

FACULTAD DE DERECHO

U. N. A. M



"LA PATRIA POTESTAD"

TESIS

Que para obtener el título de
Licenciado en Derecho

Presenta:

JOSE ARTURO ORANTES FERNANDEZ DE CASTRO

MEXICO

1973



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*A mi Padre (Q.e.p.d.)
A la memoria de mi mejor amigo, de
un gran padre y de todo un hombre.*

*Con el inmenso deseo de que me
perdone por no haberle dado la
dicha de vivir este momento.*

*A mi Madre.
Como un pequeño homenaje a sus
desvelos, sus angustias y sus
anhelos de recibir esta alegría;
quien nunca perdió la esperanza
de vivirla.*

*A mi Abuelita Esther (Q.e.p.d.)
Todo amor, todo ternura, todo
cariño para mi y los suyos.*

A mi Esposa.

*A la novia de mi niñez, a la novia de mi
juventud, al amor de toda mi vida.*

*A quien con todos sus esfuerzos, medios
y sacrificios, me impulsó a llegar a
este momento.*

A mis Hijos.

*Marissa, Mariana, Mariela, Marcela y
Arturo.*

Con el amor infinito que les profeso.

A mi abuelo Arturo y a la memoria
de mis abuelos paternos (Q.e.p.d.)
Por quienes siempre sentí gran amor,
no obstante la lejanía.

A mi Tío Luis Fernández de Castro,
Por sus sabios consejos y su deci-
dido apoyo para la elaboración de
este trabajo.

A todos mis Tíos y Primos,
Con afecto y cariño.

Al Sr. Felipe Villarreal Yandiola
y Sra.
Quienes siempre me han visto
como un hijo y en reciprocidad
han tenido cariño y ternura.

*A mis Maestros.
En especial al Sr. Lic.
Don Jorge Sánchez Cordero,
guía del presente trabajo;
todo un maestro y amigo.*

*A mis Compañeros y Amigos.
En particular a los Sres. Licenciados
Sergio López de la Torre y Carlos
Gamas y Santoyo, por su desinteresado
apoyo y estímulo.*

I N D I C E

TITULO I

Antecedentes Históricos

Capítulo 1º Derecho Romano.

Capítulo 2º Derecho Mexicano.

A) Azteca

B) Epoca Colonial

C) Epoca Independiente

TITULO II

Derecho Comparado

Capítulo 1º Legislación Francesa

Capítulo 2º Legislación Española

Capítulo 3º Legislación Italiana

Capítulo 4º Legislación Alemana

TITULO III

Analítica del Tema

Capítulo 1º Personas que ejercen la Patria Potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio.

Capítulo 2º Personas que ejercen la Patria Potestad sobre los hijos extramatrimoniales.

Capítulo 3º Personas que ejercen la Patria Potestad sobre los hijos Adoptivos.

TITULO IV

Capítulo 1º Extinción, pérdida y suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.

Capítulo 2º Disposiciones legales para el caso de divorcio de los padres.

TITULO V

Capítulo 1º Derecho Positivo

Capítulo 2º CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

TITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Capítulo 1o. Derecho Romano.

Es indudable que el pasado nunca muere absolutamente para el hombre, lo podrá éste olvidar, pero siempre mantiene su influencia en sí, ya que, tal como se manifiesta en el presente de cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes. Si el hombre desciende a lo recóndito de su psiquis, ahí encontrará e identificará las huellas de esas diferentes épocas, según lo que cada una haya depositado en él.

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

Estudiando los diversos pueblos y las costumbres de éstos a la luz de la historia, vemos como en la antigüedad, la patria potestad fué concebida como un poder que ejercía el padre sobre los hijos y en la actualidad se le contempla como una función que ha de realizar el padre en beneficio de los hijos. Es decir, para la concepción antigua de la patria potestad, ésta era un derecho; en la concepción moderna, es un deber, una obligación.

Se sabe que la patria potestad en el derecho antiguo significaba un privilegio, una facultad y aún más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones primitivas, revestía un carácter despótico que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. Dicho concepto original, con el transcurso del tiempo fue suavizándose y haciendo que se fuera convirtiendo, de una autoridad absoluta ejercitada en forma de dictadura, en una Institución de protección y beneficio hacia los sometidos, los cuales a su vez se fueron reduciendo de toda una tribu o familia, para quedar únicamente restringido, su grado de aplicación, a los hijos exclusivamente, rigiéndolos desde el momento de su nacimiento hasta lograr la mayoría de edad, momento en que debe terminar automáticamente, la potestad que sobre ellos se detenta. Ya en las legislaciones que reconocen a esta figura jurídica como una Institución que tiende al bienestar del descendiente, debe cesar cuando ya no sea ésta, medio necesario para conseguir dicho fin; pues el descendiente ya podrá bastarse por sí mismo, sin necesidad de la protección paterna que lo tuteló en su minoridad.

TITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

Capítulo 1o. Derecho Romano.

Es indudable que el pasado nunca muere absolutamente para el hombre, lo podrá éste olvidar, pero siempre mantiene su influencia en sí, ya que, tal como se manifiesta en el presente de cada época, es el producto y resumen de todas las épocas precedentes. Si el hombre desciende a lo recóndito de su psiquis, ahí encontrará e identificará las huellas de esas diferentes épocas, según lo que cada una haya depositado en él.

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

Estudiando los diversos pueblos y las costumbres de éstos a la luz de la historia, vemos como en la antigüedad, la patria potestad fué concebida como un poder que ejercía el padre sobre los hijos y en la actualidad se le contempla como una función que ha de realizar el padre en beneficio de los hijos. Es decir, para la concepción antigua de la patria potestad, ésta era un derecho; en la concepción moderna, es un deber, una obligación.

Se sabe que la patria potestad en el derecho antiguo significaba un privilegio, una facultad y aún más que eso, un poder a favor del padre que la ejercía y en casi todas las legislaciones primitivas, revestía un carácter despótico que entrañaba un arbitrio de vida o muerte sobre las personas sujetas a ella. Dicho concepto original, con el transcurso del tiempo fue suavizándose y haciendo que se fuera convirtiendo, de una autoridad absoluta ejercitada en forma de dictadura, en una Institución de protección y beneficio hacia los sometidos, los cuales a su vez se fueron reduciendo de toda una tribu o familia, para quedar únicamente restringido, su grado de aplicación, a los hijos exclusivamente, rigiéndolos desde el momento de su nacimiento hasta lograr la mayoría de edad, momento en que debe terminar automáticamente, la potestad que sobre ellos se detenta. Ya en las legislaciones que reconocen a esta figura jurídica como una Institución que tiende al bienestar del descendiente, debe cesar cuando ya no sea ésta, medio necesario para conseguir dicho fin; pues el descendiente ya podrá bastarse por sí mismo, sin necesidad de la protección paterna que lo tuteló en su minoridad.

Para poder delimitar y entender perfectamente la materia que nos ocupa, debemos hacer notar que los individuos en el Derecho Romano, se dividían en dos clases de personas: La *Alieni Juris* y las *Sui Juris*.

Se llaman *Alieni Juris* a las personas sometidas a la autoridad de otro y *Sui Juris* a las personas libres de toda autoridad o sea que dependían de ellos mismos y son los *patters familias* o Jefe de Familia; este título implica el derecho de tener un patrimonio y de ejercer sobre todos los miembros de su familia su potestad.

Pater Familias.—Probablemente del latín *parere*; engendrar, palabra compuesta definida de la siguiente manera: "Es la locución de que se sirve el Derecho Romano, para designar al varón que ejerce la autoridad sobre la familia, sin estar sometido, por su parte a la potestad de otro ascendiente". (1)

La Institución de la *Patria Potestad* fué una piedra básica en el desarrollo de la familia romana y por lo mismo, objeto de una cuidadosa regulación jurídica.

"Originalmente, en Roma, el titular de la *Patria Potestad*, ya fuera el padre o el abuelo, tenían un poder casi ilimitado sobre el hijo; eventualmente podían incluso darle muerte (*ius vitae necisque*). Posteriormente habría de atemperarse esta amplia facultad". (2)

El poder amplio del padre se advertía en la suma de facultades, como en su duración.

Las facultades se clasificaban: en cuanto a la persona del menor y en cuanto a su patrimonio.

Las facultades del padre sobre los hijos, en el orden personal, eran las siguientes:

- a) Podía abandonarlo como si fuera una cosa (*res*) o un esclavo;
- b) Podía venderlo; recuperarlo y volver a venderlo;
- c) Podía reivindicarlo;
- d) Podía castigarlo e inclusive causarle la muerte.

Analizando las fuentes productoras de la *patria potestad* en el Derecho Romano, vemos que éstas eran: La Natural y La Artificial.

Dentro de la adquisición de la potestad natural encontramos las "*Iustae Nuptiae*" o "*Iustum Matrimonium*" y la "*Legitimación*".

Como formas o actos artificiales para obtenerla tenemos a la "*Adrogatio*" y la "*Adoptio*", o sea la drogación y adopción respectivamente.

(1) Diccionario de Derecho Privado. Tomo II Pág. 2933.

(2) Margadant Floris, Guillermo. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge 1960. Págs. 136-137.

Las Justas Nupcias.—Es la fuente principal de la potestad paterna ya que normalmente se adquiere por la concepción del hijo en matrimonio legítimo. En el momento de nacer estos hijos caen bajo la patria potestad del padre y entran a formar parte de la familia civil de éste, o si el padre es a su vez hijo de familia, quedan sometidos a la potestad de quien es el jefe de familia, en cambio con la madre sólo existe un lazo natural de cognación.

Las condiciones para contraer matrimonio en Roma eran las siguientes:

- A) La pubertad de los esposos;
- B) El consentimiento;
- C) El consentimiento del jefe de la familia;
- D) El conubium.

Cuando faltaba alguna de estas condiciones apuntadas, el matrimonio era nulo y no producía por consiguiente ningún efecto legal. En cuanto a los hijos de estos matrimonios nulos, nacían *sui juris* y eran tratados como hijos nacidos en caso accidental, entre hombre y mujer, pero en cambio estaban unidos a la madre y a los parientes maternos por la cognación.

Para los efectos de la filiación, el derecho romano estableció el término mínimo de ciento ochenta días para presumir que el hijo nacido en ese tiempo era hijo de justas nupcias y de trescientos días de embarazo como máximo, para el mismo efecto después del matrimonio. Los hijos ilegítimos no entraban a la familia del padre y por lo mismo a su poder.

La Legitimación.—En la actualidad se ha descompuesto el sentido jurídico de esta palabra, ya que en Roma se empleaba en el sentido de hacer legítimo lo que no lo era y más concretamente hacer legítimo a los hijos nacidos fuera de matrimonio. La legitimación en el Derecho Romano indica ciertos medios por virtud de los cuales los emperadores cristianos, para favorecer las uniones irregulares, permitían al padre adquirir la autoridad paterna sobre los hijos naturales nacidos del concubinato, mediante la subsiguiente legitimación, obteniendo por este medio la consideración jurídica de hijos legítimos.

La forma más importante de la legitimación es la del matrimonio de los concubinos siempre y cuando no existan impedimentos para ello.

También procedía la legitimación cuando el padre declaraba con un documento público o semipúblico que reconocía al hijo y manifestaba querer tratar como propio, a un hijo habido de una mujer libre con que hubiere podido contraer válido matrimonio.

A estas formas de legitimación, se les dió como efectos legales, la obligación de dar alimentos, así como también se les otorgó ciertos derechos hereditarios.

La Adopción.—La adopción (adoptio) es una institución de Derecho Civil, cuyo efecto es crear entre dos personas, relaciones análogas a las que crean las justas nupcias entre el hijo y el jefe de familia. En sentido estricto en la adopción de un hijo de familia, sin distinción de sexos, se efectuaba mediante un negocio jurídico; consistiendo dicho negocio jurídico en dos actos: La mancipatio del hijo de familia, por parte de su padre natural, y La vendicatio de aquél, por el padre adoptivo.

Por efecto de la mancipatio se extingue la patria potestad del padre natural; por conducto de la vendicatio se origina la patria potestad del padre adoptivo. De esta manera hace caer bajo la autoridad paterna el derecho que tenía sobre el descendiente.

Por lo que toca al patrimonio de los hijos:

Los hijos no podían ser propietarios de ningún bien; todo lo que adquirían pasaba al patrimonio del padre.

Por lo que respecta a la duración, el poder se prolongaba toda la vida.

"La patria potestad en Roma, no se extinguía al madurar el hijo ni al envejecer el padre, cualquiera que fuera la edad de ambos, incluso cuando el hijo se casaba o tenía hijos". (3)

No terminaba el poder que el padre ejercía, con la mayoría de edad del hijo, ni aún cuando éste hubiera alcanzado un alto rango social, pues solamente concluía con la muerte del progenitor. Como una excepción a este principio de sujeción del hijo, éste puede liberarse de la autoridad del padre cuando sale de la familia (mujer casada con manus o hijo dado en adopción), en cuyo caso salen de una patria potestad y caen en otra, o bien en caso de mancipatio.

La patria potestad es el poder jurídico pleno del jefe de la familia sobre los hijos, hijos de hijos, y así sucesivamente.

La situación jurídica del hijo sometido a la potestad paterna difiere a la del esclavo sujeto a su dueño, en que éste es considerado legalmente como una res (cosa), y el hijo en cambio, es una persona cuya situación de sumisión al pater familias se dá mientras éste viva, pero cesa tan pronto muere el pater familias; aunque en el ámbito del derecho privado, la situación del esclavo y la del hijo de familia son casi idénticas.

"La potestad paternal sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, no es como la autoridad del señor, una institución del derecho de gentes; es de derecho civil y no puede ejercerse mas que por un ciudadano romano sobre un hijo también ciudadano". (4)

(3) Castán Vázquez, José Ma. "La Patria Potestad". Editorial Revista de Derecho

(4) Eugène Petit. Tratado Elemental de Derecho Privado, Pág. 101.

Por lo que se refiere a la venta del hijo, el padre podía comerciar con el hijo que tenía bajo su autoridad, es decir, cederle a un tercero su autoridad y sus derechos sobre el mismo, a título oneroso; por regla general el padre enajenaba al hijo en un momento de miseria y en un precio efectivo, ejecutando una verdadera venta. A veces también los cedía a su acreedor en señal de garantía; a esta figura de comerciar con los hijos se le llamaba *mancipium*, de donde se deriva la emancipación.

Es indudable que el hijo no era un bien, como el esclavo, pero sí un instrumento de adquisición, teniendo el valor que sus servicios pudieran prestar, comprometiéndose la persona que lo adquiría, libertarle al cabo de un tiempo determinado, pero si se rehusaba, el censor podía anular el *mancipium*, quedando el hijo nuevamente bajo la autoridad paterna.

El poder del padre fué limitándose, al mismo tiempo que evolucionaba la familia romana, de la que era soporte. Así el poder paterno ilimitado y egoísta en su origen, se fué transformando en una función de beneficio para el hijo.

Durante la República, el poder paterno no sufrió restricción alguna, pero en el último siglo de esta época, los derechos de los hijos se empiezan a reconocer en forma gradual. Habiendo sido en la Época Imperial donde hubo una mayor declinación del poder paterno, por lo que la patria potestad se convierte en fuente de derechos y deberes mutuos entre padre e hijo.

La venta de los hijos se declaró ilícita y sólo fué permitida al padre en caso de extrema necesidad para procurarse alimentos; Diosesano prohibió la enajenación de los hijos en cualquiera de sus formas, ya fuese venta, donación o empeño; pero Constantino renovó este derecho permitiendo al padre la venta en caso de ser indigente y estar abrumado por la necesidad, otorgándole la facultad de poderlo recuperar al reintegrar la cantidad obtenida al comprador.

Bajo el Imperio de Constantino también fué prohibido el abandono de los menores, que en un principio estaba admitido al padre, estableciéndose que el hijo abandonado estuviese bajo la autoridad de quien lo recogiera, bien como hijo, o como esclavo, pudiéndolo declarar libre en forma *sui juris*.

Desde el punto de vista patrimonial el hijo no podía primitivamente, ser titular de derecho y sólo se le consideraba como un instrumento de adquisición de bienes y productos en favor del padre que por Ley era el dueño absoluto de esos bienes. Todo lo que el hijo adquiría se entendía adquirido por el padre; pero las deudas adquiridas por el hijo en nada afectaban el patrimonio del padre. Sin embargo, en la familia no existe un patrimonio del hijo y otro del padre, sino un solo patrimonio, cuyo jefe es el amo absoluto, y los hijos tenían un derecho de

copropiedad sobre los bienes que han contribuido a aumentar ese acervo familiar, durante la vida del jefe, pero a su muerte pasaban entonces a ser propietarios absolutos de ellos a título de herencia.

Por otra parte la regla por la cual los hijos de familia no podían tener nada en propiedad, se modificó en el Bajo Imperio, en el que ciertas adquisiciones les fueron permitiendo obtener, otorgándoles la absoluta propiedad de las mismas. Además también entró a su peculio personal las cosas que el padre le daba para su utilidad particular y que constituye para el menor un peculio, semejante al que se le concedía al esclavo. Esta innovación en beneficio del sometido a la patria potestad creó la Institución del peculio del sometido, lo que vino a aminorar la incapacidad del mismo para poseer. El peculio es por lo tanto un conjunto de bienes, cosas corporales y derechos patrimoniales, que el padre atribuye al hijo, siempre por razones comerciales o de decoro, que estime conveniente concederle; lo que viene a darle una cierta libertad económica al sujeto a la potestad paterna.

