



UNIVERSIDAD VILLA RICA
ESTUDIOS INCORPORADOS
A LA U. N. A. M.

UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

" LA PATRIA POTESTAD "

HISTORIA, EVOLUCION Y ACTUAL CONCEPCION

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MA. ZOILA BIBIANA MARTINEZ CAMBRANIS

DIRECTOR DE TESIS
LIC. RUBEN QUIROZ CABRERA

REVISOR DE TESIS
LIC. PEDRO OLEA BRETON

H. VERACRUZ, VER.

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está 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.

INDICE

CAPITULO I EVOLUCION DE LA INSTITUCION DE PATRIA POTESTAD.

El poder del Pater Familias.	1
(sus diversas facetas)	
Aspecto patrimonial de la Patria Potestas y surgimiento de la capacidad patrimonial del filiusfamilias.	3
A.- El Peculio Prefecticio.	4
B.- El Peculio Castrense	5
C.- El Peculio Quasicastrense.	5
D.- El Peculio Adventicio.	5
Organización de la familia Romana.	6
Fuentes de la Patria Potestad.	8
A.- La Iustae Nuptiae (Justo Matrimonio).	9
B.- La Legitimación	11
C.- La Adopción	12
D.- La Adrogación	14
Extinción de la Patria Potestad.	14
El Derecho Comparado.	17

CAPITULO II CUSTODIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO.

Concepto de la Patria Potestad.	22
Naturaleza jurídica de la Patria Potestad.	27
A.- Institución	27
B.- Facultades y derechos	28
C.- Poder	29
D.- Reconocimiento de la facultad natural	30
E.- Función	30
F.- La Patria Potestad como derecho subjetivo	31
Carácteres de la Patria Potestad.	31
A.- Personal	32
B.- Participación de ambos	32
C.- Obligatorio.	33
D.- Representación total	33
E.- Temporal	34
F.- Irrenunciable.	34
G.- Intransmisible	34
H.- Imprescriptible.	35
I.- Tracto sucesivo.	35
J.- Interés Social	36
K.- Responsabilidad en el ejercicio de la Patria Potestad	36

Sujetos de la Patria Potestad	37
A.- Sujetos Pasivos.	37
B.- Sujetos Activos.	42
Efectos sobre la persona y bienes del hijo.	45
Extinción, pérdida y suspensión de la Patria Potestad	49

C A P I T U L O I I I
DEBERES, OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS RELACIONES JURIDICAS
PATERNO FILIALES

Deberes, obligaciones y derechos en general.	51
El cuidado y guarda de los hijos	54
A.- Convivencia.	56
B.- Protección a la persona.	57
C.- Vigilancia de sus actos.	59
La Dirección de su educación	59
A.- Educación moral.	60
B.- Educación religiosa.	61
C.- Trabajo.	62
D.- Testimonio	63
El poder de corregirlos y castigarlos.	64
A.- Medios de corrección directos.	64
B.- Medios de corrección indirectos.	65
Obligación de proveer su mantenimiento, asistencia	67
A.- Asistencia material, alimentos	68
B.- Asistencia moral y cuidados personales	72
La administración de los bienes del menor.	77
A.- Garantías a favor del sujetos a la Patria Potestad	79
B.- Intervención Judicial.	79

C A P I T U L O I V
DESMEMBARAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LA GUARDA O
CUSTODIA DEL MENOR.

Concepto del desmembramiento	81
El ejercicio de la Patria Potestad del hijo matrimonial de padres que conviven	82
Ejercicio de la Patria Potestad del hijo matrimonial de padres que no conviven.	84
A.- Separación de hecho:	85
B.- Nulidad del matrimonio	87

C.- Divorcio necesario89
D.- Divorcio por mutuo consentimiento.92
El ejercicio de la Patria Potestad del hijo extramatrimonial de padres que conviven.93
A.- Muerte o imposibilidad de uno de uno de los progenitores94
El ejercicio de la Patria Potestad del hijo extramatrimonial de padres que no conviven96
Los derechos del progenitor que no ejerce la Patria Potestad . .	.98
Conclusiones.	103
Bibliografía.	

I N T R O D U C C I O N

De la relación jurídica nacida de la paternidad y la filiación, surgen deberes, obligaciones y derechos familiares que se refieren a sujetos determinados que son los padres e hijos y abuelos en ciertos casos. Entre ellos aparece, como consecuencia del hecho natural del nacimiento, o del acto jurídico de la adopción, una relación jurídica que se traduce en un complejo de deberes familiares y obligaciones pecuniarias, por lo que no puede hacerse referencia solo a la relación que existe desde el punto de vista de los padres, ni tampoco debe limitarse a los deberes, derechos y obligaciones de estos, pues en la relación jurídica existen dos o más partes, siendo la otra parte los hijos.

Por lo tanto, esta relación jurídica comprende a los sujetos derivados de la filiación, es decir, la relación se finca entre padres, el conjunto de deberes, obligaciones y derechos recibe el nombre de PATRIA POTESTAD; desde el punto de vista de los hijos, también nos referimos a estas relaciones que no tienen un nombre especial, por lo cual se propone se le conozca como RESPONSABILIDAD FILIAL.

No podemos decir simplemente que los sujetos son los padres y los hijos. Aún cuando esto es cierto, las situaciones que se presentan en la vida son diversas, por lo cual nos referiremos a las distintas situaciones en que pueden encontrarse los progenitores o los procreados, que varían según los padres estén casados, estén unidos en concubinato o simplemente se trate de hijos nacidos fuera del matrimonio; también es diversa la situación en que se encuentran los hijos adoptivos. Además se presentan otras situaciones que hacen variar a los sujetos a esta relación, como la

separación de los progenitores, muerte, ausencia, etc.

Al hacer referencia a los sujetos trataremos el ejercicio de la Patria Potestad, pues aún cuando ambos progenitores la conserven puede haber situaciones en que solo uno de ellos la ejerza. La Patria Potestad siendo una función permanente, no admite en su ejercicio interrupciones, de tal forma que cuando alguno de los cónyuges o alguno de los progenitores tuviere una simple imposibilidad de hecho, el otro deberá ejercerla.

