, entrando en vigor el 1.º de octubre de 1932. Derogó toda la legislación civil anterior, -- dejando vigentes las disposiciones del Código de 1884, que -- expresamente determina; transformó el exagerado individualismo heredado del Código de Napoleón que aquél contenía, -- en normas más flexibles en que se da valor primordial al interés de la colectividad sobre el interés individual, introduciendo nuevas disposiciones, más en armonía con el concepto de solidaridad social.

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

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

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

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

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

Como puso fin a las distinciones que se hacían en las diferentes denominaciones de los hijos, de acuerdo con su filia-

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

Pero dicha Ley promulgada también, por el señor Gral. - Plutarco Elías Calles el 30 de marzo de 1928 y la que tuvo vigencia a partir del 1.º de octubre del mismo año, no -- señala normas para la educación de los menores, pudiendo darnos cuenta del espíritu que la anima, por el contenido -- textual de sus artículos 1.º., 6.º., 22, que dicen:

"Art. 1.º. - En el Distrito Federal, los menores de quince años de edad no contraen responsabilidad criminal, por las infracciones de las leyes penales que cometan; por lo tanto no podrán ser perseguidos criminalmente ni sometidos a procesos ante dichas leyes penales, o los reglamentos, -- circulares, y demás disposiciones gubernativas de observancia general, quedan bajo la protección directa del Estado, que previa investigación, observación y estudio necesarios, podrá dictar las medidas conducentes a encauzar -- su educación y alejarlos de la delincuencia.

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

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

"Art. 22. - Si de las investigaciones y del estudio prácticos, resultara que las infracciones cometidas por los -- menores o el abandono material o moral de éstos se deben a causas imputables a sus padres o tutores, a negligencia-

o falta de cumplimiento de las obligaciones inherentes a su investidura, el Tribunal podrá conminarlos al cumplimiento de sus deberes o imponerles algunas de las correcciones administrativas a que se refiere el artículo 21 de la Constitución General de la República o consignarlos al Ministerio Público cuando los actos u omisiones constituyen un delito penado por la ley".

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

En su artículo Iro. transitorio dice: "La presente ley comenzará a regir el día primero de octubre del año en curso y deroga todas las disposiciones del fuero común".

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

Ello quiere decir, que el Ordenamiento en cuestión, ataca el mal de fuera hacia adentro, toma al menor ya convertido en delincuente, en lugar de evitar que llegue a serlo, no disponiendo como debería disponer, que la persona que tenga el ejercicio de la patria potestad y no realice, la guarda y educación de los sujetos a ella, conforme a las normas que la propia ley debió establecer, se hará acreedor a tal o cual sanción cuando la conducta antisocial del menor sea consecuencia directa del abandono involuntario de los padres o en general, del incumplimiento injustificado de sus obligaciones respecto de sus hijos.

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

¿En qué forma se iban a dar a conocer a los encargados — de la patria potestad tales resoluciones? ¿De qué tipo de resoluciones se trata y cuál iba a ser el órgano encargado de dictarlas? Indudablemente, que tendrían que ser resoluciones que se dieran respecto de casos concretos, resoluciones individualizadas, en cuyo caso darían base para prevenir si es que llegaban a darse otras situaciones con características similares. ¿Y la enorme cantidad de casos, con características diferentes, cómo se resolverían?

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

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

Si se han elevado a la categoría de garantías constitucionales los derechos de los trabajadores, el derecho de los mexicanos para participar en la propiedad de la tierra monopolizada, los derechos de los burócratas, etc., con tanta o mayor razón, debería incluirse en nuestra Carta Magna, el derecho de los niños mexicanos a ser educados, moral, intelectual y físicamente por quienes los tengan en custodia, si de esa educación depende principalmente la estabilidad de la sociedad en que van a actuar y por tanto del futuro de la Nación.

En el caso particular del Distrito Federal, debiera reformarse el artículo 413 del Código Civil, dándole mayor precisión y certeza en este mismo aspecto de la educación y guarda de los menores.

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

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

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

En el artículo 420 reprodujo el 242 de la Ley de Relaciones Familiares, disponiendo además, que si solo faltare alguna de las personas, a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que le continuará en el ejercicio del Derecho, acabando de consagrar de esta manera, la igualdad del hombre y la mujer en este aspecto.