El maestro Agustín Verdugo establece: "Para el hijo sujeto a la patria potestad en Roma existen tres clases de peculios:

- El Profecticio;
- El Adventicio; y
- El Castrense.

El Profecticio.—Fué el primero que existió y consistía en considerar a todos los bienes adquiridos por el hijo como propiedad absoluta del pater familias, siendo sólo el hijo un administrador o representante de dichos bienes.

El Adventicio.—La propiedad correspondía al hijo y el padre sólo tenía derecho de usufructo, durante su vida, pero podía gozar y administrarlo libremente, sin obligación de caucionar su manejo, ni siquiera de hacer inventario, pues se consideraba, como suficiente garantía de una buena administración, el natural amor del padre hacia los hijos. Este peculio comprendía todos los bienes ganados por el hijo fuera de cualquier procedencia paterna, ya por su trabajo, con excepción del servicio militar, ya por la fortuna o por sucesión de su madre o de sus parientes maternos, o por donación a causa de su matrimonio.

El Castrense.—Era el obtenido por el hijo en el servicio militar, del cual tenía derecho de disponer si moría, por testamento; pero si el hijo moría ab-inestato, se presumía que el peculio había pertenecido siempre al padre en virtud de su autoridad doméstica. También pertenecían a este peculio, los bienes adquiridos por el hijo en la Corte, ya fuesen fruto de sus economías o de las mismas donaciones imperiales; igualmente corresponden los honorarios o sueldos como asesor abogado, oficial adjunto al prefecto del pretorio, como obispo, etc., etc., teniendo el hijo sobre estos bienes un completo dominio que lo asimila al pater

familias; es propietario y administrador, no necesita para nada el consentimiento paterno y con capacidad plena y entera para contratar. Una sola excepción se oponía antes de Justiniano y ya vigente el Derecho Imperial, a la libre y absoluta independencia del peculio castrense, el cual, en caso de intestado del hijo, caía en poder del padre; pero este Emperador suprimió el último vestigio del antiguo poder quiritarario sobre los hijos, estableciendo que a falta de testamento, el peculio castrense sería distribuido: primero, a sus hijos; segundo, a los hermanos; tercero, al padre, quien de esta manera quedaba convertido en mero heredero posible del hijo". (5)

La autoridad paterna no surte ningún efecto sobre la condición social del hijo de familia, pues disfruta de los derechos políticos y puede ocupar los cargos públicos que le confieran sin necesidad de la autorización paternal. También el derecho pretorio admitió que el hijo pudiese ejercitar la acción de injurias, cuando la ofensa que recibió, no hubiese podido ser vengada por el padre por hallarse éste ausente, ya que el Derecho Civil no permitía al hijo ser autor en causa propia. La Jurisprudencia le permitió también ejercitar la acción que corresponde al patrono contra el liberto, cuando el liberto demanda al patrono sin obtener la previa autorización del magistrado; puede también usar medios procesales urgentes con el interdicto. En el procedimiento extraordinario los hijos de familia son admitidos más ampliamente.

Es oportuno dejar perfectamente establecido que el pater familias, dueño absoluto de derechos en esta época, no sólo ejercía su poder en relación a sus hijos sino en relación con todos los miembros que integraban su familia y sobre todo sobre la mujer (in manu) que está en una condición análoga a la de una hija más e incluso, también tenía sobre ella la facultad de vida y muerte, que fué derogado por la Ley Juliana; es obvio por lo tanto, decir, que la madre no compartía la patria potestad sobre sus hijos que sólo era ejercida por el padre, aún cuando fuera él un anciano, ya que la madre nunca puede detentar la potestad paternal, limitándose su papel al de atender al hogar y a influir con cariño y ternura en la educación de los hijos, sometida de por vida al poder de la (manus) durante la existencia de su marido, que aún al morir éste no quedaba libertada como los hijos en su caso, que era necesario nombrarle un tutor, ya fuere testamentario, por el propio marido, o legítimo; por el magistrado competente.

Tampoco tenían que dar ellas su consentimiento para que sus descendientes contrajeran matrimonio; sin embargo, paulatinamente y en forma no muy definida al principio, vino preparándose la gran revolución legislativa que hizo posible la intervención de la madre en los asuntos concernientes a sus hijos, y así fueron estableciéndose normas que daban decidida intervención a la madre. Ya en la Constitución Imperial otorgó a la madre facultad de poder intervenir en la elección de un ma-

(5) Principios de Derecho Civil Mexicano, de Agustín Verdugo. Pág. 6.

rido para las hijas, y a los hijos en general se les imponía respeto y consideración hacia ambos progenitores, concediéndole además a la madre derechos de corrección para los hijos, y a la muerte del padre, si hay hijos menores, se le nombra guardiana de ellos, a no ser que hubiere contraído segundas nupcias; posteriormente la facultan a nombrarles tutor a los hijos.

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

"La patria potestad deviene hacia el fin del Imperio en una institución muy distinta si la contrastamos con la que era en sus orígenes. El padre debía ejercer su autoridad de modo que más bien significaba una función, un honor y no un poder. En el futuro el hijo ya no quedaría más ligado perpetuamente a la casa paterna, puesto que le fué reconocida la libertad de movimiento y de poseer un domicilio diverso del paterno". (6)

(6) Besta Enrico. La Famiglia Nella Storia del Diritto Italiano. Cedam. Casa Editrice Dott. A. Milani, Gia Litotipo, Padova. 1933.

Capítulo 2o. Derecho Mexicano.

A) Azteca

Dentro del Derecho Azteca, es altamente significativo encontrar normas en que campean la equidad y el buen sentido y en varias ocasiones el criterio que deberá seguirse y que posteriormente será adoptado por los pueblos de otras naciones.

Tenían una organización política, especie de cacicazgo oligárquico militar, que los gobernaba procurando el bienestar de todo el pueblo, conocían de principios diplomáticos, tenían una legislación penal completa y en cuanto al Derecho Civil, ya tenían las instituciones básicas de la familia como el matrimonio, la patria potestad, la tutela y la curatela.

El matrimonio, desde esa época, era considerado como la base de la familia, y como tal, se le tenía en muy alto concepto; era un acto religioso con carácter solemnisimo, que carecía de validez alguna cuando no se celebraba de acuerdo con las formalidades exigidas en la ceremonia ritual, pero cuando se cumplían estas formalidades, se le consideraba como un lazo casi indisoluble.

Dentro del matrimonio tenían sus leyes que otorgaban facultades y prohibiciones a los cónyuges; en general era de tipo monogámico, y sólo los grandes señores podían tener varias mujeres, por consecuencia la poligamia se hallaba muy extendida dentro de la nobleza o alta sociedad.

La primera mujer, que se le denominaba como principal, era la que procreaba los hijos legítimos y por lo tanto, con derecho de heredar; es expresión de la tendencia a fijar las instituciones familiares dentro de los límites monogámicos.

El matrimonio no era indisoluble, pero lograr el divorcio era sumamente difícil y complicado, ya que los jueces trataban de avenir a quienes lo solicitaban, tratando de hacerlos desistir de su idea de romper los vínculos matrimoniales que los unía.

Por lo que se refiere a los hijos, encontramos que desde el momento de su nacimiento, era sujeto de actos también rituales, más que jurídicos, así al nacer el hijo era bañado, semejanza al bautismo actual, e inmediatamente se consultaba para ver qué animal era el que le tocaba de angel tutelar, su otro yo, del que inclusive adoptaba su nombre; actualmente se le designa su santo patrono. Una vez que la comadrona bañaba al niño, todo dentro de un dogma ritual, dirigía una oración a Chalchicuéye, la Diosa del Agua, en la que le pedía la purificación de las manchas de sus padres; si el recién nacido era varón, se daba a entender que estaba destinado a ser guerrero; si era mujer, se le recordaban sus deberes domésticos.

En el Códice Mendocino, se puede traducir de los jeroglíficos que contiene, que al nacer el niño, los padres le ponían en sus manos un arco y un escudo, para significar que aquel niño había nacido para propiciar al Dios de la Guerra, Huitzilopochtli y para luchar por su patria; a la niña por el contrario, se le ponía en las manos un simbólico malacate, para tejer.

La educación de los hijos era también cuidadosamente organizada, instruyendo a los menores de cómo habían éstos de vivir, dándoles consejos sanos y de beneficio, para cuando alcanzaran su mayoría de edad; también los ejercitaban para servicios personales y a las niñas en las actividades hogareñas; les corregían para evitarles la ociosidad y las exhortaban a realizar obras de provecho, aplicando castigo a los negligentes y desobedientes con sus padres; aquí vemos el derecho correccional actual del padre hacia el hijo. Se cuidaba mucho de infundirles reverencia para los Dioses, consideraciones para los ancianos, obediencia y conmiseración para los padres y se les enseñaba a ser veraces, honestos y estar constantemente ocupados.

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

El Maestro Alfonso Toro nos dice en su obra Compendio de Historia de México: "El pueblo mexicano a pesar de su sanguinario culto, era, debido a su educación, de buenas costumbres, enemigo de la mentira y la embriaguez, humano en sus relaciones privadas, trabajador y honesto en sus relaciones sexuales, siendo los lazos familiares muy estrechos y respetados". (7)

Una de las fuentes informativas más interesantes en este estudio, es sin duda la obra de Derecho Comparado del Derecho Azteca y el Positivo Mexicano, de Carlos H. Alba, en la cual recopila todas las normas jurídicas de este Pueblo e inclusive las codifica y clasifica articulándolas, poniéndoles número, ya que se encontraban como normas de derecho sueltas, sin clasificar, pero llenas de positividad jurídica.

En dicha obra encontramos que la patria potestad era, al igual que en Roma, una Institución exclusiva del padre, sin embargo, en lo referente a la educación del descendiente intervienen ambos padres.

El artículo figurado 375 de esta obra que nos ocupa, establece: "La base de la familia es el matrimonio y será patriarcal, es decir: el padre ejerce dentro de ella la autoridad máxima".

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

(7) Compendio de Historia de México. De Alfonso Toro. Pág. 391.

El siguiente artículo, el 377 de este ordenamiento, es sumamente interesante en cuanto en nuestro derecho actual lo encontramos reflejado: "Los padres no tendrán sobre sus hijos el derecho de vida y muerte, aunque sí podrán aplicar los castigos necesarios para su corrección".

Analizando detenidamente este precepto, podremos darnos cuenta que ya estaba más adelantado el Derecho Azteca que el mismo Derecho Romano, cuna de todo el Derecho contemporáneo, ya que ese ordenamiento si le daba a las familias facultades de vida y muerte sobre sus sometidos.

Otro dogma relacionado con el tema que nos ocupa es el 379 que establecía: "Podrán los padres vender a sus hijos cuando éstos sean incorregibles o cuando las dificultades económicas de la familia sean muy grandes, pero siempre con autorización de las autoridades".

A simple vista observamos que aún cuando su barbarismo es patente, es muy superior en técnica, moral y en sentido lógico, al Derecho Romano que acabamos de examinar.

Artículo 380. "Tendrán así mismo el derecho de concertar el matrimonio de sus hijos varones con la persona que mejor les parezca".

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

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

I.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito, será considerada esposa principal respecto de aquella que lo hubiese contraído en la misma forma, pero posteriormente;

II.—La mujer con la que se haya contraído matrimonio conforme al rito, será considerada principal respecto de aquella con la que se hubiese celebrado uno menos solemne;

III.—La mujer con la que se hubiese contraído matrimonio menos solemne, será considerada esposa principal respecto de otra que lo hubiere contraído en la misma forma".

El precepto siguiente, el 383, es también altamente significativo en nuestro derecho actual vigente. "Todos los hijos de cualquier matrimonio, sea principal o secundario, serán considerados como legítimos".

O sea que en beneficio de los hijos, como actualmente acontece, no existe discriminación, así los hijos nacidos fuera de matrimonio son legalmente admitidos sin distinción.

Artículo 384: "No obstante ser considerados todos los hijos como legítimos, sólo los de esposa principal podrán heredar los cargos y bienes de sus padres en caso de Sucesión legítima".

Por último haremos alusión a un precepto, también relacionado con nuestro actual sistema legislativo, referente con la situación de los menores en caso de divorcio de los padres.

Artículo 426: "Una vez autorizado tácitamente el divorcio, los hijos varones quedarán con el padre y las hijas con la madre". (8)

Hasta aquí con el estudio de esta obra que es un esfuerzo por codificar y sistematizar las leyes antiguas del gran Pueblo de Anáhuac.

"El grado a que habían llegado los antiguos mexicanos, puede percibirse en sus Instituciones Judiciales; pueblo que tal respeto sentía por la justicia, y tal imparcialidad y equidad exigía de los encargados de administrarla, no puede ser el pueblo semi-bárbaro o atrasado que nos pintan los panegiristas de la conquista española. A la llegada de los españoles, los Tribunales del Pueblo Azteca se encontraban en tal estado de adelanto y tan floreciente, que después de la conquista, los jurisconsultos y cronistas españoles no vacilaban en ponerlo como modelo a los jueces hispanos". (9)

Por lo antes examinado sólo nos resta reconocer la grandeza de la organización política social y jurídica de los pueblos mexicanos primarios, que atravesaban en esos momentos por la etapa de civilización neolítica o cuando más el de los albores de la edad del metal. Y no debe pasarse por alto todo este estudio de nuestra legendaria raza, que tanto nos ha legado, cuando se trate de promulgar nuevas leyes y sobre todo cuando pretendan juzgar serenamente, esta parte de nuestra historia.

"Se acepta hoy como axiomático, que es un error, muy frecuente en México, dictar leyes sin el previo conocimiento de las costumbres, creencias y demás características del Pueblo para el cual se legisla". (10)

(8) Artículos tomados de la Obra citada de Carlos H. Alba. De las Págs. 35 a la 99.

(9) Concepto del Licenciado Alfonso Toro en su obra "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Tomo I.

(10) Las Instituciones Aztecas. Roque J. Ceballos Novelo. Pág. 9.

B) *Epoca Colonial.*

La época de la Colonia en nuestro país, tiene una peculiar influencia en el desarrollo ulterior de las instituciones jurídicas del México de hoy. Fué, como sabemos por la historia, el periodo de transición de las costumbres que antes habían tenido los naturales de estas tierras, y las que trajeron los conquistadores de España. Hubo en muchos casos, evidentemente debido a la influencia religiosa, un cambio completo en cuestiones relativas a costumbres, religión y leyes; sin embargo, en el aspecto moral, más que una transformación en las costumbres para los naturales de estas tierras, hubo una fusión, surgiendo nuevos ritos y formas de pensar que fueron poco a poco siendo asimilados por ambas razas, como resultado del mestizaje.

España aportó, además de sus leyes, una nueva religión y convencionalismos sociales diversos a los que tenían los indios.

Puede decirse que durante la Colonia rigieron en México las leyes que estuvieron vigentes en España, principalmente las Siete Partidas. Para la época que nos ocupa, la institución que analizamos había sufrido una profunda evolución, que la había convertido al mismo tiempo que en fuente de facultades para el progenitor, en venero de obligaciones para él. Ya de tiempo atrás, en el Fuero Juzgo, se había prohibido a los padres vender, donar o empeñar a sus hijos, e inclusive se le había dado a la mujer una cierta participación en el ejercicio de la potestad sobre los vástagos. (11).

Sin embargo, en nuestro país, continuó la patria potestad siendo un *officium virile*, a la usanza del Derecho Romano y según lo habían recogido las partidas. (12)

(11) Fuero Juzgo.—IV, 3, 1.

(12) Fuero Juzgo.—IV, 17, 1.

C) *Epoca Independiente.*

El estudio de esta época nos lleva a examinar los Códigos Civiles mexicanos de 1870 y 1884.

Siendo Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos el Licenciado Benito Juárez, se proclamó el primer Código Civil Mexicano.

Este ordenamiento jurídico se promulgó en 1870 y empezó a regir a partir del 1o. de marzo de 1871, teniendo una técnica jurídica muy avanzada para su tiempo, que inclusive dejó a la zaga a los legisladores europeos que habían regido en nuestro país y que inspiraron este ordenamiento jurisdiccional.

El Título Octavo trataba lo relativo a la patria potestad y se dividía en 3 capítulos, que eran los siguientes:

- 1.—De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.
- 2.—De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes de los hijos.
- 3.—De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Ya desde el final del título séptimo, encontramos postulados encaminados a regular la institución que nos ocupa y vemos que el artículo 383 expresa:

Artículo 383.—"El hijo reconocido por el padre, por la madre o por ambos, tiene derecho a:

- a).—Ser alimentado por el que lo reconoce.
- b).—Llevar el apellido del que lo reconoce.
- c).—Percibir la porción hereditaria que le señala la ley.

Ya entrando de lleno al título especial referente a la patria potestad, el primer precepto de su capítulo primero nos dice:

Artículo 389.—Los hijos cualquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes.

En el Código de las Partidas y los posteriores que rigieron en España, siguiendo literalmente las leyes romanas, quitaron a la madre la patria potestad que el Fuero Juzgo le concedía. La ley actual en la mayoría de los países le han ido concediendo a la mujer igualdad de derechos respecto de los hijos, y esta legislación mexicana fué una de las primeras en reconocérselo.

Artículo 390.—Los hijos menores de edad, no emancipados, están bajo la patria potestad, mientras exista alguno de los ascendientes a quien le corresponda aquella según la ley.

Artículo 391.—La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos legítimos y de los naturales, legitimados o reconocidos.

Ya desde hace un siglo nuestra legislación equiparó a los hijos naturales con los legítimos y aún en la actualidad existen leyes que no los consideran como sujetos a tal derecho.