Es muy usual encontrar los términos de Cuidado y Custodia citados conjuntamente, lo que nos indica que son conceptos distintos.

Por Cuidado se entiende como la solicitud y atención para hacer bien alguna cosa; dependencia o negocio que esté a cargo de uno, estar obligado a responder por ella. Custodia es la acción de custodiar, que significa guardar y vigilar. Al usarse conjuntamente los dos términos, se pretende señalar lo profundo de esta relación jurídica, que no solo se limita a la guarda y vigilancia del menor, sino que se acentúa con el cuidado, es decir, la solicitud y atención para que la custodia sea bien hecha.

Por último, es importante mencionar que el que no ejerce la Patria Potestad, conserva el derecho de vigilar el mantenimiento y educación de sus hijos, así como el derecho de visita que puede tener las modalidades que señale el tribunal, atendiéndose siempre al interés primordial del menor.

Con el fin de llevar una secuencia lógica y ordenada en la presente Tesis, es conveniente hacer un seguimiento del proceso histórico que siguió la Patria Potestad aunque sea brevemente el

Capítulo I nos permite ver la transformación que en el Derecho Romano sufre la misma y como evoluciona en beneficio del menor.

Normalmente al hablar de la Patria Potestad se comprenden todas las relaciones Paterno-filiales, por lo que al investigar su naturaleza jurídica se incorpora la totalidad de esta relación; de lo expresado se pueden derivar algunos caracteres que nos permitan conocer más a esta institución, así como sus efectos, además de esto debemos distinguir también la extinción de la Institución de la Patria Potestad, de la pérdida, suspensión o excusa de algunos de los que la ejercen. Por lo tanto esta parte está dividida en dos, mismas que son: en relación a la institución, las causas de extinción, y en relación a las personas que ejercen la Patria Potestad, la pérdida que tiene carácter absoluto, la suspensión que tiene carácter relativo y la excusa que también tiene carácter absoluto, todo esto se explica ampliamente en el Capítulo II.

El desarrollo del Capítulo III está basado, en primer término, en los deberes y derechos que existen en la relación jurídica Paterno-filial. En segundo término, con base en las obligaciones y derechos que en la misma se presentan. Esto permitirá ver de conjunto la relación jurídica que tiene por un lado a los padres ejerciendo la Patria Potestad como función y por el otro a los hijos como respuesta de la responsabilidad filial.

De todo esto se deriva que la relación jurídica será siempre entre los padres y el hijo, o entre los abuelos y el nieto; pero según las situaciones de hecho en que se encuentren, la relación jurídica se verá afectada, misma que traerá como consecuencia, en algunos casos, que uno ejerza la Patria Potestad, sin que el otro progenitor la pierda, quien conserva la obligación alimenticia y el derecho de visita del hijo, y en otros casos uno la perderá pero

conservará su obligación de proporcionar alimentos, traduciéndose lo anterior en lo que se llama desmembramiento de la Patria Potestad la cual se analiza en el Capítulo IV.

Por todo lo anteriormente expuesto, considero de suma importancia, la forma en que se traduce la Patria Potestad hoy en la actualidad ya que no la consideramos como una potestad, es decir ya no existe ese poder sobre la persona o sobre la cosa como se usaba en la antigua Roma, sino un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de los padres y que ejercen, siempre, en beneficio de los hijos, con base en esta importancia, al final de la presente Tesis se establecen una serie de Conclusiones que nos llevan a comprender más ampliamente el nuevo concepto de la Patria Potestad y su influencia en la actual familia Mexicana.

C A P I T U L O I

EVOLUCION DE LA INSTITUCION DE PATRIA POTESTAD ANTECEDENTES HISTORICOS

EL PODER DEL PATERFAMILIAS, SUS DIVERSAS FACETAS.

En la antigua Roma, la familia estaba organizada bajo un régimen patriarcal monogámico (refiriéndose a que solamente uno de ellos ejercía la autoridad), esta misma forma fue ejemplo para otros pueblos de la antigüedad, como los hebreos, los persas y los galos: en este orden de ideas del Paterfamilias era el principal y el de la madre era completamente secundario, en el centro de este régimen se colocaba la autoridad del marido en toda "DOMUS ROMANA".

Como una definición de la época se dice que: "se llama Paterfamilias aquel que tiene señorío en su casa, y se le designa correctamente con este nombre aunque no tenga hijo." La organización patriarcal tiene bases tanto religiosas como económicas; el jefe de la familia representaba el sacerdote del culto doméstico y magistrado para resolver los conflictos entre los miembros que integraban la familia, como consecuencia de esto, asumía el carácter de Juez y legislador simultáneamente sobre el grupo de parientes que estaban sujetos a su potestad, esto lo hacía desenvolviéndose en forma autónoma. Para lograr la unidad, la duración y la estabilidad, el Paterfamilias estaba investido de un conjunto de poderes en el ejercicio de esa autoridad, que es la Patria Potestad.

La Patria Potestas pertenece directamente al jefe de la

familia y ocurre sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, así Justiniano en sus famosas INSTITUCIONES nos dice lo siguiente: "El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; ya que no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad están nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias." El derecho Romano nos dice que la Patria Potestad es ejercida por el Pater como persona "SUI JURIS"; siendo una autoridad absoluta en sus principios, constante, permanente y vitalicia.

Para ejercer sus funciones de autoridad suprema, dentro de los diversos miembros de su domus, el Paterfamilias se hallaba investido de un poder que se imponía de la siguiente manera:

- a.- Por medio de la manus poseía un vasto poder sobre su propia esposa y de las nueras casadas "CUM MANU".
- b.- Respecto de sus hijos, nietos e hijos adoptivos, ese poder era la "Patria Potestad".
- c.- En cuanto a los esclavos que también formaban parte del grupo familiar, la autoridad del jefe de la familia era ejercida por medio del "MANCIPUM".