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

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

A).- El Consejo Local de Tutela del Distrito Federal, ya que no hay Municipios, está compuesto según el artículo 631 del Código Civil vigente, por tres personas: Un Presidente y dos vocales.

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

¿Sería posible que el Consejo de Tutelas ejerciera una vigilancia, aunque fuera en forma mínima, sobre esos 958,328 Jefes de familia, para cerciorarse de que cumplieran debidamente con sus obligaciones de guarda y educación respecto de sus descendientes, para que en caso contrario diera aviso respectivo al Ministerio Público para que éste a su vez, promoviera lo que correspondiera según dispone el Código Civil?.

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

El primer aspecto se presenta cuando el menor, antes de cometer actos delictivos, no está siendo debidamente formado por quien tiene los deberes que impone la patria potestad, -- bien porque se atiende a su instrucción, desentendiéndose el aspecto moral de su educación; bien, porque se desatiendan -- ambos aspectos. Y no siempre pensamos encontrar actos --- positivos como síntomas de que se está desvirtuando la formación moral del menor, hay abstenciones que producen tanto o más daño a esa formación que el ejemplo de las costumbres más depravadas. Para ejemplificar un caso de abstención, nos referiremos puntualmente al de los encargados de-

la patria potestad que agobiados por el trabajo y las necesidades, unos, por el apremio de una vida social muy intensa; otros, por simple falta de responsabilidad, lejos de su hogar de la mañana a la noche, dejan a sus menores hijos en manos de nadie, o bien, por toda una tarde o una mañana si es que asisten a la escuela, a merced de la influencia de las malas compañías, o de los malos vecinos, o de la soledad o el --- ocio, que son tan perniciosos como aquellos. La prensa ha dado a conocer frecuentemente los resultados de éste y otros tipos de abandono, así que no se necesita puntualizarlos más.

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

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

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

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

Una debe ser la Legislación Civil que se dicte para proteger a los menores; y, otra la Legislación Penal que se ocupe de esa protección, pero ambas individual y tajantemente determinadas.

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

Consagra también en su artículo 424, el deber de representación que tienen los que ejercen la patria potestad, en relación con los sujetos a ella, al disponer que estos no pueden comparecer en juicio, ni contraer obligaciones sin el expreso consentimiento de aquellos, pero tomando al mismo tiempo, una medida precautoria en favor del menor, al disponer que en caso de irracional descenso, resolverá el Juez a quién constituye el órgano de decisión.

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

CAPITULO IV

CAUSAS DE SUSPENSION, TERMINACION Y EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.

CAUSAS DE SUSPENSION, TERMINACION Y EXTINCION - DE LA PATRIA POTESTAD Y LA TUTELA.

SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

Nuestra legislación vigente en su artículo 447, establece — lo siguiente :

"Art. 447. - La patria potestad se suspende :

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

De lo anterior, se desprende que el Código Civil se refiere únicamente a causas legales y no facultativas, ya que las - malas costumbres de los padres, el abandono de sus deberes, los malos tratamientos de los hijos, o su abandono — por más de seis meses, constituyen según el artículo 444, - causas de pérdida de la patria potestad y no de suspensión - de la misma.

La patria potestad se suspende cuando el ascendiente no la puede ejercer, ya sea por incapacidad o por haber sido condenado a una pena que lleve consigo la suspensión de ese - derecho, tales como la de permanecer en presidio; por haber cometido delitos de violencia carnal, corrupción o malos ejemplos en la persona de un descendiente.

Se suspende también la patria potestad, cuando el padre se encuentre en estado de interdicción, idiotismo e incapacidad, así como cuando son sordo-mudos o si no saben leer ni escribir, pues en tales condiciones éste se encuentra imposibilitado para poder educar y dirigir la conducta de sus hijos dentro de nuestra sociedad.

Por otra parte, podemos señalar al mismo tiempo, que la - patria potestad se suspende debido a la ausencia física del - padre, pues de hecho, ésta impide su ejercicio.

PERDIDA DE LA PATRIA POTESTAD.

Según la obra del Maestro Luis Fernández Clérigo, denominada "El Derecho de Familia en la Legislación Comparada", las causas por las cuales se pierde la patria potestad, pueden dividirse en tres grupos :

- a). - Delictivas.
- b). - Culposas.
- c). - Causales.