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

El espíritu que inspiró este ordenamiento jurídico, no se contentó con las innovaciones antes expuestas, sino que yendo más lejos, aún que la doctrina y las legislaciones española y francesa, antecesoras de este código que analizamos, otorga a los abuelos la facultad de poder ejercer la patria potestad en caso de faltar los padres de los menores.

La comisión redactora del Código Civil que examinamos, en su exposición de motivos nos dice: "Más no se contentó con este paso (el de dar igualdad de derechos a la madre y al padre) la comisión; sino que, dando otro, declaró la patria potestad a los abuelos y abuelas. Contra los primeros sólo puede alegarse la edad; pero como se les concede facultad de renunciar la patria potestad, es prudente creer, que el abuelo que se considere ya incapaz de ejercer aquel derecho lo renunciará en bien de sus descendientes. Respecto de las abuelas militan las mismas razones que respecto de la madre y concurren las mismas circunstancias que en los abuelos. El pensamiento dominante de la comisión en esta materia y en la de sucesiones, ha sido no introducir en los negocios domésticos a personas extrañas, sino cuando no se puede evitar, y como en ambos debe intervenir el Ministerio Público, cree que tiene los menores las suficientes garantías". (13)

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

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

Artículo 395.—El que tiene al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarle convenientemente.

(13) Código Civil de 1870 en la exposición de motivos de la comisión redactora. Editada por J. M. Aguilar. Pág. 23. México 1875.

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

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

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

Artículo 399.—El que está sujeto a la patria potestad, no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento de quien ejerce aquel derecho.

Con esto termina el primer capítulo del título de referencia y empieza el siguiente, que es el referente a los bienes del menor.

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

Artículo 401.—Los bienes del hijo mientras se está bajo la patria potestad, se dividen en cinco clases:

- a).—Bienes que proceden de donaciones del padre;
- b).—Bienes que proceden de donaciones de la madre o de los abuelos. Aún cuando aquel'a o alguno de éstos esté ejerciendo la patria potestad.
- c).—Bienes debidos al don de la fortuna.
- d).—Bienes que proceden de donación de los parientes colaterales o personas extrañas, aún que éstos y las de la segunda clase, se hayan donado en consideración del padre.
- e).—Bienes que el hijo adquiere por un trabajo honesto sea cual fuere.

Artículo 402.—En la primera clase la propiedad pertenece al hijo y la administración al padre. Este podrá conceder a aquél la administración, y señalarle en los frutos la porción que estime conveniente. Si el padre no hace esa designación, tendrá el hijo la mitad de los frutos.

Artículo 403.—En la segunda, tercera y cuarta clase la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo son siempre del hijo; la administración y la otra mitad del usufructo del padre. Este podrá sin embargo, ceder al hijo la administración o la mitad del usufructo que le corresponde, o una y otra.

Artículo 404.—Los bienes de la quinta clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo al hijo.

La comisión redactora de este ordenamiento legal, nos dice en su parte expositiva del mismo, el por qué de sus preceptos y consideraciones:

"Las leyes y sobre todo las instituciones deben acomodarse a las costumbres; y aún que el deber del legislador ilustrado también en procurar la reforma y mejora de las costumbres, no sólo en lo moral, sino en lo social; este deber ha de desempeñarse prudentemente, a fin de no desterrar costumbres útiles o introducir sin criterio otras nuevas". (14)

Lo anterior se refiere a que este cuerpo legislativo no tomó en cuenta los consejos de familia que todas las legislaciones de su tiempo mencionaban, para el mejor ejercicio de este derecho en relación al patrimonio del menor, y sigue diciendo:

"La comisión cree que con las fuertes restricciones que han puesto a la administración de los bienes de los menores, y con la intervención constante del Juez y del Ministerio Público, puedan obtenerse las ventajas que se atribuyen al consejo de familia, sin necesidad de aumentar el número de personas que tal vez sean una rémora para muchos negocios.

Debe también la comisión fundar la nueva distribución que ha hecho de los bienes que corresponden a los que están bajo la patria potestad. Conforme al derecho romano y al español, se hacen varias distinciones bajo los nombres del peculio profecticio, adventicio, castrense, cuásicastrense, que más o menos han sido modificados por los códigos modernos, ya en los nombres, ya en la sustancia misma.

La comisión ha creído que en el estado actual de nuestra sociedad, deben de modificarse en gran manera esas distinciones y sus consecuencias; atendiéndose sólo respecto de éstas a la verdadera utilidad de las familias y respecto de las primeras sólo el origen de los bienes. Por esa razón se señalan cinco clases.

Artículo 407.—Cuando el hijo tenga la administración de los bienes por la ley o voluntad del padre, se le considerará respecto de la administración como emancipado, con las restricciones que señala el artículo 692.

Artículo 409.—El padre no puede enajenar de ningún modo los bienes inmuebles en que conforme a los artículos 402 y 403 le corresponden el usufructo y la administración o ésta sola, sino por causa de absoluta necesidad o evidente utilidad y previa la autorización del Juez competente.

(14) Misma cita anterior. Pág. 24.

Artículo 410.—El derecho de usufructo concedido al padre se extingue:

1o.—Por emancipación o mayor edad de los hijos;

2o.—Cuando la madre pasa a segundas nupcias;

3o.—Por renuncia.

Artículo 411.—La renuncia del usufructo hecha a favor del hijo, será considerada como donación.

Artículo 413.—Los padres deben de entregar a los hijos luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenezcan.

Para finalizar estudiaremos los más importantes artículos que el capítulo tercero de este ordenamiento establece respecto a la terminación de la patria potestad.

Artículo 415.—La patria potestad se acaba:

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

2o.—Por emancipación;

3o.—Por mayor edad del hijo.

Artículo 416.—La patria potestad se pierde:

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

2o.—En los casos señalados por los artículos 268 y 271.

Artículo 417.—Los tribunales pueden privar de la patria potestad al que la ejerce, o modificarla, si trata a los que están en ella con excesiva severidad, no los educa, o les impone preceptos inmorales; o les dá ejemplos o consejos corruptores.

Artículo 418.—La patria potestad se suspende:

1o.—Por incapacidad declarada judicialmente en los casos segundo y tercero del artículo 431.

2o.—En el caso primero del artículo 432 en cuanto a la administración de los bienes.

3o.—Por ausencia declarada en forma.

4o.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Artículo 419.—Los padres conservan sus derechos al usufructo de los bienes del menor, si por demencia han quedado suspensos del ejercicio de la patria potestad.

Todo lo antes examinado sigue más o menos al cartabón del derecho común en lo referente a este punto de la patria potestad, pero los últimos artículos que siguen a continuación, son preceptos innovadores y originales de este ordenamiento legal.

Artículo 420.—El padre podrá nombrar en su testamento a la madre y abuelas en su caso, uno o más consultores cuyo dictamen hayan de oír para los actos que aquél determine expresamente.

Artículo 421.—No gozan de esta facultad el padre, que al tiempo de morir, no se hallare en ejercicio de la patria potestad, aun que el nombramiento se haya hecho en testamento anterior a la pérdida o suspensión de aquel derecho.

Artículo 422.—Cuando la suspensión se funde en ausencia o locura, valdrá el nombramiento si se hizo en testamento anterior o a la declaración de ausencia o a la enajenación mental.

Artículo 423.—La madre o abuela que dejare de oír el dictamen del consultor o consultores, podrá ser privada en juicio contradictorio con la audiencia del Ministerio Público de toda su autoridad y derecho sobre sus hijos o nietos, a instancias de aquéllos; pero el acto ejercido no se anulará por este solo motivo.

Artículo 424.—La madre, abuelas y abuelos pueden siempre renunciar su derecho a la patria potestad o al ejercicio de ésta; la cual en ambos casos recaerá en el ascendiente a quien corresponda según la ley. Si no lo hay se proveerá de tutor al menor conforme al derecho.

Artículo 425.—El ascendiente que renuncia la patria potestad, no puede recobrarla.

Artículo 426.—La madre o abuela viuda, que dé a luz a un hijo ilegítimo, pierde los derechos que le concede el artículo 392.

Artículo 427.—La madre o abuela que pasa a segundas nupcias pierde la patria potestad. Si no hubiere persona en quien recaiga, se proveerá a la tutela conforme a la Ley.

Artículo 428.—La tutela en ningún caso podrá recaer en el segundo marido.

Artículo 429.—La madre o abuela que volviese a enviudar, recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, salvo lo dispuesto respecto de bienes sujetos a reserva.

En conclusión, podemos finalizar exponiendo que este primer Código Civil Mexicano vino a revolucionar esta materia tan importante en la familia, pudiendo resumir sus innovaciones para esa época, en los siguientes puntos:

Primero.—Reconoce la patria potestad del padre y de la madre mancomunada y solidariamente en derechos y obligaciones en relación de los hijos sometidos a su autoridad.

Segundo.—Destruye la ignominiosa diferencia de hijos naturales y legítimos, equiparándolos en un mismo nivel.

Tercero.—Establece la sucesión de la patria potestad a la muerte de los padres, otorgando tal facultad a los abuelos y abuelas sucesivamente.

Con lo anterior, terminó con las viejas teorías que al respecto existían en ese tiempo de su vigencia, logrando una evolución jurídica de gran sentido práctico en beneficio del hijo, que es la parte más débil que debe protegerse.

Este ordenamiento rigió hasta mediados de 1884, en que fué substituido por el segundo y nuevo Código Civil que legislara en nuestra República Mexicana.

Este cuerpo legal entró en vigor a partir del 1.º de junio de 1884 y para compararlo con el ordenamiento que acabamos de analizar, observamos que son pocas las diferencias que se pueden apreciar en esta materia de la patria potestad en ambos Códigos Civiles, ya que casi en su totalidad se siguió el ordenamiento anterior, lo cual se debió a que estaba bien planteado, sobre bases firmes y seguras, en donde se fincaron los objetos que se necesitaban, para la regulación de las relaciones paterno filiales que nos ocupan, dada la época de su vigencia; apreciándose únicamente modificaciones trascendentales, en otros capítulos que lo ameritaban. En virtud de lo anterior sólo nos ocuparemos en esta parte de las modificaciones que se aprecian en comparación con el ordenamiento anterior.

Al igual que su antecesor, este Código trata lo referente a la patria potestad en su título octavo, que igualmente lo subdivide en los tres mismos capítulos que el que sustituye.

Capítulo Primero.—De los efectos de la patria potestad respecto de las personas de los hijos, en donde nos encontramos que los primeros ocho artículos son idénticos y no sufren variación alguna con referencia con su antecesor, siendo la única modificación en cuanto al número progresivo de su articulado, ya que el primero empezaba con el número 383 y éste comienza con el número 363. A partir del artículo 397 se empieza a diferenciar del anterior.

Artículo 397.—Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de esta facultad de una manera prudente y moderada cuando sean requeridas para ello. En cambio el 371 de este ordenamiento que es su correlativo, se le agrega en la parte intermedia las palabras: "y las demás facultades que le concede la ley"; por lo que queda en forma completa de la siguiente manera:

Artículo 371.—Las autoridades auxiliarán a los padres en el ejercicio de ésta y las demás facultades que les concede la ley, de una manera prudente y moderada, siempre que sean requeridas para ello.

Con lo que observamos que se sigue el mismo sentido, no sufriendo ningún cambio la idea primaria, establecida en la legislación de 1870.

En los subsiguientes postulados no existe ninguna diferencia que consignar en relación con el ordenamiento anterior, y sólo volvemos a encontrar una modificación, dentro del capítulo segundo que trata lo referente a los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, donde el antiguo artículo 401 establecía cinco clases de bienes y en cambio su correlativo de este ordenamiento o sea el 375 la aumenta a 6, variando no sólo en su cantidad, sino también en su contenido.

Artículo 375.—Los bienes del hijo mientras se está bajo la patria potestad, se dividen en seis clases:

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

Por lo tanto la primera clase es igual a la anterior, en cambio la segunda, tercera y cuarta clase son distintas, y por último la quinta y sexta clase si son idénticas al Código de 70.

Los subsiguientes postulados no sufren modificación de importancia digna de hacerse notar, en cambio el 405 del ordenamiento anterior es suprimido en esta legislación.

El artículo 410, del de 70, que en este ordenamiento le corresponde el 383, si cambia, quedando en la forma siguiente:

En lugar de establecer "que el derecho de usufructo concedido al padre se extingue: . . . 2o.—cuando la madre pase a segundas nupcias", en esta legislación se instituye:

Artículo 383.—El derecho de usufructo concedido al padre, se extingue: . . . 2o.—Por la pérdida de la patria potestad.

Lo que inexorablemente es más congruente y lógico, ya que la parte conducente del precepto anterior, no encajaba dentro del molde donde se había vaciado el pensamiento liberal y progresista de sus autores.

Siguiendo nuestros estudios comparativos de estas dos legislaciones sucesivas, no encontramos ya ninguna diferencia en este segundo capítulo del tema tratado. En cuanto al tercero y último que es el referente a los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad, sólo encontramos modificación en el artículo 391 que correspondía al Código de 70, quedando en la forma siguiente:

1o.—Por incapacidad declarada en los casos segundo y tercero del artículo 404.

2o.—Por ausencia declarada en forma.

3o.—Por sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Todos los demás preceptos subsiguientes, no sufren alteración alguna y sólo hasta el último de los preceptos correspondientes a este título es modificado, ya que el artículo 429 del ordenamiento analizado anteriormente, en su último párrafo instituía que "La madre o abuela que volviesen a enviudar recobrará los derechos perdidos por haber contraído segundas nupcias, SALVO LO DISPUESTO RESPECTO DE BIENES SUJETOS A RESERVA". En cambio su correlativo en esta legislación, el artículo 402, con el que termina lo referente a esta parte, le suprime el último párrafo que resaltamos del precepto anterior.

En resumen, deducimos que son insignificantes e intracendentales las diferencias apreciadas en relación al antiguo Código de 1870, esto es debido en parte a que la comisión redactora de este código de 1884 encabezada por Don Miguel S. Macedo y Pedro Collantes, al terminar el estudio legislativo de este capítulo, se encontraron que la legislación anterior que examinaban, en lo conducente al capítulo que nos ocupa, se había adelantado en tiempo y madurez, al pensamiento jurídico imperante a la época en que se dictó en el país.

TÍTULO II

DERECHO COMPARADO

Capítulo 1o. *Legislación Francesa.*

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

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

La patria potestad en Francia como en Roma en un principio, era ejercida por el padre sobre sus hijos y su mujer sin límite de edad en lo referente a los primeros, pero a raíz de la revolución en 1792, se suprimió esa potestad sobre los mayores quedando sólo para los hijos menores.

Es interesante observar como el capítulo de la patria potestad en el Código Civil Francés, empieza con un artículo igual al que inicia en nuestro derecho positivo, ese mismo capítulo, lo cual no es de extrañarse ya que nuestro ordenamiento judicial deriva y fué inspirado en este Código de Napoleón.

Así vemos que el artículo 371 dicta: "Los hijos en cualquier edad deben honrar y respetar a sus ascendientes".

El artículo 372 y el 373 nos hablan de las personas que ejercen la patria potestad. El primero nos dice que el hijo permanece bajo la autoridad de sus padres hasta que sea mayor de edad o se emancipe.

"Esta atribución casi es nominal en lo que se refiere a la madre mientras dure el matrimonio. En efecto, aunque esta potestad es común a ambos padres, es delegada en una manera exclusiva al padre." (15)

El segundo de los preceptos nos dice que el padre sólo ejerce esta autoridad durante el matrimonio y dentro de él y ese poder paterno sólo pasa a la madre en los casos de disolución matrimonial, por divorcio a causa de culpabilidad del marido y por ausencia o incapacidad física o legal del mismo, y desde luego por la muerte del padre.

(15) Planiol y Ripert; Tomo II. Editorial José M. Cajica, Puebla. Pág. 255.

En todos los casos de pérdida de la patria potestad, la facultad de ejercerla no pasa a la madre de inmediato como consecuencia lógica, sino que un Tribunal lo debe declarar y puede inclusive negarle tal derecho y abrir la tutela legítima.

En los casos de ausencia o incapacidad, la madre actúa en representación del marido, ya que el precepto legal dice: "La vigilancia de los menores se transmite a la madre, y que ésta, ejercita todos los derechos del marido".

El Código de Napoleón sólo se ocupa de la patria potestad dentro del matrimonio, ya que sólo la establece para los padres legítimos y a los naturales sólo les deba ciertos derechos especificados. Es hasta la ley de 1907 que les reconoce concretamente la patria potestad a los padres naturales, otorgándoles las mismas facultades que a los legítimos, con algunas excepciones; siendo una de las principales la que equipara la autoridad materna con la paterna, lo cual difiere de la legítima, la que como ya vimos casi es absoluta del padre.

El artículo 383 establece que la patria potestad sobre un hijo natural reconocido es ejercida en principio por aquél de sus padres que lo haya reconocido en primer lugar, éste por lo general es la madre.

Si el hijo ha sido reconocido simultáneamente por la madre y el padre, sólo éste ejerce la autoridad paterna, siendo el único caso en que se establece la preponderancia del padre. Por último dice que a la muerte del padre a quien corresponde la patria potestad, se opera una transmisión legal si el cónyuge superviviente es legalmente reconocido, encontrándose éste investido de ella de pleno derecho.

"De una manera general se puede decir que la patria potestad no se trasmite a los ascendientes del segundo grado, a la defunción del último de los padres. Sin embargo, la Ley le concede un doble derecho que sólo puede explicarse por la idea de una potestad natural, existente en su favor sobre la persona de sus ascendientes:

- 1o.—La tutela les pertenece de derecho, salvo que el último de los padres al morir los haya despojado de ella; pero las facultades que se transmiten así, son las de tutor y no las de un padre.
- 2o.—Los ascendientes poseen siempre, aunque no tengan tutela, el derecho de consentir en el matrimonio de sus descendientes.