De esta forma se convertía en señor de los esclavos, patrón de los clientes y titular de los "Iura Patronatus" sobre los libertos.

Esa Potestad se extendía durante la vida de los sujetos pasivos, no teniendo límite de edad ni de consideración al matrimonio, manteniéndose hasta la muerte del Pater Familias.

Por ser el Paterfamilias la única persona verdadera dentro de la familia de la antigua Roma, tiene plena capacidad de goce y ejercicio, y una plena capacidad procesal; dependiendo de él y participando de la vida jurídica a través de él todos los demás miembros de la domus, recibiendo así una capacidad jurídica de segundo orden.

En las relaciones personales, el Paterfamilias tenía derecho de castigar a los "FILIUS FAMILIAS", además poseía el derecho de vida y muerte sobre ellos, podía venderlos, abandonarlos, exponerlos y a través del "JUS NOXAE DANDI" podía entregarlos a un extraño para, con esto, librarse de toda responsabilidad por los delitos que ellos cometieran.

La Patria Potestad, durante la evolución del Derecho Romano sufre una transformación, con ella se siente una notable pérdida de los derechos del Paterfamilias, esto se verifica hasta las compilaciones de Justiniano.

Basados en las relaciones personales que el Paterfamilias ejercía; el derecho de vida y muerte se transforma en una facultad de corrección y de denuncia ante el magistrado, el resto son suprimidos o en gran medida restringidos. En lo que respecta al patrimonio se modifica debido a la creación de Peculios.

ASPECTO PATRIMONIAL DE LA PATRIA POTESTAS Y SURGIMIENTO DE LA CAPACIDAD PATRIMONIAL DEL FILIUSFAMILIAS.

Debido a que la constitución de la familia civil Romana tiene un solo propósito, que es del interés exclusivo del Paterfamilias,

el hijo de familia no puede tener ninguna propiedad y todos los bienes que por cualquier razón obtenga se integra a la fortuna del patrimonio único del Paterfamilias. Se puede decir que el sometido, en este caso el hijo, es sólo un instrumento utilizado para adquirir bienes que serán destinados al titular del patrimonio, del mismo modo que lo sería un esclavo; por tal razón puede hacer acreedor al padre, pero de ninguna manera puede obligarlo a comprometer su patrimonio convirtiéndolo en deudor.

Esta situación fue reformada posteriormente por el pretor haciendo uso de las "ACTIONES ADIECTITIAE QUALITATIS", dadas en favor de los terceros que contrataban con los hijos de familia y con los esclavos.

El hijo con la actividad que desarrolla contribuye a acrecentar el patrimonio familiar, sobre el cual se considera que tiene una copropiedad latente, es por ello que cuando muere el Paterfamilias su titular recoge esos bienes a título de "HEREDES SUJ".

En aquella época el padre acostumbraba dejarle al hijo ciertos bienes, igual lo hacía con los esclavos, así nacieron los Peculios.

Los Peculios estaban divididos en cuatro formas a saber:

A.- EL PECULIO PREFECTICIO:

Este abarcaba el derecho de disfrutar y administrar ciertos bienes de propiedad del padre con el fin de tratar de acrecentarlos con su industria, el otorgamiento de estos bienes era por parte del padre, sin que este perdiera su propiedad. En el caso de que el hijo fuera emancipado, el peculio le podía ser recogido o se le podía dejar, esta decisión la tomaba el Paterfamilias.

B.- EL PECULIO CASTRENSE:

Se cree que el carácter rígido que normaba el aspecto económico del patrimonio tuvo algunas repercusiones en la vida pública ya que a partir del reinado del Emperador Augusto se permite que los hijos de familia puedan ser propietarios de los bienes que adquirieron durante su servicio militar y con ello se forma un verdadero patrimonio que adquirió el nombre de peculio castrense.

C.- EL PECULIO CUASICASTRENSE:

Este Peculio se forma por orden de Constantino, hacia el año 320, y es en beneficio de aquellos hijos de familia que ocupaban algún puesto en el palacio del emperador, con esto podían guardar para sí sus salarios y regalos obtenidos durante su gestión, tiempo después este beneficio se extendió a los hijos de familia que ejercían profesiones liberales.

D.- EL PECULIO ADVENTICIO:

El mismo Constantino crea este Peculio, estaba formado por los bienes que el hijo heredaba de la madre, el padre sólo tenía el usufructo y la administración sobre los bienes quedando la propiedad reservada para el hijo.

Finalmente en la época de Justiniano se declaró como propiedad del hijo todos los bienes que éste adquiriera por cualquier modo y sin importar la procedencia, reservando para el Paterfamilias su disfrute y administración.

De esta forma el filiusfamilia no solo tenía obligaciones, sino que poco a poco empezó a obtener atribuciones y derechos sobre los bienes que de alguna forma pertenecían a él.

ORGANIZACION DE LA FAMILIA ROMANA.

En lo que se refiere a la organización de la familia romana, la comunidad mantenía como fuente el matrimonio y era visto como parte de la vida en común que llevaban un hombre y una sola mujer, ambos permanecían bajo el mismo techo con intenciones de tomarse y considerarse como marido y mujer.

Se contempla que el matrimonio romano está integrado por dos elementos esenciales. Uno es el físico, que se entiende como la unión del hombre con la mujer, no específicamente en materia sexual, sino que abarca también un sentido más elevado de comunidad de vida y que se manifiesta exteriormente con la DEDUCTIO de la esposa "IN DOMUM MARITI", esto inicia la cohabitación y fija el momento en que empieza el matrimonio, en este preciso instante la mujer queda a disposición del marido, está sujeta a éste y comparten la misma posición social.