También se pueden clasificar en :

- a). - Legales o de pleno derecho.
- b). - Facultativas o judiciales.

Generalmente son causas de pérdida de la patria potestad -- de carácter delictivo, aquellas en que incurre quien la ejerce, cuando ha cometido una infracción penal de tal naturaleza que le incapacite, no solamente de hecho, sino moralmente para ese ejercicio; como ocurre cuando es condenado por corrupción del hijo, como delincuente habitual por corrupción de otros menores y también cuando en la sentencia condenatoria por cualquiera otro delito, se impone como pena - la privación de la patria potestad.

Los de carácter culposos están constituidos por actos del padre o la madre, cuando estos se conducen mal en el cumplimiento de sus obligaciones, tanto respecto de la persona como de los bienes de los hijos, ya sea excediéndose en el rigor de correcciones y castigos; abandonándolos y no atendiéndolos debidamente; siendo negligentes o maliciosos en la administración y cuidado de sus bienes.

Los motivos causales o no culposos, pueden estar constituidos por pasar la madre a segundas nupcias, donde el hecho - lleva aparejada la pérdida de la patria potestad, por ausencia inculpable o por demencia incurable.

Son motivos legales o extintivos de la patria potestad de pleno derecho, los que la ley consigna como causa inmediatamente productora de la pérdida de la patria potestad.

Los motivos judiciales son aquellos que dependen de circunstancias y pruebas que el Juez debe apreciar libremente, para decretar o no la privación.

En tales casos, ésta puede ser total, o sea, de todos los derechos y facultades, o parcial, es decir, solamente de algunos que la propia sentencia señalara.

El artículo 444 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales vigente, establece lo siguiente:

Art. 444.- La patria potestad se pierde:

- I.- Cuando el que la ejerza es condenado dos o más veces por delitos graves.
- II.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 283, que en su --- apartado segundo, establece :

"Que cuando la causa de divorcio fuere la sevicia, las amenazas y las injurias graves de un cónyuge para el otro, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable la recuperará."

Podemos decir que la ley emplea el vocablo "recuperará", significando que, entre tanto, carece el cónyuge culpable de los derechos inherentes a esa patria potestad, debiéndose comprender entre ellas, el de demandar la pérdida de esos mismos derechos a la persona que lo ejerce, o sea, el cónyuge a alguno de los ascendientes; acción que debe estimarse como una de las manifestaciones características del derecho de que se trata.

- III.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudiera comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal.

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

Por otra parte, podemos decir que para que las malas costumbres sean causa de pérdida de la patria potestad, es indispensable que las mismas sean anteriores al nacimiento del hijo (57).

El ejercicio de la patria potestad no se pierde por carecer de elementos pecuniarios para alimentar al menor, aún cuando se hubiere llegado a demostrar que el padre no tiene elementos necesarios para alimentar a sus hijos.

Es improcedente solicitar la pérdida de la patria potestad, fundándose para ello en que el padre de un menor lo tiene en abandono, debido a que la mayor parte del día se encuentre fuera del hogar en el desempeño de su trabajo, aún cuando en su ausencia, el menor quede al cuidado de un familiar menor de dieciocho años; ya que es obligación primordial del padre, atender al sostenimiento económico de la familia y como para ello, es necesario salir de su domicilio, no por eso puede significar un abandono de su hogar, sino por lo contrario, entraña atención y cuidado de los mismos, ya que con esa conducta está protegiendo a su familia.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD.

Nuestro Código Civil vigente, señala en su artículo 443, - que la patria potestad se acaba:

- a). - Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga.
- b). - Con la emancipación.
- c). - Por la mayor edad del hijo.

Esto es, la patria potestad se acaba por el verificativo de ciertos acontecimientos naturales y normales, tales como la muerte del que la ejerce o la emancipación del menor sometido a ella. Les denominamos naturales, porque son efecto de la naturaleza.

Ordenada la protección del incapaz, dicha potestad se extingue naturalmente, es decir, cuando el hijo cumple la mayoría de edad que actualmente es a los dieciocho años, o cuando quien es investido de dicho poder, no es capaz o digno de ejercerla.