Este derecho es evidentemente un fragmento de la patria potestad" (16)

Pasando ahora a examinar los derechos y obligaciones de los padres en esta materia, tenemos que los principales son los siguientes:

I.—La Educación del Menor.—El cuidado de dirigir la educación del hijo, de normar su conducta, de formar su carácter, es la parte esencial de la misión que los padres deben satisfacer para lo cual se le conceden dos facultades para el mejor desarrollo de esa obligación:

Primera.—El Derecho de Guarda, que implica el derecho de vigilancia.

Segunda.—El Derecho de corrección.

El artículo 374 dice: "El hijo no puede abandonar la casa paterna sin que lo permita el padre". Esto es lo que se llama derecho de guarda, y es de toda evidencia que el padre lo necesita para que pueda cumplir su deber de educación.

Si el hijo abandona la casa paterna sin permiso de su padre, éste puede dirigirse a la autoridad pública para volver a traerlo, en caso necesario empleando la fuerza.

La guarda de los hijos no sólo es un derecho para los padres, sino que al mismo tiempo es para ellos una carga u obligación, ya que inclusive se considera como delito el abandono de infante.

Por lo que se refiere al derecho de corrección, este derecho nunca ha sido definido ni reglamentado de una manera precisa por el legislador francés, siendo las costumbres las únicas que regulan el ejercicio de esta facultad; aunque actualmente nuevas leyes dictadas han tratado de suavizar lo más posible este poder de corrección, protegiendo cada vez más al menor, en este sentido inclusive puede hasta perderse la patria potestad por exceso de corrección o malos tratos que hayan comprometido la salud del hijo.

La ley otorga al padre tres fórmulas como medio de acción de este derecho.

1o.—La posibilidad de colocar al hijo como aprendiz, celebrando el padre dicho contrato de representación de su sometido. Este punto no lo vemos contrario a los intereses del menor.

2o.—La posibilidad de despojarlo de una parte de sus derechos hereditarios.—Debemos tener en cuenta que en este derecho francés, el hijo tiene por ley derecho a una porción del caudal hereditario del padre ya que no puede desheredarlo totalmente; en lo que si hay divergencia con nuestra legislación positiva en la que se establece la libertad absoluta de testar, salvando desde luego, los derechos alimenticios para los menores e incapacitados.

3o.—Este punto si es interesante para un análisis jurídico; es el que se refiere a la facultad que tiene el padre de mandar, detener, o más bien dicho encarcelar al hijo durante un lapso más o menos prolongado. Artículos del 375 al 383.

Este procedimiento existe en Francia desde tiempos inmemorables y autoriza al padre a solicitar la intervención de la autoridad pública, para que por medio de encarcelamiento corrija a su hijo y le sirva de castigo y temor para normar su conducta.

En la actualidad sólo se puede ejercitar esta acción en contra de los hijos menores de veinticinco años, ya que antes, aún los mayores de edad podían ser aprehendidos para su corrección.

Pueden pedir la aplicación de este derecho tanto el padre natural como el legítimo y la madre, sólo en el caso de que ella sea la que ejercite la patria potestad, o sea al faltar el padre.

El requerimiento del padre para el encarcelamiento del menor puede ser de dos maneras: En forma de autoridad y en forma de solicitud.

La primera es cuando al dar su resolución a la autoridad competente, ésta es ejercitada sin más trámite de dicha autoridad; y la segunda es cuando la autoridad estudia el caso presentado por el padre, y determina después si ha lugar a dicha detención o si es improcedente.

Lo malo de esta disposición es que la primera forma enunciada sólo se aplica en los casos referentes a menores de quince años, en cambio se utiliza la segunda forma cuando se trata de mayores de esa edad. Con lo que se deja al menor sin ninguna protección por parte de la autoridad competente, aún cuando debía tenerse en cuenta que en esa edad el menor necesita de cariño y comprensión de parte de los padres, así como del calor del hogar, dejándolo sólo a la voluntad del padre, el cual puede actuar arbitrariamente, repercutiendo sin duda esa actitud en la formación del carácter del menor, pues el encarcelamiento por más perfeccionado que se encuentre, irremediablemente le producirá efectos psíquicos que le perjudicarán en su vida adulta, pues la práctica lo ha experimentado ampliamente, comprobando que esos centros en lugar de educar y regenerar sirven para atemorizar, endurecer el carácter y encubrir odios en los que tienen la desgracia de caer en ellos, ya que su fin es castigar como imposición de una pena.

Por otra parte pone en el padre un arma contra del hijo, lo que es injusto, y propicia a que los padres se despojen de su responsabilidad paterna y de su obligación de educar a los hijos.

El artículo 376 dice que la duración de la detención del menor de 15 años no excederá de un mes y el artículo 377 fija como máximo el de 6 meses para la detención de los mayores de esa edad.

La disposición contenida en el artículo 379 nos acaba de aclarar la situación al dictar que los preceptos antes enunciados pueden ser abreviados o suspendidos cuando el padre juzgue que su hijo ha sido "suficientemente castigado".

La técnica jurídica moderna establece que ni los delinquentes deben ser encarcelados para ser castigados por sus crímenes y delitos, sino que debe entenderse y encaminarse la pérdida de la libertad, o sea la reclusión, no como una venganza de la sociedad hacia el individuo de conducta delictiva, sino que debe considerarse como un medio para lograr la rehabilitación del inadaptado social al seno de la colectividad.

Ahora bien, tratándose de un niño o un joven, es obvio decir que resulta contraproducente, anticuado e injusto la aplicación de ese procedimiento. Por lo tanto, considero que esta parte del Derecho Francés, es equivocada y no está de acuerdo con el adelanto actual de esta Institución en otros países, verbi gracia, del nuestro.

A mayor abundamiento, el jurisconsulto francés que hemos citado, Marcel Planiol, nos dice que el proyecto de reforma a esta ley, critica severamente estas disposiciones:

"Principalmente por ser una medida ineficaz: las razones por las que se decreta la detención generalmente no son actos delictuosos, sino vicios del carácter, de las malas costumbres, pereza, insubordinación, libertinaje, lo que no se corrige con una detención de algunas semanas... en la práctica frecuentemente se termina en una promiscuidad detestable, de manera que la detención corrompe a quienes se ha pretendido corregir". (17)

La segunda obligación impuesta al padre no tiene mayor trascendencia, ya que se trata de una disposición comunmente aceptada por todas las legislaciones y es la referente al sostenimiento de los hijos.

El Artículo 385 dicta que los padres están obligados a pagar la alimentación, mantenimiento y educación de sus hijos.

Lo único importante que podemos deducir de este precepto, es que tratándose de otorgar facultades y derechos sólo son conferidos al padre, ya que él es el único que ejerce la patria potestad; pero tratándose de obligaciones sí alude recíprocamente al padre y a la madre, y también es interesante ver que a la muerte de los padres los herederos de éstos, aún cuando se trate de los ascendientes de los propios padres, no tienen obligación de dar alimentos a los menores.

Otra modalidad de esta obligación es, que si el hijo tiene bienes propios de su acervo particular, se deben tomar los gastos que origine su sostenimiento de su mismo patrimonio, ya que los padres sólo los costearán en caso de que el menor no tenga con qué pagárselos.

Sin embargo, esa carga de dar alimentos a los menores, en caso de no ser cumplida voluntariamente, puede ser exigible judicialmente, igual que nuestra legislación.

(17) Planiol. Obra citada. Pág. 270.

El Artículo 384 le dá derecho a los padres a recibir los frutos de los bienes de los hijos pero con la atribución que tienen ellos de costear la educación y el mantenimiento de los menores. Además establece este precepto que no tienen obligación los padres de rendir cuentas de su usufructo.

Lógicamente con este derecho, sólo al padre corresponde tal facultad y sólo en substitución de él podrá la madre disponer de esos frutos.

El usufructo legal recae sobre todos los bienes del hijo sea cualesquiera el origen de su procedencia y principalmente los provenientes de los adquiridos por herencia de uno de los padres, que en caso de provenir del padre, se le otorgará el usufructo a la madre; no obstante la Ley establece casos en los cuales unos bienes no entran a este usufructo paternal:

A).— Cuando los bienes son adquiridos por el trabajo propio del hijo.

B).— Por bienes donados o legados con la condición expresa del donador de excluir a los padres del usufructo de esos bienes.

Para finalizar este capítulo vemos que cuando ha concluido la labor educativa de los padres hacia el hijo, entonces debe para culminar con su obligación, establecer al hijo, ya sea por medio del matrimonio o bien como su nombre lo indica, ponerle algún negocio o industria para que pueda fincar las bases de su propio patrimonio.

DERECHO COMPARADO

Capítulo 2o. *Legislación Española.*

El estudio del Derecho Español es doblemente importante para nosotros en atención de que es el antecedente jurídico histórico de Nuestro Derecho Positivo, el cual además, como el nuestro, se inspira en el Código Civil de Napoleón.

España recibió la herencia romana y la refleja en las Partidas, donde como en su modelo, la Patria Potestad era una atribución viril, absoluta y perpetua en poder del padre. El Fuero Juzgo de acentuada influencia Joda, en una de sus leyes, prohíbe a los padres vender, donar o empeñar a los hijos. Este Fuero Juzgo es el más antiguo de los Códigos Españoles, y contiene muy escasas disposiciones acerca del tema que examinamos. Instituíó que a la muerte del padre, la patria potestad pasaba a la madre, hasta que los hijos hubieren cumplido quince años, siempre que ella quisiera y no pasara a contraer segundas nupcias, en cuyo caso y habiendo otro hijo de una edad de veinte a treinta años, a él debía pasar la guarda de los menores; si tal hermano no existía o no reunía los requisitos estipulados, la tutela se encomendaba al tío más cercano o al hijo de éste, pudiendo el Juez, en caso de no existir éstos, designar a cualquier persona que a su juicio estuviere capacitada para ejercerla.

Por lo que se refiere a los bienes del menor, establecía éste cuerpo normativo, que no podían gastarle sus frutos y sólo podían disponer del diez por ciento de estos productos.

En las leyes de las Partidas nos encontramos con una reacción contraria a la seguida por el Fuero Juzgo, ya que en este sistema jurídico, volvemos a los principios romanos en donde el poder doméstico se encuentra representado en los derechos concedidos al padre de familia, soberano absoluto, en el hogar, de sus hijos y de sus bienes, extendiéndose su dominio aún en los más remotos descendientes, con tal que sean legítimos.

Sin embargo, estas Partidas tenían un sentido más humano que las leyes romanas; así encontramos que en una partida se ordena que: "El castigamiento debe ser con mesura y con piedad" y otra expresa: "El padre tiene derecho a demandar en juicio y tomar a su poder al hijo que anduviese por su voluntad vagando por la tierra, no queriendo obedecerle".

En el Código de Napoleón, en la exposición de motivos, se define a la patria potestad como: "Un derecho fundado sobre la naturaleza y confirmado por la Ley, que dá al padre y a la madre durante un tiempo limitado y bajo ciertas condiciones la vigilancia de las personas, la administración y goce de los bienes de sus hijos".

En sus artículos 371 y 373, dicta este ordenamiento francés, que la patria potestad pertenece, exclusivamente al padre y en su defecto a la madre, por lo tanto, los otros ascendientes no son acreedores a tal facultad.

Son precisamente los preceptos antes enunciados, los que van a servir de piedra angular donde se fincará la teoría actual del Derecho Español vigente.

Ya entrando al análisis del Código Civil Español, nos encontramos con los siguientes postulados:

Artículo 154.—“El padre, y en su defecto la madre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de atribuirles respeto, reverencia siempre.

Los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad, están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce y adopta y tienen la misma obligación del párrafo anterior”.

En la primera parte de este precepto observamos que se le concede a la madre la potestad que antes se le negaba, y que en la actualidad sólo en contadas y avanzadas legislaciones se le confiere, aunque en ésta ley se le otorga sólo en defecto del padre, pensamiento que fué avalado por diversas ejecutorias, como la del 13 de diciembre de 1909 que resolvió: “El derecho de patria potestad aún reservado exclusivamente al padre, nunca ha excluído, de nuestro derecho patrio y Foral, la autoridad de la madre, con relación a sus hijos para ejercer todos aquellos actos conducentes a los fines de familia, relativos a la educación y representación de los hijos para cuando hayan de gobernarse por sí mismos...” Pero más adelante dice: “La facultad de sustituir pupilarmente a un impúber, deriva del concepto de patria potestad, engendradora de especiales derechos, y no puede ser ejercida simultáneamente por ambos cónyuges; ni consiguientemente por la mujer cuando el padre la retiene”. (18)

Por lo tanto, lo que quiere explicar esta legislación, es que a la madre corresponde sólo cuando muere el padre o por cualquier motivo no puede ser ejercida por él. Y aún en caso de faltar el padre, si la madre es menor de edad, no podrá entrar en el ejercicio de la misma ya que en ese caso corresponde tal facultad al padre de ella. (Artículo 229).

Otra innovación a esta Ley la encontramos en el sentido de que considera ya en sus preceptos a los hijos naturales otorgándoles ciertas facultades que inclusive en un principio no tenían derecho a estar sujetos a la patria potestad del padre.

(18) Comentarios al Código Civil Español; de José María Manresa. Tomo II, Pág. 12, Edit. Reus, 1944.

"En las legislaciones anteriores sólo están sometidos a la patria potestad los hijos legítimos, los legitimados por subsiguiente matrimonio y los adoptivos. La reforma llevada a cabo por el Código Civil al conceder los beneficios de la patria potestad a los hijos naturales ha sido, en general, favorablemente juzgada por los comentaristas. Sin embargo, Buron, la considera como perturbadora del orden en la familia legítima, creyendo probable que la paz desaparezca desde el momento en que entre a compartir sus ventajas un hijo natural en unión de los legítimos, viviendo y gozando de los mismos derechos que éstos". (19)

Por lo tanto el actual ordenamiento jurídico si bien ha avanzado mucho en esta materia, todavía no ha logrado llegar al nivel del nuestro, que reconoce los mismos derechos a los hijos sea cualquiera su origen, ya sean naturales o legítimos:

Artículo 155.—"El padre y en su defecto la madre tienen, respecto de sus hijos no emancipados:

Primero.—El deber de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho.

Segundo.—La facultad de corregirlos y castigarlos moderadamente".

Aquí nuevamente nos encontramos con el precepto "el padre y en su defecto la madre", que ya analizamos en el artículo anterior, y tratándose aquí de un deber en el primer párrafo y no de un derecho, parece que este ordenamiento quiso nivelar perfectamente las facultades de la madre con sus obligaciones que también sólo serán en defecto del padre.

"La alimentación de los hijos y el tenerlos en su compañía, la corrección y castigo en el hogar doméstico, la percepción de los frutos, son comunes al padre y a la madre.

La preferencia del padre se manifiesta en la representación legal de los hijos.—Esto es lo que quiere decir la ley: Que el padre asume por completo la personalidad jurídica de las leyes, integra, sin compartirla con la madre". (20)

Artículo 156.—"El padre y en su caso la madre, podrán importar el auxilio de la Autoridad Gubernativa, que deberá serles prestado, en apoyo de su propia autoridad, sobre sus hijos no emancipados, ya en el interior del hogar doméstico, ya para la detención y aún para la retención de los mismos en establecimientos de instrucción o en Institutos legalmente autorizados que los recibieren.

(19) Derecho Civil Español Común y Foral de José Castán Tobeñas. Pág. 247. Tomo I.

(20) José Castán Tobeñas; Obra citada. Pág. 249.

Asimismo podrán reclamar la intervención del Juez Municipal, para imponer a sus hijos hasta un mes de detención en el establecimiento correccional determinado al efecto bastando la orden del padre o madre, con el visto bueno del Juez para que la detención se realice.

Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores comprende a los hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos o adoptivos".

El precepto anterior es una copia fiel del artículo francés examinado con anterioridad, por lo tanto lo mismo que el ordenamiento de referencia, manifiesta un atraso, por no estar acorde con las doctrinas modernas, sino que es una reminiscencia de la Autoridad paterna del Derecho antiguo.

La misma doctrina española no ha estado muy de acuerdo en aceptar este postulado, habiendo afirmado que este precepto dará resultados contraproducentes; además dicho ordenamiento no establece la edad mínima en que puede mandarse a un menor a algún centro correccional, como sí lo hace el francés.

Los subsecuentes artículos números 157 y 158 son complementarios del precedente y por lo mismo, a mi criterio, deben de desaparecer no sólo de éste cuerpo normativo sino de toda legislación que se precie de progresista y avanzada, ya que es una aberración desde el punto de vista didáctico, emplearse el procedimiento de referencia, en lo concerniente a la educación y corrección del menor, que es el fin que se persigue.

Como complemento de los artículos antes mencionados, se expidió con fecha 12 de mayo de 1891 una real orden que en lo conducente a la letra dice: "lo. La corrección que con arreglo al artículo 156 del Código Civil impongan los padres a los hijos... la cumplirán éstos, mientras no exista establecimiento destinado al efecto, en algunos de beneficencia que sea adecuado al objeto, como hospicio, casa de misericordia u otro semejante... 3o. Sólo en el caso que no hubiere edificio dónde colocar al menor de cuya corrección se trate, en la forma y manera que se determina en los dos párrafos anteriores, o cuando expresamente el padre o madre pidieren la detención, tenga lugar en la CARCEL, O ESTABLECIMIENTO CORRECCIONAL DONDE SE ENCIERAN JOVENES CRIMINALES se detendrá en él al hijo discolo con la separación posible, y sin que sea filiado en el libro de detenidos..." (21)

En conclusión observamos, que al hijo que sólo se trata de educar, se le mezclará con delincuentes ya consumados, sin ponerse a pensar que al concluir su encarcelamiento, saldrá con hábitos delictuosos aprendidos en estos centros correccionales represivos.