Este poder del marido sobre la mujer puede ser intenso y afirmarse energicamente en la "MANUS". La Manus era un antiguo derecho romano de absoluto poder, lo único que se necesitaba era especificar si a una persona determinada le correspondía poder sobre otra persona o cosa, es decir todo lo que pertenece al "IUS CIVILE", y como en el matrimonio no tiene participación el Estado éste queda fuera del IUS CIVILE; sin embargo se puede combinar con una institución que es netamente jurídica y que se llama "LA MANUS".

Si se considera a la DOMUS romana como una pequeña entidad política, entonces la Manus se puede tomar como una naturalización doméstica de la mujer en la Domus del marido. A esto se le dio el

nombre de "CONVENTIO IN MANUM" y puede combinarse con el matrimonio mismo, pero también es aplicado en forma independiente de todo matrimonio; cuando se toma este último caso la institución sirve para que una mujer que así lo deseara se liberara de alguna tutela desagradable.

El "CONVENTIO IN MANUM" podía presentarse en tres diferentes formas:

- 1.- Como consecuencia automática de un matrimonio en forma de "CONFARREATIO", en este caso se tomaba a los contrayentes que pertenecían a la clase Patricia, la ceremonia se llevaba a cabo ante el sumo pontifice o un Flamen de Júpiter, en la misma los contrayentes debían comer un pastel de trigo. Al celebrarse el matrimonio frente a Júpiter se convertía en indisoluble, en esta parte parece que se encuentra una celebración formal de un matrimonio, pero si se analiza con mas cuidado lo formal se debe al elemento CONVENTIO IN MANUM y no al elemento matrimonio.
- 2.- La segunda forma que podía tomar era como "CO-EMPTIO", este era un acto solemne en que tiene una valiosa intervención el Paterfamilias de la novia y el sujeto que se considera nuevo; este matrimonio era celebrado entre romanos no patricios y sus efectos no influían al derecho privado.
- 3.- A la tercera y última forma se le conoce como "USUS", en ella una esposa por el solo hecho de convivir ininterrumpidamente con su marido durante el último año cambia su nacionalidad doméstica. Esto no es un CONVENTIO

IN MANUM que operaba por el mero paso del tiempo como algunos autores lo sugieren, es requisito para poder llevar a cabo este cambio de la condición jurídica de la mujer tener el consentimiento formal del original Paterfamilias o en su defecto del tutor de la mujer.

El Paterfamilias en realidad no desaparece aún cuando la mujer se ha casado, simplemente cambia de tutor. Si la mujer al celebrar el matrimonio no deseaba estar bajo el poder del marido se hacía partícipe en las fiestas religiosas de su antigua Domus.

Una vez que la mujer había pasado a formar parte de alguna domus distinta a la original, el nuevo Paterfamilias, en este caso su marido o su suegro, poseía el mismo poder sobre ella que sobre sus hijos.

A través de este CONVENTIO IN MANUM la esposa entraba en la nueva familia "LOCO FILIAE", es decir ocupaba el lugar que le correspondía a una hija. Tiempo después cuando la MANUS quedó en desuso el marido continuaba teniendo el poder en el matrimonio romano, cabe hacer mención que estos hechos que regían a la sociedad romana fueron la base para la elaboración de las Fuentes de la Patria Potestad.

FUENTES DE LA PATRIA POTESTAD

El derecho romano señala como fuentes de la Patria Potestad a cuatro, la IUSTAE NUPTIAE, considerada como la principal ya que de ella se deriva la base de la familia, sin embargo al presentarse situaciones diversas en los matrimonios, tales como cuando de las iustae nuptiae no nacían varones que perpetuaban la descendencia

fue necesario proponer tres mas, el antiguo derecho civil romano permitia la LEGITIMACION, la ADOPCION y la ADORGACION.

A.- LA "IUSTAE NUPTIAE" (JUSTO MATRIMONIO).

Era una forma de matrimonio del derecho romano que en ninguna forma tenia la importancia juridica del matrimonio actual, sin embargo contaba con amplias consecuencias juridicas, era una union duradera y monogamica de un hombre con una mujer. Basicamente en esta forma de matrimonio los hijos nacidos de un concubinato duradero se consideraban naturales LIBERI y quedaban exentos de la patria potestad, los hijos nacidos de relaciones transitorias sólo eran SPURII, los que naciaan despues de 182 dias contados desde el inicio de la Iustae Nuptiae o dentro de los 300 dias contados desde la terminacion de estas, se consideraban como hijos legitimos del marido de la madre, salvo la prueba (a cargo del marido de la madre) de que no hubiera podido tener contacto carnal con ella ya fuera por causa de un viaje, enfermedad, etc. En el derecho preclasico ningun hijo era considerado como tal sin un acto expreso por parte del padre.

A diferencia del derecho Mexicano este presume que el hijo en cuestion es fruto del matrimonio en el cual nacio, aunque fuera concebido antes del mismo y se limita en forma por demas drastica la facultad del padre para combatir esta presuncion, como lo especifica el Titulo septimo, capitulo primero delCodigo Civil para el Estado de Veracruz.

Los hijos que nacen del Iustae Nuptiae, y de los cuales el padre no habia logrado comprobar la imposibilidad antes citada caian en forma automatica dentro de la Patria Potestad y pueden reclamar alimentos del padre y este a su vez tiene el deber de

proporcionarlos. En caso de hijas estas cuentan con un derecho mas que consiste en que el padre les otorgue una dote adecuada a su clase social.

Además como consecuencia del nacimiento del *Iustae Nuptiae*, los hijos deben obtener el consentimiento del padre para poder celebrar a su vez un *Iustae Nuptiae* es decir un justo matrimonio y que el padre tiene un derecho de administración y usufructo sobre determinados bienes adquiridos por el hijo.

En la parte que respecta a la FILIACION, esto es, el lazo natural que relaciona a un infante con sus autores, la mas plena es la que emana de la *Iustae Nuptiae* y que da a los hijos el calificativo de *LIBERI IUSTI*.