Podemos decir que la emancipación es la disolución para el hijo menor del vínculo de la patria potestad; y si se encuentra sujeto a tutela, por la aptitud en él reconocida para realizar actos jurídicos que no entrañen mucha gravedad e importancia.

En este concepto, las diferencias resultan muy escasas entre las legislaciones, pudiendo asegurarse, en síntesis, que casi todas ellas reconocen unos mismos motivos y que son precisamente los que ya hemos dejado apuntados anteriormente.

FORMAS DE RENUNCIAR LA PATRIA POTESTAD.- SU EXCEPCION EN NUESTRA LEGISLACION VIGENTE.

El artículo 448 de nuestro Código Civil vigente, establece que la patria potestad no es renunciable, pero aquellos a quienes corresponda ejercerla, puede excusarse:

- I.- Cuando tengan sesenta años cumplidos.
- II.- Cuando por su mal estado habitual de salud, no puedan atender debidamente a su desempeño.

En tal virtud, podemos decir que todas aquellas personas — que ejercen la patria potestad, ya por ancianidad, enfermedad incurable o contagiosa, o por otra causa, la ley les — permite renunciarla, en virtud de que se consideran inca-- paces para poder cumplir con los deberes que la patria po-- testad les impone, pues ello, antes que perjudicar, reporta un beneficio a los hijos, ya que con esto quedarán mejor -- protegidos bajo la dirección de personas más aptas y capa-- citadas para dicho fin, aunque tal renuncia está sujeta a la condición de que no se puede recobrar la patria potestad, — una vez hecha, por la misma razón por la cual se otorga. — Es una pena que se impone al ascendiente, que pudiendo -- ejercer ese derecho, lo rehusa para evitarse molestias o — por simple egoísmo.

EXTINCION DE LA TUTELA.

Podemos señalar como causas de extinción de la tutela, los enumerados por el artículo 606 del Código Civil de 1928, y que son:

- I. - La tutela se extingue por la muerte del pupilo o porque desaparezca su incapacidad.
- II. - Cuando el incapacitado sujeto a tutela entra a la patria potestad por reconocimiento o por adopción.

No obstante lo anterior, podemos ampliar para efectos de — nuestro trabajo, las siguientes causas de extinción de la tu-- tela, esto debido a la parquedad con que nuestra Legislación trata este tema :

- a). - La muerte del pupilo.
- b). - Su mayor edad.
- c). - Su emancipación.
- d). - La desaparición de los motivos que dieron lugar a su estado de interdicción o a su -- incapacidad total o parcial según sea el caso.

En relación con la muerte del pupilo, podemos decir que ésta es común a todos aquellos que se encuentran sometidos a tutela. Si el pupilo fallece, es obvio que dicha institución, por su propia naturaleza, se extinga.

Por lo que hace a la mayoría de edad y emancipación, podemos decir que éstos son conceptos peculiares de la tutela de los menores.

Por último, la fracción IV es privativa de la tutela instituida sobre aquellas personas que se encuentran en estado de interdicción o incapacitados por razón de enfermedad u otras causas semejantes, tales como la prodigalidad o embriaguez.

CONCLUSIONES.

96

I.- La patria potestad en Roma, era un poder establecido - en interés del padre que la ejercía, quien tenía un dominio - absoluto sobre sus hijos, tanto, que le era permitido enaje-- narlos como esclavos o cambiarlos como cosas; y aún, dar-- les muerte.

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

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

IV.- La tutela es una institución establecida por la ley para - suplir la incapacidad civil de las personas, con la finalidad - de protegerlas en la celebración de los actos jurídicos en -- general, con un sentido de interés público.

V.- La evolución de la tutela ha sido en un sentido semejan-- te a la de la anterior; su nota fundamental es su fin de pro-- tección, que hace de ella más importante institución de guar-- dería legal.

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

VII. - Se distinguen, además, las dos instituciones, en que la patria potestad está organizada por la naturaleza y sancionada por el Derecho Positivo; diferentemente, la tutela — está organizada por el Derecho Positivo sobre la base del — derecho natural; aquella es, por lo tanto, de Derecho Natural; ésta de Derecho Positivo.

VIII. - En todos los bienes que el hijo adquiere por su trabajo, la administración y el usufructo le pertenecen en los que adquiere por herencia, legado o donación; la administración y la mitad del usufructo pertenecen a los padres o a las personas que legalmente ejerzan sobre ellos la patria potestad.