(21) Comentarios al Código Civil Español de J. Ma. Manresa. Pág. 35.

Para finalizar con esta parte del tema que nos ocupa, vemos que el último de los preceptos de la misma infiere:

Artículo 158.—'Los padres podrán levantar el castigo cuando lo crean conveniente'.

Por lo tanto en vista de lo anterior, le confieren al padre no sólo atribuciones correccionales y educacionales, sino también jurisdiccionales al darle el carácter de Juez, ya que le dejan a su libre arbitrio la duración de la pena impuesta al menor, sin fijar un límite, como al menos lo señala la legislación francesa.

Pasando al capítulo tercero de este ordenamiento que es el concerniente a las relaciones paterno filiales con referencia a los bienes del menor, lo examinaremos brevemente para terminar con la legislación española que tratamos.

El derecho y la obligación de administrar el patrimonio de los hijos es una consecuencia natural y lógica de la patria potestad, establecida en casi todas las legislaciones, pues existe la presunción de que nadie cuidará de los bienes del menor, con más celo y solicitud que los propios padres.

Artículo 159.—El padre o en su defecto la madre son los administradores legales de los bienes de los hijos que están bajo su potestad.

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

Artículo 160.—Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o a la madre que le tengan en su potestad y compañía; pero si el hijo con consentimiento de sus padres, viviere independiente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.

Artículo 161.—Pertenece a los padres en propiedad y usufructo lo que el hijo adquiera con caudal de los mismos. Pero si los padres le cediesen expresamente el todo o parte de las ganancias que obtenga, no le serán éstos imputables en la herencia.

Artículo 162.—Corresponderán en propiedad y en usufructo al hijo no emancipado los bienes o rentas donados o legados para los gastos de su educación e instrucción; pero tendrán su administración el padre o la madre, si en la donación o en el legado no se hubiere dispuesto otra cosa, en cuyo caso se cumplirá estrictamente la voluntad de los donantes.

Artículo 164.—El padre o la madre en su caso, no podrán enajenar los bienes del hijo ni gravarlos, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez.

Los restantes postulados jurisdiccionales, son casi análogos a los de nuestra legislación positiva que ya analizaremos en su parte correspondiente.

Para terminar analizaremos lo conducente a la extinción de la patria potestad, conforme al Derecho Español vigente.

Artículo 167.—La patria potestad se acaba:

1o.—Por la muerte de los padres o del hijo;

2o.—Por la emancipación;

3o.—Por la adopción del hijo.

En los dos primeros párrafos establece las formas clásicas de la pérdida de la potestad paterna y en el tercero considera la adopción como medio de extinción de la misma y puede ocurrir que la adoptante muera antes que su adoptado sea mayor de edad, en cuyo caso el padre natural recobra el ejercicio de la patria potestad sobre el hijo.

En este cuerpo legal existe una disposición jurídica que pinta de cuerpo entero el atraso que tiene sobre esta materia tan delicada, por tratarse de los hijos menores, y ni la doctrina ha podido definir plenamente su sentido jurídico, por lo que existe una laguna legal en ella; ya que dispone que si un menor va a estudiar para sacerdote, no debe estar bajo la patria potestad de su padre, sino bajo la patria potestad **DE LA ORDEN A QUE PERTENEZCA**, sin embargo, han resuelto que el ejercicio de la patria potestad no es que se extinga sino que sólo que se suspende su ejercicio.

Artículo 168.—La madre que pase a segundas nupcias pierde la patria potestad sobre sus hijos a no ser que el marido difunto, padre de éstos, hubiere previsto expresamente en su testamento que su viuda contrajera matrimonio, y ordenado que en tal caso conserváse y ejerciese la patria potestad sobre sus hijos.

Este precepto si es integramente original, aunque algunos códigos modernos, pero no tan atrasados, siguen esta teoría; por ejemplo el de Uruguay, en su artículo 294 mas o menos sigue el precepto anterior; en cambio el Alemán si resuelve este problema acertadamente, ya que diferencia entre el segundo matrimonio del padre al de la madre, expresando que la madre pierde la patria potestad al contraer nuevo matrimonio, conservando únicamente el derecho y el deber de cuidar de la persona de los hijos sin representarlos. (Artículos 1696 y 1697).

Artículo 162.—Si la madre viuda que ha pasado a segundas nupcias vuelve a enviudar, recobrará desde este momento su potestad sobre todos los hijos no emancipados.

Con este postulado terminamos con el estudio del sistema jurisdiccional español, que como ya lo hemos expresado, es de los más atrasados en su especie, resultando inaceptable y anacrónico para el desenvolvimiento actual por el que atraviesa el pensamiento jurídico de nuestros tiempos, en la materia que nos ocupa.

DERECHO COMPARADO

Capítulo 3o. *Legislación Italiana.*

El jurista italiano Francesco Messineo nos dice: "La patria es un conjunto de poderes, (a los que corresponden otros tantos deberes: poderes-deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de la edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar.

Son poderes de duración temporal, en cuanto cesan cuando el hijo haya alcanzado la mayor edad o cuando el hijo haya sido emancipado.

La patria potestad que se ejerce sobre el hijo legítimo (menor), es pues, un medio para que pueda llevarse a cabo el oficio encomendado a los progenitores (carácter oficioso de la patria potestad) en protección del hijo, acerca de algunos deberes de los progenitores, respecto de los hijos, no reconducibles a la patria potestad.

En cambio, en cuanto se le considere fuera de las relaciones familiares, o sea en las relaciones externas, la patria potestad es un derecho subjetivo.

La patria potestad es colectiva e indivisiblemente atribuida a ambos progenitores (comunidad de poderes); pero la ejercitaba solamente el padre, como jefe de la familia; la madre, sólo en casos excepcionales (artículos 316 y 317), pero en tales casos, no en representación del padre, sino por derecho propio. Por tanto, cuando la patria potestad es ejercitada por el padre, la madre está privada de todo ejercicio de poder y los eventuales actos de ésta, ni vinculan al menor ni lo favorecen ni por lo tanto puede concebirse conflicto con los actos realizados por el padre.

En el caso del matrimonio putativo, la patria potestad corresponde al progenitor de buena fé; por consiguiente, eventualmente a la madre, si el cónyuge de mala fé es el padre; si ambos progenitores son de buena fé, corresponde, como de ordinario, al padre.

Si los hijos son más de uno, la patria potestad no asume el carácter de poder múltiple (o acumulativo). Debe considerarse que se tienen tantas potestades cuantos son los hijos, o sea una suma de poderes de contenido idéntico, pero distintos; se argumenta así a base del hecho de que, en caso de conflicto de intereses entre un hijo y otro, hay que proceder a nombramiento de curador especial (artículo 320), así como del hecho de que la potestad del padre cesa, en relación a cada uno de los hijos que alcance la mayor edad, o sea emancipado, mientras subsiste sobre los otros o sobre el otro.

La patria potestad se realiza, con alguna interferencia por parte del juez tutelar (artículos 320, 321, 337) y del tribunal (Artículo 320 y 321), en diversas direcciones que afectan a la persona y a los bienes del hijo menor.

El padre tiene derecho a reclamar al hijo a la casa paterna, o a aquella que le esté destinada si, por cualquier motivo, la ha abandonado sin su permiso (Artículo 318); y de colocarlo, con autorización del Presidente del Tribunal de menores, en un instituto de corrección, si no consigue frenar su mala conducta, salvo la posibilidad diversa del internamiento del menor en una casa de reeducación para menores, que tiene lugar previo decreto del Tribunal de menores (Artículo 319).

El progenitor dispone de medios de corrección, respecto del hijo menor; pero no puede abusar de ellos sin incurrir en delito.

El progenitor que ejerce la patria potestad, tiene la representación legal de los hijos nacidos, y también de los por nacer, en todos los actos civiles.

En realidad, el poder del progenitor va más allá del estrecho ámbito de la representación, (declarar en nombre y de ordinario por cuenta del menor) por cuanto se extiende también a la dirección (o conducción) de los negocios del hijo, según una distinción a la que en su lugar se hizo referencia. Lo que implica un poder de deliberación, que el mero representante no tiene necesariamente.

El progenitor que ejerce la patria potestad tiene también el usufructo legal sobre los bienes del hijo (de cualquier manera que a él hayan llegado), durante el ejercicio de la patria potestad; tal usufructo no podrá, pues, durar después de la cesación de la patria potestad, y puede cesar también antes. (Artículo 328).

La razón de ser del usufructo legal es de naturaleza patrimonial: es una ayuda al progenitor, al que incumbe la carga de los gastos de manutención y educación del hijo, con independencia del hecho de que éste tenga un patrimonio propio. Sin embargo, razones de naturaleza personal (pasar el progenitor que ejerce la patria potestad a nuevas nupcias) prevalecen sobre la razón de orden patrimonial y hacen cesar, aún antes del término normal, el usufructo legal, privando así a aquel progenitor de la ventaja patrimonial conexas.

La patria potestad cesa por efecto de haberse alcanzado la mayoría de edad o de haberse obtenido la emancipación por parte del hijo (Artículo 316).

Con la cesación de la patria potestad, cesa también el usufructo legal.

Si son varios los hijos, la cesación de la patria potestad, y del usufructo legal, tiene lugar gradualmente, al cumplir la mayor edad u obtener la emancipación, cada uno de los hijos.

La cesación de la patria potestad no exime al hijo de la observancia de los deberes a que se refiere el artículo 315.

Cuando por muerte del padre la patria potestad vaya (de derecho) a la madre, el padre puede, en previsión de ello, imponer (por testamento, acto público o escritura privada autenticada) a la madre condiciones para la educación de los hijos y para la administración de los bienes: pero de la observancia de ellas la madre puede ser dispensada por el tribunal de menores. (Artículo 338).

Un curador de la persona por nacer puede nombrarse (a instancia de cualquiera que tenga interés en ello, o del Ministerio Público) por el tribunal ordinario si, a la muerte del marido, la mujer se encuentra encinta; el curador (curator ventris) provee a la protección de la persona por nacer (persona futura) y, si es necesario, a la administración de los bienes (de los derechos patrimoniales) del mismo hasta el nacimiento. (Artículo 339).

Las nuevas nupcias de la madre que ejerce la patria potestad, que se celebren sin que se haya dado previa noticia de ello al tribunal de menores, para que éste pueda deliberar si le conserva la administración de los bienes del menor, o bien establecer las condiciones respecto de dicha administración y la educación del hijo, importan pérdida (de pleno derecho) de la administración, y el nuevo marido es responsable solidariamente de la administración ejercida en el pasado y de la que después se ha conservado indebidamente. (Artículo 340; 1o. y 2o. apartados).

Si se ha celebrado matrimonio como se ha indicado, el tribunal de menores (a instancia del ministerio público, o de los parientes, o de oficio), cuando no crea conveniente admitir de nuevo a la madre en la administración de los bienes del menor, delibera sobre las condiciones que deben observarse para la educación del hijo y en orden al nombramiento de un curador para los bienes (Artículo 340 3er. apartado).

Si a la madre que ha pasado a nuevas nupcias se le mantiene en la administración de los bienes de los hijos, o se le vuelve a admitir a ella, el nuevo marido se hace responsable solidariamente con ella en lo que se refiere a la administración, por cuanto se le considera asociado a ella". (Artículo 341). (22)

Ya pasando a analizar directamente la legislación italiana vigente, encontramos en el Código Civil los siguientes preceptos:

- (22) Manual de Derecho Civil y Comercial. Francesco Messineo. Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires. Págs. 136-143.

Artículo 315.—“El hijo, de cualquier edad que sea, debe honrar y respetar a los padres”.

Precepto análogo al de nuestra legislación.

Artículo 316.—“El hijo está sujeto a la potestad de los padres hasta la mayor edad o hasta la emancipación. Esta potestad es ejercida por el padre. Después de la muerte del padre y en los otros casos establecidos por la ley, es ejercida por la madre”.

Artículo 317.—“En el caso de encontrarse lejos o de otro impedimento que haga imposible al padre el ejercicio de la patria potestad, ésta es ejercida por la madre”.

Como podemos observar, estos dos artículos de la legislación que nos ocupa, si difieren notoriamente de nuestro derecho positivo, ya que categóricamente establecen que la patria potestad es ejercida exclusivamente por el padre y solamente a falta de éste le dan intervención a la madre, lo que no acontece en nuestro derecho, que es ejercida conjuntamente.

Artículo 318.—“El hijo no puede abandonar la casa paterna o aquella que el padre le ha destinado. Cuando se aleje de ella sin permiso, el padre puede reclamarlo, recurriendo, si es necesario, al juez tutelar”.

Artículo 319.—“El padre que no consigue sujetar la mala conducta del hijo puede, salvo la aplicación de las normas contenidas en las leyes especiales, colocarlo en un instituto de corrección, con la autorización del presidente del tribunal.

La autorización puede ser pedida aún verbalmente. El presidente del tribunal, asumidas informaciones, provee por decreto sin formalidades de actas y sin declarar los motivos.

Contra el decreto del presidente del tribunal es admitido el recurso al presidente de la Corte de Apelación, el cual provee, oído el ministerio público”.

Artículo 320.—“El padre representa a los hijos nacidos y por nacer en todos los actos civiles y administra sus bienes.

Sin embargo, no puede enajenar, hipotecar, dar en prenda los bienes del hijo, renunciar herencias, aceptar donaciones o legados sujetos a cargas o condiciones, pedir divisiones, contratar en su nombre préstamos, locaciones por más de nueve años o ejecutar otros actos que excedan los límites de la ordinaria administración ni transar o promover juicios relativos a tales actos, sino por necesidad o utilidad evidente del mismo hijo y con la autorización del juez tutelar.

Los capitales no pueden ser cobrados sin autorización del juez tutelar, el cual determina su empleo.

El ejercicio de una empresa comercial no puede ser continuado sino con la autorización del tribunal, previo dictamen del juez tutelar. Este puede permitir el ejercicio provisional de la empresa hasta que el tribunal haya deliberado sobre la instancia.

Si surge conflicto de intereses entre hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y los padres, el juez tutelar nombra a los hijos un curador especial".

Artículo 321.—"Si el padre no puede o no quiere aceptar las herencias deferidas a los hijos nacidos o por nacer y las donaciones hechas a los mismos, las herencias y las donaciones pueden ser aceptadas, previa autorización del juez tutelar, por la madre o por cualquier ascendiente.

Cuando falte la aceptación de la madre o del ascendiente, el tribunal, a pedido del mismo hijo o de algunos de los parientes o aún a instancias del ministerio público, puede autorizar la aceptación; después de haber nombrado un curador especial y de haber oído al padre".

Artículo 328.—"El usufructo legal cesa cuando el progenitor contrae nuevas nupcias".

Artículo 337.—"El juez tutelar debe vigilar la observancia de las condiciones que el tribunal haya establecido para el ejercicio de la patria potestad y para la administración de los bienes".

Artículo 338.—"El padre puede por testamento, por acto público o por documento privado autenticado, establecer condiciones a la madre supérstite para la educación de los hijos y para la administración de los bienes.

La madre que no quiera aceptar las condiciones, puede pedir ser dispensada de la observancia de ellas; y el tribunal provee en cámara de consejo, asumidas informaciones y oído el ministerio público, y, si es posible, los parientes hasta el tercer grado".

Artículo 339.—"Si a la muerte del marido la mujer se encuentra encinta, el tribunal, a instancia de cualquiera que tenga interés en ello o del ministerio público, puede nombrar un curador para la protección del hijo por nacer, y si es necesario, para la administración de sus bienes".

Artículo 340.—"La madre que quiere contraer nuevas nupcias, debe comunicarlo al tribunal antes que sea celebrado el matrimonio. El tribunal, asumidas las informaciones del caso y oído el ministerio público, resuelve si la administración de los bienes puede serle conservada, o bien establece condiciones para dicha administración y para la educación de los hijos.

En caso de inobservancia de la disposición anterior, la madre pierde de derecho la administración y el marido es responsable solidariamente de la administración ejercida en el pasado y de la conservada luego indebidamente.

El tribunal, a instancia del ministerio público o de los parientes o aún de oficio, cuándo no considere conveniente readmitir a la madre en la administración de los bienes, resuelve las condiciones a observar para la educación de los hijos y el nombramiento de un curador a sus bienes.

El oficial del estado civil que celebra o transcribe el matrimonio de la viuda, debe informar al procurador de la República dentro de los diez días desde la celebración o desde la transcripción".

Artículo 341.—"Cuando la madre es mantenida en la administración de los bienes o readmitida en ella, el marido se entiende siempre asociado a ella en dicha administración y se vuelve responsable solidariamente". (23)

(23) Código Civil Italiano, Colección Italiana Contemporánea.—Santiago C. Fassi, Dionisio Petriella, Asociación Dante Alighieri, Buenos Aires 1960.

DERECHO COMPARADO

Capítulo 4o. *Legislación Alemana.*

En la antigua Alemania se conocía con el nombre de "munt" la potestad que el padre tenía sobre el hijo. Esta palabra englobaba un derecho y un deber de protección. Sin embargo, en el antiguo derecho germánico el padre tenía grandes facultades sobre el hijo, que recuerdan al originario Derecho Romano, como son el derecho de exponer al hijo inmediatamente después de nacido sin que la ley interviniera, castigarlo a su arbitrio e incluso darle muerte.