En esta situación, el derecho romano admite tres cuestiones:

- 1.- Una comprobación a través de los registros públicos de nacimiento, establecidos muy probablemente por Augusto.
- 2.- La comprobación de constante posesión de estado de hijo legítimo.
- 3.- Por último caso, la prueba testimonial.

Los principales efectos que tuvo la filiación legítima son los siguientes:

- 1.- Da lugar a la agnación o parentesco civil.
- 2.- Crea una obligación reciproca de darse alimentos y que para el hijo comprende además el beneficio de la alimentación.
- 3.- El infante debe respeto a sus ascendientes.
- 4.- El padre comunica a sus hijos su calidad de ciudadano romano y su condición social.

En relación a esto el derecho mexicano confirma estas soluciones, solo que la prueba testimonial debe acompañarse de algún otro medio probatorio.

B.- LA LEGITIMACION.

Este es otro procedimiento a través del cual se puede establecer la patria potestad sobre los hijos naturales, se puede manifestar en tres formas.

1.- EL JUSTO MATRIMONIO con la madre, esto era algo no siempre posible.

2.- UN RESCRIPTO del emperador era un posible escape en aquellos casos en que el matrimonio entre los padres no era aconsejable o realizable. El emperador solo podía utilizar la legitimación en caso de ausencia de hijos legítimos.

3.- La OBLACION A LA CURIA, este es un caso especial en el que el padre se hacía completamente responsable de que su hijo aceptara la función de consejero municipal, que entonces era una desagradable y arriesgada profesión llamada DECURION. En estas situaciones el consejero debía responder con su propia fortuna del resultado de los cobros fiscales que decretaba el bajo Imperio y que era muy exigente. Por otro lado el padre debía tener separados de su patrimonio una cierta cantidad de bienes inmuebles para con ello poder garantizar los pagos de su hijo durante el tiempo que durara la gestión en la Curia.

En la actualidad el derecho moderno continúa reconociendo la legitimación como una forma excepcional para establecer la filiación, sus efectos son algo distintos debido al alcance que da el derecho mexicano a la patria potestad.

C.- LA ADOPCION.

La adopción era conocida como un acto solemne a través del cual un ciudadano romano (el filiusfamilias) quedaba bajo la potestad de otro ciudadano romano (el paterfamilias), previo acuerdo de los paterfamilias involucrados y quedaban establecidas entre ellos las mismas relaciones civiles que se hubieran dado si el filiusfamilias naciera de la procreación "EX IUSTIS NUPTIIS".

Originalmente la adopción se llevaba a cabo con tres ventas ficticias de la persona por adoptar, sin embargo Justiniano decide que esto no es necesario y que basta con que se haga una declaración ante el magistrado hecha por ambos paterfamilias. La adopción ocupaba en Roma un lugar importante por causa de los intereses políticos y religiosos que de ella se derivaban; esto era debido a que la familia civil solo se desarrollaba por los varones y podía darse el caso de que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse por la falta de los mismos y con el fin de evitarlo se recurría a la adopción. Con ella el hombre perpetúa su nombre, su familia y su culto privado.

Dentro de las condiciones de adopción se puede mencionar que el adoptante debía tener dieciocho años mas que el adoptado y la adopción creaba los mismos impedimentos matrimoniales que la filiación natural, además de esto el Imperio sólo permitía este trámite a los ancianos mayores de sesenta años con el fin de estimular los matrimonios, así si un joven quiere tener hijos debería casarse.

En la adopción no era necesario el consentimiento del adoptado bastaba con que este no se opusiera ya que seguiría siendo "ALIENI IURIS", el único procedimiento era que cambiaba de familia y tomaba

el nombre del adoptante perdiendo en forma automática todo parentesco con la anterior familia, aunque seguía conservando con ella su cualidad de "COGNADO".

La adopción no era del todo beneficiosa para el adoptado, una de las partes importantes que perdía era su "AGNACION" con la antigua familia y con ello toda esperanza de sucesión y si por alguna razón el padre adoptivo lo emancipaba posteriormente, perdía también esta sucesión, al respecto Justiniano decidió que ya que el adoptante era un "EXTRANEUS" (extraño), la autoridad paterna se continuaba, así el adoptado no salía de su primer familia adquiriendo tan solo derechos a la sucesión "AB INTESTATO" del adoptante.

En el caso de que el adoptante fuera un ascendiente del adoptado que no tenía la patria potestas, con un abuelo paterno que emancipa a su hijo y adopta a su nieto, en esos casos la adopción conserva sus antiguos efectos ya que si el adoptado es emancipado queda unido con el adoptante por un lazo de sangre que el pretor tomará en cuenta en la sucesión, esta situación se conoce como "ADOPTIO PLENA"; la "ADOPTIO MINUS PLENA" es cuando el adoptante es un extraño o una persona completamente ajena a la familia original.

El derecho moderno mexicano tiene cambios significativos como la reducción de la edad del adoptante de sesenta años a treinta, en virtud de que la única justificación de este límite es la de asegurar que el adoptante comprenda lo que está haciendo. Tanto el derecho romano como el derecho mexicano exigen que el adoptante no tenga hijos legítimos para evitar que la adopción perjudique a los intereses de éstos.

Se puede decir que la adopción es un típico ejemplo de un acto jurídico que de ninguna manera admite término, ni condición.

D.- LA ADROGACION

Esta forma permitía que un paterfamilias adquiriera la Patria Potestad sobre otro paterfamilias, es decir el adrogado cae bajo la potestad del adrogante, obteniendo en automático el mismo título que un descendiente nacido "EX IUSTIS NUPTIIS", del mismo modo pasan a la nueva familia todos sus descendientes y todos ellos pierden los derechos de agnación inherentes a su antigua familia, tomando por lo tanto el nombre de la familia del adrogante; como consecuencia de esto todos los bienes del adrogado pasan a poder del adrogante.

Por causa de la adrogación se podría llegar a extinguir un culto doméstico, también se derivaba que una "GENS" perdiera alguna rica domus en favor de otra Gens, esto podría traer un desequilibrio político en la antigua Roma; y por último, como el adrogado pasaba con todo su patrimonio bajo el poder del adrogante, existía un peligro de adrogaciones derivadas por razones deshonestas.