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

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

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

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- BONNECASE, JULIAN. - "Elementos de Derecho Civil". Traducción por el Lic. José M. Cajica, Jr. Editorial José - M. Cajica, Puebla, 1945.
- 2.- BONNECASE, JULIAN. - "La Filosofía del Código de Napoleón aplicada al Derecho de Familia". Traducción por el - Lic. José M. Cajica, Jr. Editorial José M. Cajica, Puebla, - 1945.
- 3.- CALVA, ESTEBAN. - "Instituciones de Derecho Civil se-
gún el Código del Distrito Federal y Territorios de la Baja -
California". Editorial Imprenta de Díaz de León y White, Mé-
xico, 1874.
- 4.- CICU, ANTONIO. - "El Derecho de Familia". Traducción
de Santiago Sentifa Melendo. Ed. Soc. Anón. Editores, Buenos
Aires, 1947.
- 5.- COUTO, RICARDO. - "Derecho Civil Mexicano". Editó-
rial La Vasconia, México 1919.
- 6.- CHESTERFIELD, CONDE DE. - "Cartas completas de -
Lord Chesterfield a su hijo Felipe Stanhope", vertidas del In-
glés por Luis Manerio. Editorial Diana, S.A., México, 1949.
- 7.- DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO. - Editorial La--
bor, S.A. Barcelona, 1960.
- 8.-ESCOBAR DE LA RIVA, ELOY. - "La Tutela". Editorial-
Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.
- 9.- FERNANDEZ CLERIGO, LUIS. - "El Derecho de Familia-
en la Legislación Comparada". Unión Tipográfica Editorial --
Hispano - Americana, México, 1947.
- 10.- FUSTEL DE COULANGES, NUMA DIONISIO. "La Ciudad
Antigua". Trad. del Francés por Carlos A. Martín. Editorial
Iberia, S.A., Barcelo, 1965.

- 11.- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO.- "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México, 1956.
- 12.- GARCIA, TRINIDAD.- "Apuntes de Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa, S.A. México, 1965.
- 13.- KOVALEVSKY, MAXIMO.- "Orígenes y evolución de la Familia y de la Propiedad". Traducción por Antonio Ferrery Robert. F. Granada y Cía. Editores. Barcelona.
- 14.- KRISCHE, PABLO.- "El enigma del matriarcado". Estudio sobre la primitiva época de acción y valimiento de la mujer. Traducción del Alemán al Castellano por Ramón de la Cerna. Revista de Occidente. Madrid, 1930.
- 15.- LUBAN, MIGUEL.- "Legislación Soviética Moderna". Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana. México, 1947.
- 16.- MANTILLA MOLINA, ROBERTO L.- "Derecho Mercantil", Editorial Porrúa, S.A. México, 1970.
- 17.- MATEOS ALARCON, MANUEL.- "Lecciones de Derecho Civil". Editorial Librería de J. Valdez y Cueva, México, 1885.
- 18.- MULLER LYER, FRANZ CARL.- "Die Familie". -- Traducción al Castellano por Ramón de la Cerna. Munich, - 1912.
- 19.- PALLARES, EDUARDO.- "Ley sobre Relaciones Familiares comentada y concordada con el Código Civil vigente en el Distrito Federal y Leyes Extranjeras". Segunda Edición, Librería de la Vda. de Ch. Bouret, México, 1953.
- 20.- PETIT, EUGENIO.- "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editorial Nacional, S.A. México, 1953.
- 21.- PLANIOL, MARCELO Y RIPERT, JORGE.- "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés". Traducción Española por el Dr. Mario Díaz Cruz. Editorial Juan Boxó, Habana, - 1927.

22.- RODRIGUEZ, ARIAS BUSTAMANTE, LINO.- "La Tutela". Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1954.

LEGISLACION.

- I.- Anales de Jurisprudencia. Quinta Sala. Tesis XXXIX, -
pág. 531.**
- II.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.**
- III.- Código Civil Mexicano de 1884.**
- IV.- Código Civil para el Distrito y Territorios Federales -
vigente.**
- V.- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y -
Territorios Federales.**
- VI.- Ley de Relaciones Familiares.**

• • •