Explica Heinrich Lehmann, que la patria potestad o "munt", era en un principio un derecho de dominio del padre sobre el hijo, que incluía poder absoluto sobre la vida y la muerte. "A través de su evolución se debilitó cada vez más, quedando solamente un derecho de educación y un derecho de disfrute del patrimonio del hijo, que no era ilimitado, pero estaba estructurado de modo egoísta" (24)

Fue la primera manifestación de liberación del hijo, la que se encuentra en los pueblos de la antigua germania, pues ellos no eran partidarios de que una persona estuviera indefinidamente sujeta a la potestad paterna.

Cabe por otra parte hacer notar que originalmente también la autoridad del jefe de la familia (mundium) se ejercía sobre la mujer, a la cual podía repudiar, empeñar, vender, castigar corporalmente y aún matar, siempre que mediase causa justa; pero, pese a lo anterior, ella gozaba de una gran consideración en el seno familiar como participante de los afanes y riesgos del marido, existiendo así respeto y estimación hacia ella.

También la mujer, según el Derecho Visigodo, tenía potestad en coparticipación del marido, sobre los hijos, teniendo la madre el derecho de corrección, y al faltar el padre, la potestad la ejercía ella sola, perdiéndola sólo en caso de segundas nupcias. (25)

En lo relativo al patrimonio, el hijo tenía capacidad sobre él, pero el padre tenía también la potestad sobre los bienes del hijo y podía tomarlos en su administración y aprovechamiento.

En cuanto a su término, la potestad paterna finalizaba al separarse el hijo de la casa paterna.

Al evolucionar este ordenamiento jurídico y recibir influencia del cristianismo, se suprimen o modifican algunas facultades del padre, co-

(24) Lehmann Heinrich. Derecho de Familia.—Volumen IV. Editorial Revista de

Derecho Privado.—1953 Madrid. Pág. 304.

(25) Zeumer Karl.—Historia de la Legislación Visigoda. Barcelona 1944. Pág. 328.

mo por ejemplo el derecho de exposición fué suprimido y el derecho de disponer el matrimonio de las hijas se modificó, quedando en un derecho de consentimiento que tenía el padre.

También se aplicó la doctrina de los peculios al patrimonio del hijo y la patria potestad se extinguía cuando el hijo entraba en una relación de servicios y la institución fué un poder temporal, que finalizaba al independizarse el hijo. (26)

- (26) Castán Vázquez, José Ma. "La Patria Potestad". Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1960. Pág. 25.

TÍTULO III

ANALÍTICA DEL TEMA

Capítulo 1o.—*Personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos nacidos de matrimonio.*

Para empezar con este tema, debemos anotar las diferentes concepciones fundamentales que los prestigiados juristas de reconocimiento mundial le han dado, para de ahí partir al estudio analítico y desmesurado del mismo.

Veamos algunas de las principales definiciones y principiaremos por la clásica francesa de Marcel Planiol, quien expresa: "La patria potestad es el conjunto de derechos y facultades que concede la ley al padre o a la madre sobre la persona y bienes de sus hijos menores, para permitirles el cumplimiento de su obligación como tales". (27)

Ambrosio Colín y H. Capitán la define como: "La patria potestad es el conjunto de derechos que la ley concede al padre y a la madre sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos, mientras éstos son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de alimentación y educación a que están obligados". (28)

Messineo: "La patria potestad es un conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes; poderes-deberes) en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores, de proteger, de educar, de instruir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales, en consideración a su falta de madurez psíquica (dependiente de su edad) y de su consiguiente incapacidad de obrar". (29)

Bonnecase: "En el sentido amplio del vocablo, la patria potestad es el conjunto de prerrogativas y obligaciones legalmente reconocidas, en principio, al padre y a la madre, parcialmente a los ascendientes y subsidiariamente a los terceros, respecto a los hijos menores considerados tanto en sus personas como en sus patrimonios". (30)

Josserand: "El conjunto de derechos que la ley confiere a los padres sobre la persona y sobre los bienes de sus hijos menores no emancipados, para asegurar el cumplimiento de las cargas que les incumban respecto a su sostenimiento y educación". (31)

(27) Tratado Elemental de Derecho Civil, de Marcel Planiol. Pág. 251.

(28) Colín Ambrosio y H. Capitán.—Curso Elemental de Derecho Civil. Editorial Rous, Madrid, 1952.

(29) Messineo Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial.—Tomo III. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1954. Pág. 136.

(30) Bonnecase Julien. Elementos de Derecho Civil. Tomo I. Editorial José M. Cájica Jr. Puebla, Pue., Méx. Pág. 427.

(31) Bonet Ramón Francisco (citado por).—Derecho Civil Común y Foral; Derecho de Familia y Sucesiones. Tomo II Instituto Editorial Reus, Madrid 1940. Pág. 363.

Carbonier: "La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre. (con preeminencia del primero como cabeza de familia) al objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto por razón de su juventud e inexperiencia". (32)

Para el maestro Rafael de Pina es: "El conjunto de las 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". (33)

Etimológicamente el vocablo patria potestad proviene de las palabras latinas "patria", pater, padre y "potestad" "potestates" potestad, poder; o sea el poder del padre.

Como ya dejamos asentado, la patria potestad se origina, como todas las instituciones jurídicas, en Roma, en donde nació como el poder supremo del padre de familia, pater familia, con la suma de facultades y derechos absolutos sobre las personas que la ejercían. Pero en la actualidad constatamos que esa institución ha cambiado radicalmente, pues ya no es un poder absoluto y tampoco es ejercitado en exclusiva por el padre.

Es por eso que se ha pensado, que el seguir identificando esta figura del derecho con su título o denominación original, resulta anacrónico e incongruente por su significado literal etimológico, no obstante que todas las legislaciones, por tradición, la han seguido usando, aún cuando no concuerde con lo que actualmente se conoce por esa institución, aunque debemos consignar que no han sido pocos los pensadores que han surgerido cambiarle de nombre.

Sin embargo, debemos pensar que el título o denominación que se le dé, no tiene mucha trascendencia, ya que lo importante es entenderla y aplicarla de acuerdo con las funciones que va a regular y que deberá estar acorde con la época en que vivimos, apoyada en métodos prácticos de aplicación y eficacia que redunden en beneficio de su objeto, que en estos casos es la familia en general y los hijos en particular.

En razón de lo anterior y tomando en consideración nuestro sistema positivo legislativo, apegado a nuestras costumbres e ideas propias, creemos que la patria potestad debe definirse como: "El conjunto de obligaciones que por su calidad de progenitores, la ley impone a los padres mancomunadamente y a los abuelos en substitución de aquellos, respecto de los menores de edad no emancipados, a fin de garantizarles representación, protección y alimentos, a cambio del derecho de exigirles respeto, obediencia y reciprocidad de alimentos en su caso".

(32) Carbonier Jean, Derecho Civil Tomo I, Volumen II, Bosch Casa Editorial Barcelona 1961. Pág. 473.

(33) De Pina Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I Editorial Porrúa, S. A. México 1956. Pág. 375.

Nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en sus artículos 414 y 418 establece lo siguiente:

Artículo 414.—La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

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

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

El Código Civil mexicano se encuentra dentro de las legislaciones más avanzadas por lo que hace a la reglamentación del ejercicio de la patria potestad y sus consecuencias, como veremos a continuación.

Es generalmente admitido que la patria potestad es una institución natural, según afirma Castán Vázquez. (34)

Esto viene a significar que los lazos jurídicamente llamados patria potestad tienen su origen en la naturaleza, es decir, que son anteriores a toda regulación jurídica, y surgen de manera espontánea entre los ascendientes y los descendientes. Ciertamente la facultad de los padres para educar y corregir a sus hijos y la obligación correlativa de éstos de guardar respeto y obediencia a aquéllos, tiene su raíz antes en la moral que en el derecho; por otra parte, el deber de los padres de atender a las necesidades y cuidado de los hijos se cumple generalmente, no por temor a la coacción jurídica, sino en atención a sentimientos que la naturaleza ha imprimido en los seres humanos.

"Hay en todos los padres de todas las épocas, un sentimiento de poder sobre los hijos, este poder (potestad) se ha manifestado en los grupos humanos, aún cuando no se encuentre escrito; el Estado o la autoridad lo han reconocido, aún cuando sólo fuere como una costumbre, por tener las características de la costumbre jurídica, o sea la de ser general, constante y más o menos permanente, además de crear la convicción de la obligatoriedad (opinio juris o necessitatis) en los miembros del grupo social". (35)

Es así, que aún cuando no se hubiesen dictado sistemas normativos, el Estado o la autoridad reconocerían este derecho por estar estos organismos integrados por hombres, que han sido hijos o padres.

(34) Castán Vázquez, José María, La Patria Potestad, Edit, Revista de Derecho Privado; Madrid, 1960. Pág. 13.

(35) Rojina Villegas, Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo I. Introducción y Personas. México 1955. Págs. 391 y 392.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de la patria potestad?

Tradicionalmente la patria potestad ha sido entendida como un derecho en favor de los padres sobre la persona y los bienes de los hijos. La patria potestad, como toda relación jurídica se resuelve en la creación de derechos y obligaciones, pero aquí con el matiz particular que les imprime su pertenencia al derecho familiar.

Los aspectos jurídicos de la patria potestad se pueden apreciar cuando se contempla a la institución en las relaciones internas de sus sujetos, o en sus relaciones con otros sujetos fuera de la relación interna, propiamente llamadas relaciones externas a los sujetos.

Las relaciones emergentes de la patria potestad, constituyen el campo que hemos llamado interno, esto es, las que se dan entre padres e hijos; engendran, como se ha advertido previamente, derechos y obligaciones, pero son éstos de naturaleza especial, de modo que se apartan notoriamente de los que se originan en otras parcelas del derecho. En efecto, los derechos no encuentran otra justificación que la de ser instrumentos idóneos para cumplir con las obligaciones que los progenitores tienen con sus vástagos; de ahí, que derechos y obligación constituyan una unidad, por lo que la doctrina moderna ha preferido hablar de *poderes-deberes*.

En la doctrina italiana, encabezada por Messineo, se ha destacado, sobre todo, este aspecto interesante de las relaciones jurídicas, señalando claramente el doble carácter que anima a este particular. (36)

El término *poderes deberes* en la institución, se entiende expresado desde el punto de vista del que pudiera llamarse sujeto activo de la relación o sea el padre, o en general, quien ejerza el poder sobre el menor, siendo éste, en consecuencia el sujeto pasivo de la relación jurídica en su aspecto interno.

Para comprender mejor en nuestros días la naturaleza de la institución que se analiza, es necesario efectuar un recorrido histórico a través de los diferentes pueblos y épocas para llegar a la institución tal y como la conocemos; considero que este viaje histórico lo hemos efectuado ya, aún cuando de manera somera, en los capítulos anteriores, llegando a la conclusión de que dentro de las innovaciones de mayor importancia que encontramos en nuestro Código Civil es la del poder personal sin limitaciones que disfrutaba antiguamente sólo el padre, habiéndose transformado en una institución con el carácter de función social, que éste desempeña en beneficio del menor, su hijo, restringiéndose ese poder por un lado y ampliándose el número de sujetos activos por otra parte, pues también la madre participa en el ejercicio de la patria potestad, lo que no sucedía anteriormente.

(36) Messineo Francesco. Obra citada.

El ejercicio de la patria potestad corresponde tanto al padre como a la madre de manera conjunta, para que la noble misión que éstos deben desempeñar, en perfecta armonía, sea en bien de los hijos, al concurrir a la formación de éstos.

La autoridad en la familia reside tradicionalmente en el varón y es la mujer quien viene en su auxilio colaborando al cumplimiento de los fines familiares, así como reemplazando la autoridad y dirección del padre cuando éste falta; mas esto no significa que el ejercicio de la patria potestad por parte de ésta haya de ser reconocido por delegación y subsidiariamente en defecto del padre, sino que concurre al ejercicio de consumo con aquél.

"La equiparación legal del hombre y la mujer se hacía necesaria en vista de la gran fuerza que ha adquirido el movimiento feminista. Actualmente la mujer ha dejado de estar relegada exclusivamente al hogar; se le han abierto las puertas para que se dedique a las actividades sociales y en muchos países toma parte activa en la vida política. En tales condiciones era un contrasentido la reducción de su capacidad jurídica en materia civil sustentada por el código anterior" (37)

También los abuelos, en el orden preferencial establecido por el Código (primero los paternos y a falta de éstos los maternos) son titulares y ejercitan la patria potestad por parejas, sin que se establezca la preferencia del varón, como los códigos anteriores disponían.

Sobre este punto en particular diferimos del legislador, pues éste al enumerar en el artículo 414 en sus fracciones II y III primero a los abuelos paternos y después a los maternos, para hacerse cargo de la patria potestad cuando faltan los padres, creemos que entraña un error, pues se debió atender en todo caso a los intereses del menor, que son los que deben prevalecer, debiendo corresponder en este supuesto, la patria potestad a los abuelos que mejor garanticen, a juicio del juez, los intereses del menor.

Como se desprende de todo esto, la patria potestad es concebida modernamente como una función de los padres en protección de los hijos, acentuándose en nuestros días y como una consecuencia de la evolución, el principio de que la autoridad se ejerce en interés común de la familia y de los hijos.

(37) Motivos del Código Civil.—Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Veigésima octava edición. Editorial Porrúa. México 1971. Pág. 12.

ANALITICA DEL TEMA

Capítulo 2o. *Personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos extramatrimoniales.*

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales otorga la patria potestad a los padres que han reconocido al hijo extramatrimonial, añadiendo en su artículo 415 lo siguiente:

Artículo 415.—"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

Si viven separados, se observará en su caso lo dispuesto en los artículos 380 y 381".

Nuestro actual Código aborda y resuelve en una forma clara y precisa los problemas que se presentan cuando los padres que reconocen al menor no viven juntos, en sus artículos 380 y 381 en relación con la fracción II del artículo 415, de la siguiente manera:

Artículo 380.—"Cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cuál de los dos ejercerá su custodia; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de lo Familiar del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor".

Artículo 381.—"En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de lo Familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público".

Igualmente en su Artículo 417 el Código Civil vigente dispone que si los padres que reconocieron vivían juntos y posteriormente se separan, continuará ejerciendo la patria potestad el que de común acuerdo designen entre ellos, o en su defecto, el que designe el juez.

Artículo 417.—"Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivían juntos se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo". (38)

(38) Artículos citados del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, Vigésima octava Edición, Editorial Porrúa, 1971. Págs. 115, 120 y 121.

Siempre se debe de considerar al hablar de los hijos llamados naturales, que éstos nunca deben ser considerados como ilegítimos, dado que no puede resultar culpa por parte del menor para recibir este calificativo; en todo caso si la ley y los juristas se proponen proteger al hijo nacido fuera del vínculo del matrimonio, deben referirse a ellos como extramatrimoniales, dado que son los padres quienes han transgredido normas sociales y por ello son ilegítimos los padres, no los hijos.

También resulta inoperante e incongruente la distinción, porque no deben existir diferencias en la sociedad ni en la ley respecto a los futuros ciudadanos que constituirán el Estado.

¿Por qué se dispone en el artículo 381 que la patria potestad debe quedar en favor del padre que ha reconocido primero?

Existe la suposición de que es el que siente mayor afecto hacia el hijo, además de que hay que tener en cuenta el principio jurídico de que el que es primero en tiempo es primero en derecho.

Sin embargo, no es muy exacto el principio anterior, pues pudiera presentarse el caso de que fuese un interés mezquino y no el afecto natural hacia el hijo, el que motivase a alguno de los padres naturales a efectuar con prioridad el reconocimiento.

También es criticable esta norma desde el punto de vista lógico, pues en caso de ser el padre quien primero reconociera al hijo, nunca podrá él solo atender las primeras necesidades del menor recién nacido, en cambio la madre sí.

No hay que olvidar, tampoco, el medio social, en donde es fácil encontrar numerosos ejemplos de madres solteras, quienes se sacrifican por dar a sus hijos la mejor educación que les permite su medio de vida, siendo esto el resultado de haber sido llevadas por un acto de debilidad sexual o fisiológica, o también como resultado de restricciones legales o religiosas que impiden a la mujer soltera deshacerse del producto de un error; error del que por otra parte muchas aceptan valientemente toda la responsabilidad.

Es por eso que no deben en el caso de los hijos nacidos fuera de matrimonio, sentarse normas generales en las que estén comprendidos todos los casos, sino que deben de dárseles ciertas facultades al juez para que en el caso sometido a su conocimiento, juzgue la conveniencia o facilidades de otorgar la patria potestad a uno u otro de los progenitores.

ANALITICA DEL TEMA

Capítulo 3o. *Personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos adoptivos.*

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, en su artículo 419, resuelve el problema de los hijos adoptados, en cuanto a la persona que ejercerá la patria potestad, de la siguiente manera:

Artículo 419.—“La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”.

Lo establecido en el precepto transcrito no es, sino consecuencia directa de lo preceptuado en el artículo 295 del Código Civil, conforme al cual el parentesco resultante de la adopción sólo existe entre adoptante y adoptado.

Nuestro Código Civil en su Título Séptimo, Capítulo Quinto, referente a la adopción, nos indica lo siguiente:

Artículo 390.—“El mayor de veinticinco años, libre de matrimonio, en pleno ejercicio de sus derechos, puede adoptar uno o más menores o a un incapacitado, aún cuando éste sea mayor de edad, siempre que el adoptante tenga diecisiete años más que adoptado y que acredite además:

- I.—Que tiene medios bastantes para proveer a la subsistencia y educación del menor o al cuidado y subsistencia del incapacitado, como de hijo propio, según las circunstancias de la persona que trata de adoptar;
- II.—Que la adopción es benéfica para la persona que trata de adoptarse; y
- III.—Que el adoptante es persona de buenas costumbres.