Posteriormente Justiniano, viendo que no era en verdad lo más indicado para el adrogado, dispuso que sólo tuviera el usufructo de los bienes, quedando la "NUDA PROPRIETAS" para el adrogado.

EXTINCION DE LA PATRIA POTESTAD

Con el paso del tiempo el ejercicio de la patria potestad sigue teniendo reformas, el derecho romano nos presenta dos situaciones muy específicas en las que la patria potestad podía

extinguirse o desaparecer, en general esto puede ser motivado por dos razones:

- 1.- Por acontecimientos fortuitos.
- 2.- Por actos solemnes.

En la primera situación (acontecimientos fortuitos) podían presentarse seis casos a saber.

- 1.- El primero era la muerte del Paterfamilias, (o por su "CAPITIS DIMINUTIO MAXIMA o MEDIA") en cuyo caso todos los que estaban sometidos directamente se harían "SUI IURIS".
- 2.- En el segundo caso se contemplaba la pérdida de la ciudadanía del padre.
- 3.- En el tercero que el padre pasara a ser esclavo, es decir cuando el padre está cautivo la condición de los hijos queda a la deriva y no se fija de una manera definitiva a menos que el padre regrese o muera; si este regresa, por el "IUS POSTLIMINII" se considera que la potestad no ha dejado de existir; si por el contrario muere por enfrentarse con el enemigo, entonces se considera a los hijos como "SUI IURIS" desde el momento de la cautividad.
- 4.- El cuarto caso determina la elevación del hijo a cierto tipo de dignidades que incluían actos religiosos y políticos.
- 5.- El quinto caso es cuando el hijo cae en esclavitud.
- 6.- En el sexto caso cuando una hija se casaba "CUM MANU".

En la segunda situación existían ciertos actos solemnes con los que se ponía fin a la patria potestad, estos actos eran la entrega en adopción y la emancipación, no se debe olvidar que en el derecho romano, en la época de Justiniano, la única forma de extinguir la patria potestad era por adopción hecha por un ascendiente, en cualquier otra situación esto no procede.

La emancipación no se debe reconocer precisamente como una ruina o un castigo para el *filiusfamilia*, ya que en lugar de pasar a una nueva potestad se convierte en *sui iuris* y en tal situación puede tener patrimonio propio.

Si se estudian los procedimientos de la emancipación, en realidad no es más que una combinación de la "MANUMISION VINDICTA" y de la emancipación.

Es una aplicación directa de tres principios del derecho romano:

- 1.- La potestad paterna da derecho suficiente para vender al hijo y someterlo al "MANCIPIUM" de un tercero.
- 2.- Cuando se trata de un hijo varón en el primer grado, la potestad paterna se rompe por tres mancipaciones en forma sucesiva, con respecto a los otros descendientes basta con una sola.
- 3.- El *mancipium* queda disuelto, como la "DOMINICA POTESTAS", por una manumisión vindicta.

Si en la misma forma se estudian los efectos de la

emancipación, el emancipado se vuelve sui iuris, y con esto conserva sus derechos anexos a la cognación, aunque no conserve los de la agnación.

El pretor le permite conservar sus derechos de sucesión con relación al padre y a los ascendientes paternos; si se le deja el peculio lo tendrá como si fuera de su propiedad.

Esta es la teoría clásica que se tiene de la emancipación; en el Bajo Imperio sufrió algunas modificaciones como las siguientes:

- a.- Constantino toma la decisión de que la emancipación puede ser revocada si se presenta el caso de ingratitud.
- b.- Anastasio determina que el hijo que se encuentra ausente puede ser emancipado por prescrito del príncipe.
- c.- Justiniano aportó la teoría de acuerdo con la práctica, suprimiendo las antiguas formas; a partir de ese momento la emancipación se hizo por una simple declaración ante el magistrado, con ello era innecesario realizar la venta del hijo tres veces para poder romper la patria potestad y éste quedara liberado de ella.

EL DERECHO COMPARADO

En el derecho germánico, desde épocas muy remotas, la "MUNT" (institución que equivale a la Patria Potestad) tuvo siempre un carácter tuitivo. En ese derecho el poder de los padres sobre los hijos no era vitalicio, se extinguía cuando el hijo llegaba a la mayoría de edad; comprende el derecho de cuidar del hijo y no se

conocía la privación de la capacidad de los hijos para adquirir bienes. La mujer podía participar y ejercer la Patria Potestad a la muerte del padre.

En la España medieval podemos encontrar que en el Fuero Juzgo se percibe claramente una influencia germánica respecto de la Patria Potestad. En este cuerpo de leyes la influencia del Derecho romano, como es sabido, se vio oscurecida por el Derecho Germánico.

No obstante que las partidas acogieron para España el Derecho romano y que en este cuerpo de leyes la Patria Potestad se llama "OFFICIUM VIRILE" y se constituye como un poder absoluto y perpetuo en favor del padre, se percibe respecto del ejercicio de la Patria Potestad, la influencia de ciertas ideas cristianas que influyeron sobre esta institución ya desde el Imperio romano (particularmente a partir de Constantino) en el sentido de que la Patria Potestad debía ser ejercida con piedad paternal.

Debe observarse que siguiendo la tradición del Derecho romano, la Patria Potestad en el Derecho español antiguo, solo se concebía en la familia legítima. Durante ese período casi desaparece el concepto romano de Patria Potestad como derecho del pater y se transforma, a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo. Desde entonces, empezó a considerarse que la Patria Potestad tenía su fundamento no en el derecho positivo, sino en el derecho natural.