Cuando circunstancias especiales lo aconsejen, el juez puede autorizar la adopción de dos o más incapacitados o de menores e incapacitados simultáneamente”.

Artículo 391.—“El marido y la mujer podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de los cónyuges cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años cuando menos”.

Artículo 392.—“Nadie puede ser adoptado por más de una persona, salvo en el caso previsto en el artículo anterior”.

Artículo 395.—“El que adopta tendrá respecto de la persona y bienes del adoptado los mismos derechos y obligaciones que tienen los padres respecto de las personas y bienes de los hijos.

El adoptante podrá darle nombre y sus apellidos al adoptado, haciéndose las anotaciones correspondientes en el acta de adopción”.

Nuestro Código Civil vigente, acoge el principio de la transferencia de la patria potestad a los padres adoptivos, al ordenar en el artículo 396 lo siguiente:

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

Así como el artículo 403 que dice: “Los derechos y obligaciones que resultan del parentesco natural, no se extinguen por la adopción, excepto la patria potestad, que será transferida al adoptante, salvo que en su caso esté casado con alguno de los progenitores del adoptado, porque entonces se ejercerá por ambos cónyuges”.

La transferencia de patria potestad sólo alcanza a los adoptantes, de modo que la falta de éstos, no trae como consecuencia que el ejercicio de la patria potestad sobre el adoptado, que no se hubiere emancipado, alcanzado la mayoría de edad o sanado en el caso de un incapaz, recaiga en los padres de aquéllos, lo que ocurriría tratándose de los hijos procreados, como lo dispone el artículo 414 en sus fracciones II y III, pues para tal efecto ya vimos que el artículo 419 disipa toda duda.

También encontramos en el artículo 408 de nuestro Código Civil, otra solución respecto a lo anterior, que resulta de la recta interpretación del mismo:

Artículo 408.—“El decreto del juez deja sin efecto la adopción y restituye las cosas al estado que guardaban antes de efectuarse ésta”.

Por último, vemos que el artículo 402 nos dice: “Los derechos y obligaciones que nacen de la adopción, así como el parentesco que de ella resulte, se limitan al adoptante y al adoptado, excepto en lo relativo a los impedimentos de matrimonio, respecto de los cuales se observará lo que dispone el artículo 157”.

—Artículo 157.—“El adoptante no puede contraer matrimonio con el adoptado o sus descendientes, en tanto que dure el lazo jurídico resultante de la adopción”.

TITULO IV

Capítulo 1o. *Extinción, pérdida y suspensión del ejercicio de la Patria Potestad.*

Conforme a las disposiciones legales del Código Civil vigente en el Distrito y Territorios Federales, pasaremos a analizar las formas de terminación de la Patria Potestad.

Dentro de este capítulo debemos distinguir tres conceptos distintos, que son:

A).—La Extinción. B).—La Pérdida. C).—La Suspensión.

A).—La Extinción.—Nos dice al efecto el artículo 443 que: "La patria potestad se acaba:

I.—Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga;

II.—Con la emancipación derivada del matrimonio;

III.—Por la mayor edad del hijo".

Haciendo un análisis más detenido, encontramos que dentro de la extinción hay dos clases de causas diferentes que la producen: 1a. Causas naturales y 2a. Causas legales.

1a.—Son causas naturales aquéllas en las que no interviene la voluntad del hombre y se producen natural y fatidicamente; como la muerte del sometido a la patria potestad o la de los padres y demás ascendientes llamados a ejercerla subsidiariamente, y por último la mayor edad alcanzada por el menor.

2a.—En las causas legales encontramos formas de extinción demarcadas por leyes establecidas con ese fin, tales como la emancipación y la adopción, aunque esta última al mismo tiempo es originadora de otra patria potestad diferente, respecto a los padres adoptivos.

Con la emancipación, se encuentra el menor en una situación intermedia entre la capacidad plena propia del mayor de edad, y la incapacidad que afecta a los menores no emancipados; se encuentra, por así decirlo, en una especie de noviciado. Actualmente y debido a la reforma legal ocurrida el mes de enero de 1970, sólo subsiste en nuestro código la emancipación por razón de matrimonio. Recordemos que por una parte la mayoría de edad según el artículo 646 se alcanza a los 18 años y por otra la edad mínima matrimonial conforme al artículo 148 sólo puede celebrarlo la mujer que haya cumplido 14 y el hombre que tenga 16 años; así, quien contraiga matrimonio antes de los 18 años queda emancipado por ese solo hecho.

B).—La Pérdida.—La patria potestad se puede perder para quien la ejerce, por las varias causas que contempla el artículo 444.

Artículo 444.—La patria potestad se pierde:

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

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

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

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

En cuanto a la pérdida de la patria potestad existen grupos de causas que las originan:

1as. Delictivas; 2as. Culposas; 3as. Causales o imprevisibles.

1as.—Tienen carácter delictivo las causas que en virtud de una conducta antisocial, se hace acreedora de una sanción penal la persona que la ejerce, o sea una infracción punible que el Código Penal se ve obligado a aplicar, con privación de la libertad, imposibilitado de hecho y moralmente el ejercicio de la patria potestad, sobre los menores, máxime cuando se trata de delitos como el de corrupción de los hijos y de corrupción de menores en general.

La segunda parte de la fracción primera del artículo 444, tiene su justificación en la necesidad de apartar al menor definitivamente del o de los padres cuyo contacto le es nocivo. Por desgracia el Código Civil no ofrece una base para juzgar qué delitos son graves, dejando al arbitrio del juzgador tal determinación. Consideramos que esto constituye una laguna legal que debiera subsanarse. A nuestro modo de ver vendría señalar entre los delitos graves todos aquellos que afectan directamente al menor, como son la corrupción de menores, abandono de persona, exposición de menores, etc.; también podría incluirse en este renglón los delitos cuya penalidad media fuera mayor de cinco años de prisión.

Hay que hacer la aclaración también, que en los términos del artículo 285 del Código Civil "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos"; lo que claramente indica que la pérdida de la patria potestad solamente se refiere a los derechos y obligaciones propios de la institución misma, y no a los que se derivan del parentesco, como es el deber de dar alimentos.

2as.—Tienen carácter culposo las que se producen por hechos de los que la detentan, respecto de su sometido, al violar deberes o ser incumplidos en sus obligaciones, como en el caso del exceso de corrección en lo referente a la educación del menor o en la mala disposición de los bienes del mismo, o lo que es aún más grave, en el abandono de ellos; pudiendo enmarcarse también en este origen la pérdida por causa de divorcio, cuando es declarado culpable uno de los padres en ese juicio.

Tratándose de divorcio, el artículo 283 del Código Civil, fija las bases conforme a las cuales debe resolverse la situación de los hijos. Encontramos que en las hipótesis a que se refieren las fracciones I, II, III, IV, VIII, XIV y XV, el progenitor culpable de la disolución del vínculo, pierde la patria potestad de sus vástagos, pérdida que tiene carácter definitivo, ya que posteriormente no puede haber lugar a la recuperación. En los casos a que se refieren las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI, también el cónyuge que dió lugar al divorcio, pierde la patria potestad sobre los hijos, pero podrá recuperarla a la muerte del cónyuge inocente.

¿Es éste un caso de auténtica pérdida, o más bien se trata de una suspensión en el ejercicio de la potestad del ascendiente?

A nuestro modo de ver, si se trata de un caso de pérdida, con la circunstancia de que la patria potestad puede ser readquirida siempre que se realice la condición de que el progenitor inocente muera primero que el culpable.

No obstante que el Código expresamente se refiere a la "recuperación" de la patria potestad, no regula el procedimiento para que ésta tenga lugar, por lo que al parecer aquélla obra ipso jure.

3as.—Las causas imprevistas o causales, como su nombre lo indica, no se pueden prever y se originan causísticamente, como la ausencia declarada al que la ejerce o por un motivo de incapacidad absoluta incurable, como la demencia, la que viene a ser una causa patológica que impide su ejercicio inexorablemente.

C).—La Suspensión.—Hay suspensión en el ejercicio de la patria potestad, cuando de un modo temporal el sujeto activo de la relación jurídica es privado del derecho de ejercerla.

El artículo 447 del Código nos dice: "La patria potestad se suspende:

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

El artículo 450 de nuestro Código Civil nos indica que: "Tienen incapacidad natural y legal:

- I.—Los menores de edad;
- II.—Los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos;
- III.—Los sordo-mudos que no saben leer ni escribir;
- IV.—Los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes".

La ley suspende del ejercicio de la patria potestad a las personas incapaces, porque en estas situaciones serán inhábiles para el desempeño de sus obligaciones, como son la educación, dirección y manejo de los bienes de sus hijos, con lo cual se causarían perjuicios irreparables.

Si es al padre a quien se le suspende el ejercicio de la patria potestad, esta facultad se transmitirá a la madre, y a falta o imposibilidad de ésta, serán los ascendientes los que ejerzan, y a falta de éstos, se le nombrará un tutor a los menores.

Respecto a la ausencia declarada en forma, se suspende la patria potestad porque la ausencia del padre de hecho impide su ejercicio y porque no sería justo que los hijos y sus bienes queden abandonados.

En cuanto a la sentencia condenatoria que imponga como pena la suspensión del ejercicio de la patria potestad, con esta disposición se faculta a los tribunales para que usando su arbitrio, priven de aquel derecho al que lo ejerce, o modifique su ejercicio cuando existan causas graves que así lo ameriten.

También prevé la ley el caso de que la madre o la abuela, en su caso, pasen a segundas nupcias, y establece de modo expreso que tal circunstancia no las priva del derecho de ejercer la patria potestad, pero determina que el nuevo marido no podrá ejercerla respecto a los hijos de esas personas, lo cual está contenido con toda claridad en los artículos 445 y 446 del Código Civil vigente.

Otra de las características fundamentales, de la institución que nos ocupa, es la de la irrenunciabilidad, o lo que es lo mismo, el que tiene la obligación de ejercerla no puede por su propio derecho renunciar a su ejercicio, lo que dejaría al menor condenado a su propia suerte, con las consecuencias naturales que le producirían, por lo que el Jurista, con su sentido de protección hacia el que no pidió venir a este mundo, a esta vida, la convierte en irrenunciable, ya que tutela el derecho subjetivo familiar, de carácter netamente social, de orden público, que no admite su renuncia.

No obstante lo anterior, el último precepto regidor de esta Institución, menciona como causa de excusa del ejercicio de la patria potestad (Artículo 448), el llegar a la edad de sesenta años, al igual que los que por su mala salud, no pudiesen desempeñarla eficientemente.

Y esta excepción a la irrenunciabilidad en verdad es de gran importancia y provecho para el menor, ya que una persona que esté en las condiciones enunciadas, no podrá eficientemente desarrollar las funciones inherentes a su responsabilidad, de ejercitar la potestad que se le confiere para ejercerla en beneficio del menor que le corresponda, y al excusarse, lógicamente la patria potestad recaerá en las personas llamadas por la Ley a substituir al que renuncia, si los hubiere, o en otro caso se procederá a abrir la tutela legítima.

TÍTULO IV

Capítulo 2o.—Disposiciones legales para el caso de divorcio de los padres.

Ahora examinaremos las indicaciones que respecto al divorcio de los progenitores, erige nuestro derecho positivo, con referencia a los menores sometidos a la patria potestad.

Ya desde la época de los emperadores, legisladores del Gran Imperio Romano, empezaron a preocuparse por el futuro de los hijos menores, al disolverse el vínculo matrimonial, base de toda la familia y lazo de unión de las relaciones paterno filiales.

La situación de los menores de matrimonio divorciado, en cuanto a su cuidado, educación, representación y aseguramiento de su sustento, es un grave problema que aún no ha logrado ser resuelto satisfactoriamente por las distintas legislaciones del mundo; y eso sin tomar en cuenta los trastornos psíquicos que indudablemente dejaron huella en la mente del niño y que se verá reflejada en el transcurso de su existencia, influyendo en una forma decisiva en la formación de su carácter y en la conducta que adopte y proyecte en su vida de relación. Notamos que en muchos casos lo convierten en un inadaptado, productor de una conducta antisocial que al llegar a la mayoría de edad lo puede empujar a seguir una vida delictiva.

Es por eso que todas las legislaciones tienen mucho cuidado de dictar disposiciones adecuadas para garantizar la situación de los hijos en caso de divorcio de los progenitores, regulándose principalmente, el ejercicio de la patria potestad, para lo cual se toman en cuenta las constancias, y especialmente el interés que los hijos reclaman.

Por regla general se toman en cuenta, para dictar las medidas necesarias, la inocencia y culpabilidad de los cónyuges para decidir el futuro de los hijos habidos en el matrimonio, que se pretende disolver, así como la edad de los menores y el sexo de los mismos.

Nuestra legislación vigente, al legislar sobre este espinoso asunto, tomó en cuenta no sólo los principios tantas veces anunciados, sino que también diferenció si se trataba de un divorcio necesario, por mutuo consentimiento; o acaso de una nulidad absoluta del matrimonio.

Tratándose de esta última forma de disolución del vínculo matrimonial, el Código Civil Mexicano determina: que al tratarse de nulidad de matrimonio, deben tenerse en cuenta varias hipótesis:

- 1.—Debe atenderse a la buena o mala fe del causante de la nulidad;
- 2.—Si no existiere mala fe de ninguno de los cónyuges;
- 3.—La edad de los menores;

4.—El sexo de los hijos.

Por lo tanto en su parte correspondiente a las disposiciones de nulidad del matrimonio, se declara lo siguiente:

Artículo 255.—"El matrimonio contraído de buena fe, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges mientras dure; y en todo tiempo en favor de los hijos nacidos antes de la celebración del matrimonio, durante él y trescientos días después de la declaración de nulidad si no se hubieren separados los consortes, o desde su separación en caso contrario".

Artículo 256.—"Si ha habido buena fe de parte de uno sólo de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de él y de los hijos.

Si ha habido mala fe de parte de ambos consortes, el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

Artículo 259.—"Luego que la sentencia sobre nulidad cause ejecutoria, los hijos varones mayores de 5 años quedarán al cuidado del padre, y las hijas al cuidado de la madre, si de parte de ambos cónyuges hubiere habido buena fe".

Artículo 260.—"Si uno solo de los cónyuges ha procedido de buena fe, quedarán todos los hijos bajo su cuidado; pero siempre, y aún tratándose de divorcio, las hijas e hijos menores de 5 años se mantendrán al cuidado de la madre hasta que cumplan esta edad, a menos que la madre se dedicare a la prostitución, al lenocinio, hubiere contraído el hábito de embriagarse, tuviere alguna enfermedad contagiosa, o por su conducta ofreciere peligro grave para la salud o moralidad de sus hijos".

En cuanto a que se trate de un divorcio necesario, nuestra ley positiva sólo toma en cuenta el postulado de inocencia o culpabilidad de los padres, declarada judicialmente para resolver la suerte de los menores:

Para tal fin se debe tener previamente en cuenta, el motivo o causa que originó el divorcio, para poder declarar al cónyuge culpable, y así mismo fijar lo conducente acerca de los hijos.

El artículo 267, que es el que señala las causas de divorcio, primeramente nos dice cuáles son las mismas que pueden motivar el ejercicio de la acción de divorcio y las que en términos generales darán la pauta para decidir la suerte de los hijos.

Artículo 267.—"Son causas de divorcio:

I.—El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;

II.—El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;

- III.—La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con el objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;
- IV.—La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;
- V.—Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;
- VI.—Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;
- VII.—Padecer enajenación mental incurable;
- VIII.—La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;
- IX.—“La separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;
- X.—La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga que proceda la declaración de ausencia;
- XI.—La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para otro;
- XII.—La negativa de los cónyuges de darse alimentos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 164 siempre que no puedan hacer efectivos los derechos que les conceden los artículos 165 y 166;
- XIII.—La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;
- XIV.—Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;
- XV.—Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indécido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.—Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro un acto que sería punible si se tratase de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.—El mutuo consentimiento".

Atento a lo anterior se determina lo concerniente a los hijos de la siguiente manera:

Artículo 283.—"La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, conforme a las reglas siguientes:

Primera. Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, V, VIII, XIV y XV del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge no culpable. Si los dos fueren culpables, quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor.

Segunda. Cuando la causa del divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del artículo 267, los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente; pero a la muerte de éste el cónyuge culpable recuperará la patria potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se les suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer ésta. Entretanto, los hijos quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor.

Tercera. En el caso de las fracciones VI y VII del artículo 267, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y bienes de sus hijos".

Artículo 284.—"Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, podrán acordar los tribunales, a petición de los abuelos, tíos o hermanos mayores, cualquier providencia que se considere benéfica a los menores".

Artículo 285.—"El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos".

Para finalizar, debemos anotar, que tratándose de un divorcio voluntario o sea por mutuo consentimiento de ambos contrayentes, en donde al ejercitarse la acción jurídica correspondiente, no existe demandante ni demandado y por lo mismo no habrá declaración de inculpabilidad o culpabilidad en su caso, para los cónyuges, se atenderá, respecto de los hijos, exclusivamente al convenio formulado por los interesados que hayan presentado al promover su demanda de divorcio, y la misma haya obtenido la debida aprobación por parte del juzgador, con la anuencia expresa del ciudadano Agente del Ministerio Público, quien en todo momento tiene la responsabilidad de vigilar por salvaguardar los intereses y la persona de los menores.