Una huella perceptible de estas características de la Patria Potestad, que tomaron su origen en el derecho consuetudinario aparece en los fueros españoles. El derecho foral aragonés, es ejemplo de cómo la Patria Potestad era considerada desde la Edad

Media, no como autoridad, sino como una institución protectora de los menores hijos. Bien reconocido es el principio del Derecho aragonés en materia de poder paterno, formulado como axioma en las observaciones del Justicia Martín Díaz Dany: "ITEM DE CONSUEtudINE REGNI NON HABEMOS PATRIAM POTESTATEM". Basados en este texto, numerosos autores han negado la existencia de la Patria Potestad en Aragón; pero no han faltado otros que han puesto de relieve que lo que realmente expresa aquella frase es, no que en Aragón no exista la Patria Potestad, sino que no se halla organizada con arreglo a los principios romanos, interpretación que ha admitido también la jurisprudencia.

Continuando con esta tradición Aragonesa, un proyecto reciente en materia de familia ha prescindido de denominar a la institución Patria Potestad y se habla en cambio del "DEBER DE CRIANZA Y EDUCACION DE LOS HIJOS" y de atribución de la autoridad familiar adecuada para cumplirla.

La Patria Potestad en el derecho francés ha acentuado el principio de la autoridad paterna en la familia legítima. El Código Civil de 1804 otorga al padre el ejercicio de la Patria Potestad. Este poder se extingue a la mayoría de edad del hijo. A partir de la Ley del 22 de septiembre de 1942, la Patria Potestad concebida en el Código Civil, como un poder o autoridad del padre, se transforma en una potestad que debe ser ejercida en interés común del patrimonio y de los hijos. Así adquiere la Patria Potestad el carácter de una función temporal ejercida en interés del grupo familiar legítimo. También la Ley del 22 de mayo de 1946, proclama la idea de que los tribunales pueden privar del ejercicio de la Patria Potestad al padre o a la madre que por su conducta, o por su salud puedan comprometer la formación adecuada de los hijos.

A partir de esta Ley de 1946, se acentúa la dirección del Derecho francés, hacia una mayor intervención de los tribunales en el ejercicio de la Patria Potestad y en el control de la misma.

El Código Civil italiano, organiza la Patria Potestad sobre la base de reconocer la autoridad paterna y materna en el seno de la familia; pero sometiendo el ejercicio de esta función a la vigilancia y control de las autoridades judiciales, particularmente de los jueces tutelares.

En el Código Civil portugués de 1966, la Patria Potestad se concibe como un poder paterno de la filiación y es ejercido tanto en lo que se refiere a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los hijos extramatrimoniales. Dicho Código en el artículo 1879 proclama que corresponde a ambos padres la guarda y la dirección de los hijos menores no emancipados, con la finalidad de protegerlos, educarlos y alimentarlos. Corresponde también a los padres, la representación de los hijos aún de los no nacidos y la administración de sus bienes de acuerdo con las disposiciones de los artículos respectivos. Estableciendo separadamente en el artículo 1881 los poderes y deberes que correspondan al padre, y en el artículo 1882, señala concretamente cuáles son los poderes y los deberes que debe desempeñar la madre, para cumplir con esa función que el legislador ha querido que recaiga a la vez en el padre y en la madre.

En el Derecho argentino, las nuevas disposiciones contenidas en la Ley 23.264 han modificado sustancialmente el derecho argentino de la familia. La voluntad reformadora del derecho anterior se concreta a mas de cien años de la vigencia del Código Civil argentino, en el que Patria hacía referencia al padre y no al

padre y a la madre. Esos cambios de la reforma de 1985 han incidido especialmente en el régimen de la Patria Potestad, y de acuerdo al artículo 264 la Patria Potestad o autoridad paterna se otorga al padre y a la madre; basándose en el principio de igualdad entre los cónyuges y el interés y beneficio del menor.

En México, en los Códigos de 1870 y 1894 la Patria Potestad se ejercía, en primer término por el padre y después por la madre. (Art. 392 y 366)

Sólo por muerte, interdicción, ausencia del llamado preferentemente, entraría al ejercicio de la Patria Potestad el que seguía en el orden establecido en los artículos del Código. Después de la muerte seguía el abuelo paterno, después el materno. Fue en la Ley sobre Relaciones Familiares donde el Artículo 241 estableció que la Patria Potestad se ejerce por el padre y la madre en primer término, y después por los abuelos paternos y por último por ambos abuelos maternos, lo que recibe el Código Civil actual, de tal modo que la Patria Potestad se ejerce mancomunadamente.

Nuestro Código organiza la Patria Potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público.

C A P I T U L O I I

CUSTODIA DESDE EL PUNTO DE VISTA JURIDICO. CONCEPTO DE LA PATRIA POTESTAD

Repasando lo acaecido en épocas antiguas, podríamos decir sin temor a equivocarnos, que es en Roma realmente donde existió la Patria Potestad, por que aun cuando hoy existe una institución que conserva aquel nombre y que se refiere a las relaciones del padre con el hijo, no es en verdad potestad alguna, sino un conjunto de obligaciones asistidas de algunos derechos que hacen posible el cumplimiento de aquellas.

La Patria Potestad viene del latín PATRIUS, lo relativo al padre y POTESTAS, potestad. Actualmente se ve mas que un poder una protección, protección que por otra parte, no es específicamente paternal, puesto que incumbe a los dos esposos, y aun a la madre sola en ausencia del padre.¹

La Patria Potestad toma su origen de la filiación. Es una institución establecida por el derecho, con las finalidades de asistencia y protección de los menores no emancipados cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos habidos fuera de él o de hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor o progenitores, respecto de los cuales ha quedado establecida legalmente la filiación (consanguínea o civil).

Para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida

¹ Castán Vázquez José M.-La Patria Potestad.-Edit. Revista de derecho Privado, Madrid 1968.- pag. 5.

a la vez por el padre y por la madre, la Patria Potestad comprende un conjunto de PODERES-DEBERES impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de ellos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoridad lo requiere.