TITULO V

Capítulo 1o. *Derecho Positivo.*

El sistema normativo positivo actual, en lo conducente a la materia que analizamos, derogó a la Ley de Relaciones Familiares que venía normando, hasta el primero de octubre de 1932, fecha en que entró a regir este nuevo Código Civil, vigente para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia Federal, no obstante que fué expedido desde el año de 1928.

Est cuerpo de legislación actual, norma la institución de la patria potestad en su título octavo, dividiéndolo en tres capítulos denominados:

- I.—De los efectos de la patria potestad respecto de la persona de los hijos.
- II.—De los efectos de la misma, respecto de los bienes del hijo.
- III.—De los modos de acabarse y suspenderse la patria potestad.

Al tratar nuestra legislación positiva, el maestro Rafael de Pina observa que: "Hay que advertir, sin embargo, que por mucha que sea la regularidad que se pueda atribuir a esta Institución en el pasado, desde el punto de vista exclusivamente legal, se puede suponer, con fundamento en el sentimiento de afección existente entre padres e hijos, que siempre estuvo templada por el sentimiento del amor paternal, aparte de las reglas imperiosas de la moral". (39)

El primer artículo de este capítulo instituye: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". Artículo 411.

Precepto naturalmente ético, al hacer referencia de los derechos de los padres sobre los sometidos a su potestad.

El artículo 412, dice: "Los hijos menores de edad no emancipados, están bajo la patria potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deban ejercerla conforme a la ley."

O sea que mientras exista uno de los cuatro ascendientes se ejercerá esta carga y sólo en caso de que no vivan ninguno de los padres o abuelos del menor será que se abra la tutela legítima, ya que en ningún caso podrá estar el menor fuera de la jurisdicción paternal o tutelar.

Artículo 413.—"La patria potestad se ejerce sobre la persona y los bienes de los hijos. Su ejercicio queda sujeto, en cuanto a la guarda y educación de los menores, a las modalidades que le impriman las reso-

(39) Derecho Civil Mexicano, Rafael de Pina, Editorial Porrúa, 1956. Pág. 387.

luciones que se dicten, de acuerdo con la ley sobre Prevención Social de la Delincuencia Infantil en el Distrito Federal".

El artículo anterior es una definición de la Institución que regula el Código, aunque muy somera y deficiente.

Artículo 414.—"La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

I.—Por el padre y la madre;

II.—Por el abuelo y la abuela paternos;

III.—Por el abuelo y la abuela maternos".

Aquí se designa el orden en que debe ejercerse la patria potestad de los padres legítimos del menor; ya enunciados en un capítulo anterior.

Artículo 415.—"Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera de matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad,

Si viven separados se observará, en su caso, lo dispuesto en los artículos 380 y 381".

Los dos artículos al final expresados, son los referentes al capítulo del reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio y que trata nuestro Código, estableciendo las reglas que deben seguirse en los diversos supuestos, según sea el padre o madre del menor quien reconozca al hijo y que además ya dejamos establecido con anterioridad.

El siguiente postulado, complementa al anterior y dice:

Artículo 416.—"En los casos previstos en los artículos 380 y 381, cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la patria potestad alguno de los padres, entrará a ejercerlo el otro".

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

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

Con la anterior constatamos, una vez más, que el pensamiento del legislador, siempre se inspiró en otorgar la igualdad de derechos a los hijos legítimos que a los ilegítimos, concediéndoles a los hijos habidos fuera de matrimonio la protección potestativa de los abuelos a falta de sus padres.

Artículo 419.—“La patria potestad sobre el hijo adoptivo la ejercerán únicamente las personas que lo adopten”.

Con lo cual a los menores adoptados no se les extiende la substitución de la potestad, sino que sólo la pueden ejercer los adoptantes que fueron debidamente autorizados e investigados para podérsela otorgar, y al no haber lazos sanguíneos de unión entre las partes, no podrá confiarse esta importante misión a los demás ascendientes de los adoptantes. Cuestión que desde el punto de vista legal, quedó asentado claramente en el capítulo relativo a las personas que ejercen la patria potestad sobre los hijos adoptivos.

Artículo 420.—“Solamente por falta de impedimento de todos los llamados preferentemente, entrarán al ejercicio de la patria potestad, los que sigan en el orden establecido en los artículos anteriores. Si sólo faltare alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de ese derecho”.

Artículo 421.—“Mientras estuviere el hijo en la patria potestad, no podrá dejar la casa de los que la ejercen sin permiso de ellos o decreto de la autoridad competente”.

Aquí se ve reflejado el llamado derecho de guarda del menor, que al estar sometido a una autoridad paterna, no podrá dejar el hogar sino es con el expreso consentimiento del que la ejerce sobre él.

Artículo 422.—“A las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Quando llegue a conocimiento de los Consejos Locales de Tutela que las personas de que se trata no cumplen esta obligación, lo avisarán al Ministerio Público para que promueva lo que corresponda”.

Artículo 423.—“Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente.

Las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a esas personas, haciendo uso de amonestaciones y correctivos que presten el apoyo suficiente a la autoridad paterna”.

El último de los preceptos de esta primera parte es el que trata de la falta de capacidad jurídica que tiene el menor para ejercer sus derechos mientras se encuentra dentro de la minoridad.

Artículo 424.—“El que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el juez”.

De los efectos de la patria potestad respecto de los bienes del hijo, por principio se debe distinguir, en lo referente al patrimonio de los incapaces, tres actos fundamentales, en relación a las limitaciones que se establezcan y las condiciones bajo las cuales debe regirse la actuación de los detentadores de la patria potestad, en referencia a los bienes de los menores:

Actos de Administración, Actos de Dominio y Usufructo que produzca.

Y paralelamente a estos actos, debe distinguirse el origen o procedencia de esos mismos bienes y que conforme a derecho, son de dos formas específicas:

I.—Bienes obtenidos por el menor como producto de su trabajo personal; y

II.—Bienes obtenidos por cualquier otra causa o motivo.

En términos generales podemos establecer que la administración de los bienes, pertenecen a los padres; el dominio, a los hijos y el usufructo a ambos. Por lo que se refiere a la procedencia de ellos, vemos que los adquiridos por el trabajo del menor, pertenecen en forma absoluta a su propiedad y pueden disponer libremente de ellos, teniendo en consecuencia el derecho de dominio, administración y usufructo; en cuanto a los obtenidos en otras formas si existe una regulación más minuciosa y precisa, estableciéndose la propiedad para los menores, el usufructo en un cincuenta por ciento a ellos y el otro restante a los padres y la administración en exclusiva a los que ejercen su autoridad.

Entrando al desarrollo de esta parte, en la forma que lo indica nuestra ley vigente, apreciamos lo siguiente:

Artículo 425.—“Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella, y tienen la administración legal de los bienes que les pertenecen, conforme a las prescripciones de este Código”.

Aquí notamos en primer lugar el derecho de representación pero respecto a los bienes únicamente y en segundo lugar la administración general de los mismos que se otorga a los ascendientes.

Artículo 426.—“Cuando la patria potestad se ejerza a la vez por el padre y por la madre, o por el abuelo y la abuela, o por los adoptantes, el administrador de los bienes será nombrado por mutuo acuerdo; pero el designado consultará en todos los negocios a su consorte y requerirá su consentimiento expreso para los actos más importantes de la administración”.

Artículo 427.—“La persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio; pero no podrá celebrar ningún arreglo

para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiera expresamente".

Artículo 428.—"Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en dos clases:

I.—Bienes que adquiera por su trabajo;

II.—Bienes que adquiera por cualquier otro título.

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

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

Artículo 431.—"Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad del usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda".

Artículo 432.—"La renuncia del usufructo hecha en favor del hijo se considera como donación".

Artículo 433.—"Los réditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos o adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponda al hijo, pertenecen a éste, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que ejerza la patria potestad".

Artículo 434.—"El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejerzan la patria potestad, lleva consigo las obligaciones que expresa el capítulo II del título VI, y, además, las impuestas a los usufructuarios, con excepción de la obligación de dar fianza fuera de los casos siguientes:

I.—Cuando los que ejerzan la patria potestad han sido declarados en quiebra o estén concursados;

II.—Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.—Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para los hijos".

Artículo 435.—"Cuando por la ley o por la voluntad del padre el hijo tenga la administración de los bienes, se le considerará respecto de la administración como emancipado con la restricción que establece la ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces".

Artículo 436.—“Los que ejercen la patria potestad no pueden enajenar ni gravar de ningún modo los bienes inmuebles y los muebles preciosos que correspondan al hijo, sino por causa de absoluta necesidad o de evidente beneficio y previa la autorización del juez competente.

Tampoco podrán celebrar contratos de arrendamiento por más de cinco años, ni recibir la renta anticipada por más de dos años; vender valores comerciales, industriales, títulos de rentas, acciones, frutos y ganados por menor valor del que se cotice en la plaza el día de la venta; hacer donación de los bienes de los hijos o remisión voluntaria de los derechos de éstos, ni dar fianza en representación de los hijos”.

Este postulado en su primera parte, defiende los intereses de los menores y les garantiza ampliamente en su favor, que sólo saldrán bienes de su patrimonio, con autorización del juez respectivo, restringiendo en ese aspecto las facultades de los ascendientes. En su parte segunda también garantizan plenamente su cuestión los ascendientes, al exigirles caucionar en esos casos su manejo.

Artículo 437.—“Siempre que el juez conceda licencia a los que ejercen la patria potestad, para enajenar un bien inmueble o un mueble precioso perteneciente al menor, tomará las medidas necesarias para hacer que el producto de la venta se dedique al objeto a que se destinó y para que el resto se invierta en la adquisición de un inmueble o se imponga con segura hipoteca en favor del menor.

Al efecto, el precio de la venta se depositará en una institución de crédito, y la persona que ejerce la patria potestad no podrá disponer de él sin orden judicial”.

Artículo 438.—“El derecho del usufructo concedido a las personas que ejercen la patria potestad, se extingue:

I.—Por la emancipación derivada del matrimonio o la mayor edad de los hijos;

II.—Por la pérdida de la patria potestad;

III.—Por renuncia.

Artículo 439.—“Las personas que ejercen la patria potestad tienen obligación de dar cuenta de la administración de los bienes de los hijos”.

Artículo 440.—“En todos los casos en que las personas que ejercen la patria potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán éstos representados en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el juez para cada caso”.

Artículo 441.—“Los jueces tienen facilidad de tomar las medidas necesarias para impedir que, por la mala administración de quienes ejercen la patria potestad, los bienes del hijo se derrochen o se disminuyan.

Estas medidas se tomarán a instancias de las personas interesadas, del menor cuando hubiere cumplido catorce años, o del Ministerio Público en todo caso”.

Artículo 442.—“Las personas que ejerzan la patria potestad deben entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen”.

TITULO V

Capítulo 2o. CONCLUSIONES.

Primera.—La Patria Potestad ha sido una institución sujeta a constantes mutaciones y novaciones. La historia de la patria potestad no es otra cosa que la del debilitamiento de la autoridad paterna que hoy día sólo se concibe como una función en favor del menor.

Segunda.—En la antigüedad, la patria potestad fué considerada originalmente, como un poder absoluto que incluía el derecho de vida y muerte en favor del ascendiente sobre el hijo sometido a su autoridad, fundando esto en un sentido de total desconocimiento de los sometidos a la patria potestad, a los que inclusive se les consideraba como cosas.

Tercera.—Desde el primer Código Civil vigente en la República Mexicana, o sea el de Oaxaca de 1828, la patria potestad fué considerada como una facultad atemperada que conllevaba la obligación de educar al hijo.

Cuarta.—Esta parte del Derecho Privado sufrió una renovación en su estructura, hasta lograr conceder a los hijos los privilegios que el Derecho natural no podía negarles, llegando a convertir la Patria Potestad en un conjunto de derechos en todo favorables a ellos, así como en un conjunto de obligaciones para los padres, emanadas de la fórmula legal consagrada por el legislador, que aseguren tanto la protección requerida, como la educación y preservación física y moral de los hijos.

Quinta.—La doctrina y la legislación contemporánea se inclinan, en lo relativo a la Patria Potestad a tener más en cuenta a la persona e intereses del sujeto a ella, que a los de quien la ejerce. El centro de gravedad actual de la Patria Potestad recae no en las facultades del ascendiente, sino en la necesidad de protección del menor y los medios para hacerla efectiva.

Sexta.—Nuestro Derecho Mexicano ha instituido preceptos de elevada madurez jurisdiccional, encaminados al fin primordial de regular las relaciones paterno filiales, con un marcado sentido moral, tendientes a la protección cada vez mayor de los menores.

Séptima.—Los ordenamientos modernos, con una franca tendencia humanista, disponen la privación del ejercicio de la patria potestad cuando los progenitores no cumplen con los deberes que la ley les impone en beneficio de sus hijos, o bien cuando abusan de la autoridad que se les ha concedido para ejercitarla.

Octava.—También encontramos en la legislación positiva mexicana, postulados, como la equiparación de los hijos legítimos y los naturales; la cooperación de ambos padres en el ejercicio de la patria potestad, con iguales derechos y obligaciones; la substitución de su ejercicio por parte de los abuelos, al faltar los padres; la forma de asegurarles su subsistencia y cuidado y el celo que deben tener para disponer de sus bienes particulares, siempre vigilados por las autoridades competentes.

Novena.—La patria potestad debe evolucionar en el sentido de que su acento radique más en el deber que en el derecho; la intervención del Estado debe tener carácter subsidiario al conveniente ejercicio de la patria potestad por los padres, de modo que sólo se haga presente ahí donde los progenitores o las personas que la detentan, no cumplen. En ningún caso la política del Estado debe favorecer una intervención del mismo que llegue al extremo de excluir a los padres o relegarlos a un segundo plano, en el ejercicio de la patria potestad.

Décima.—Nuestro pensamiento jurídico mexicano debe seguir pugnando por crear y obtener normas legislativas que sigan la evolución, que se vayan operando en el transcurso del tiempo, teniendo siempre en consideración los pensamientos éticos y jurídicos, apegados a nuestra idiosincracia mexicana, en apoyo a los menores, como parte débil, en donde residen las generaciones futuras.

BIBLIOGRAFIA

- ALBA CARLOS-H. Estudio Comparado entre el Derecho Azteca y el Derecho Positivo Mexicano.—Edición Española del Instituto Indigenista Inter-Americano.
- BESTA ENRICO. La Famiglia Nella Storia del Diritto Italiano. Cedam Casa Editrice Dott. A. Milani, Gia Litotipo, Padova. 1933.
- BONET RAMON FRANCISCO. Derecho Civil Común y Foral.—Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo II.—Instituto Editorial Reus. Madrid 1940.
- BONNECASE JULIEN. Elementos de Derecho Civil; Tomo I.—Editorial José M. Cajica Jr.—Puebla, Pue.
- CARBONNIER JEAN. Derecho Civil. Tomo I, Volumen II.—Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1961.
- CASTAN TOBENAS JOSE. Derecho Civil Español Común y Foral. Tomo I. Volumen I.—Editorial Reus. Madrid, España. 1936.
- CASTAN VAZQUEZ JOSE MARIA. La Patria Potestad, Editorial Revista de Derecho Privado.—Madrid, 1960.
- CEBALLOS NOVELO ROQUE J. Las Instituciones Aztecas, su organización, características y evolución.—Edit. Talleres Gráficos de la Nación—México, 1937.
- COLIN AMBROSIO Y H. CAPITAN. Curso Elemental de Derecho Civil.—Editorial Reus. Madrid, 1952.
- DE PINA RAFAEL. Elementos de Derecho Civil Mexicano.—Volumen I. Editorial Porrúa, S. A. México, 1956.
- LEHMANN HEINRICH. Derecho de Familia. Volumen IV.—Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1953.
- MANRESA Y NAVARRO JOSE MARIA. Comentarios al Código Civil Español. Tomo II. Editorial Reus. Madrid 1944.
- MARGADANT FLORIS GUILLERMO. El Derecho Privado Romano. Editorial Esfinge; México, 1960.
- MESSINEO FRANCESCO. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo III Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires 1954
- PETITT EUGENE. Tratado Elemental de Derecho Privado.—Editora Nacional, S. A. México, 1952.
- PLANIOL MARCEL Y RIPPERT GEORGES. Tratado Elemental de Derecho Civil. Tomo II. Edit. José Ma. Cajica Jr. Puebla, México. 1946.
- ROJINA VILLEGAS RAFAEL. Derecho Civil Mexicano, Tomo I. Introducción y Personas. 2a. Ed. México, 1955.
- TORO ALFONSO. Compendio de Historia de México.

TORO ALFONSO. Concepto del Lic. Alfonso Toro en su obra "Historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación". Tomo I.

VERDUGO AGUSTIN. Principios de Derecho Civil Mexicano.—Imprenta del Derecho. México. D. F. 1890.

ZEUMER KARL. Historia de la Legislación Visigoda.—Barcelona, 1944.

LEGISLACIONES CITADAS

CODIGO CIVIL DE 1870. Exposición de motivos de la Comisión redactora. Editado por J. M. Aguilar. México, 1875.

CODIGO CIVIL DE 1884.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES.—Vigésima octava edición. Editorial Porrúa, México, 1971.

CODIGO CIVIL ITALIANO. Colección Italia Contemporánea.—Santiago C. Fasst.—Dionisio Petriella.—Asociación Dante Alighieri. Buenos Aires, 1960.

CODIGO CIVIL DE NAPOLEON.—

CODIGO CIVIL FRANCES.—

CODIGO CIVIL ESPAÑOL.—

CODIGO CIVIL ALEMAN.—

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.—Editorial Labor.

FUERO JUZGO.—IV, 3, 1.

FUERO JUZGO.—IV, 17, 1.