La atribución de estos derechos y facultades al padre y a la madre, les permiten cumplir los deberes que tienen hacia sus hijos.²

Para Rafael de Pina la Patria Potestad se define de la siguiente manera: "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".³

En sentido similar, "Que es el conjunto de derechos y deberes que incumben a los padres con relación a las personas y los bienes de sus hijos menores de edad no emancipados".⁴ Podríamos definir lo que llamamos hoy Patria Potestad como una sumisión del padre a las necesidades del hijo y de la sociedad.⁵

De signos distintivos en la formulación del concepto de Patria Potestad. Unos se limitan a precisar que ella se integra de un conjunto de derechos y deberes, mientras que otros agregan también

² Balindo Garfias Ignacio.-Derecho Civil 4/o ed.-Edit. Porrúa S.A., México 1988.- pag. 667.

³ De Pina Rafael.-Derecho Civil Mexicano.-Vol. I. 8/a Ed.-Edit. Porrúa S.A., México 1977.- pag. 373.

⁴ Belluscio Augusto César.-Manual de Derecho de Familia.-Tomo II, 3/a. Ed.-Edit. Depalma, Buenos Aires 1981.- pag.273

⁵ De Ibarrola Antonio.-Derecho de Familia, 3/a Ed.-Edit. Porrúa S.A., México 1984.- pag. 444

la finalidad de la institución. Están aquellos que destacan su fuente, señalándola en la ley o en el derecho natural y finalmente quienes nos dan un concepto de la misma, limitándose a caracterizarla como un complejo indisoluble de deberes y derechos.⁶

Como podemos ver algunos autores distinguen, en relación con la Patria Potestad, dos aspectos; uno se refiere a la protección de los intereses materiales (asistencia protectora) y otro a los intereses espirituales (asistencia formativa particularmente dedicada a la educación del menor).⁷

El rasgo común, prescindiendo de las diferencias señaladas, se encuentra en el acento que la doctrina pone en la existencia de derechos y deberes que caracterizan a la Patria Potestad.

Dicho reconocimiento marca la evolución desde la extensión prácticamente ilimitada de la Patria Potestad Romana -atemperada en la República y en el Imperio-, hasta transformarse a través del derecho consuetudinario, en un deber de protección hacia el hijo.

Posteriormente, en el derecho moderno se reglamentó su ejercicio como función social, a efectos de que mas que un conjunto de derechos, se ponga una serie de obligaciones y responsabilidades en beneficio a los sujetos a ella,⁸ toda vez que también la sociedad y el Estado tienen interés en la adecuada formación de menores.⁹

⁶ Campora Hector.-Op. cit.-pag. 234.

⁷ De Pina Rafael.-Derecho Civil Mexicano, tomo II, 7/a Ed.-Edit. Porrúa S.A., México 1987.- pag. 35.

⁸ Rojas Villegas Rafael.-Derecho Civil Mexicano, tomo II, 7/a Ed.-Edit. Porrúa S.A., México 1987.-pag. 35.

⁹ Galindo Garfias Ignacio.-Op. cit.-pag. 675.

La Patria Potestad es, en la actualidad, mas que un poder, una verdadera función, pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado, perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el derecho romano y en el germánico, hasta convertirse en una institución destinada a la defensa de la persona y bienes del menor, a la que no es extraña la intervención del Estado.

Esta intervención se acentúa cada día mas como una manifestación del interés público que se reconoce actualmente, con absoluta unanimidad, por los sociólogos y los juristas, en la institución familiar y como consecuencia de la necesidad que existe de que esta institución se desarrolle normalmente y cumpla de este modo sus fines característicos, entre los cuales no es el menos importante el que se refiere a la protección de los menores, para lo cual en bastantes ocasiones se requiere de la atención directa de la autoridad estatal.^{1º}

La Patria Potestad es una institución necesaria que da cohesión al grupo familiar. En las antiguas legislaciones surgía legalmente solo dentro de la familia legítima, no se establecía respecto de los hijos naturales. En nuestro Código Civil, la Patria Potestad es una institución que nace de la relación PATERNO-FILIAL.

En esta manera la Ley han querido que este deber de proteger y cuidar a los hijos, no dependa de la existencia del vínculo matrimonial, sino de la procreación o de la adopción que impone a cargo de los padres la ineludible obligación de criarlos y educarlos convenientemente.

^{1º} De Pina Rafael.- op. cit.- pag. 374.

De aquí que por Patria Potestad debemos entender el conjunto de derechos, deberes y obligaciones conferidas por la Ley a los padres para que cuiden y gobiernen a sus hijos desde el nacimiento hasta la mayoría de edad o la emancipación, así como para que administren sus bienes y los representen en tal periodo.¹¹

Como se puede apreciar, los tratadistas reconocen en la Patria Potestad un contenido moral y un contenido jurídico; estos contenidos aparecen perfectamente entrelazados, sin que ninguno de ellos pueda ser separado del otro sin atacar a la naturaleza esencial de la institución..

En el Código Civil no encontramos definición sobre la Patria Potestad, se habla de ella en relación a sus efectos. En el capítulo primero se trata de los efectos de la Patria Potestad respecto a la persona de los hijos, y en el segundo los efectos respecto de los bienes de los hijos.

Esto implica que se haga referencia a los deberes y obligaciones de los padres; deberes en relación a la persona y las obligaciones en relación a los bienes del hijo. Pero no solamente existen deberes y obligaciones, sino también derechos de los padres que están relacionados con su situación de padres dentro de esa relación jurídica.¹²

Cabe señalar también, que la denominación de Patria Potestad en el derecho moderno es impropia, por que esta institución no es

¹¹ Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Pérez Rosalía.-Derecho de Familia y Sucesiones.-Edit. Harla S.A. de C.V.- México 1998.- pag. 227.

¹² Chavez Ascencio Manuel.-La familia en el derecho.-Edit. Porrúa, S.A.-México 1987.- pag. 265.

ya una Potestad absorbente como la Patria Potestas romana, sino una autoridad tuitiva que no corresponde exclusivamente al padre, puesto que la ejerce también la madre, y en ciertos casos los abuelos, con esto se convierte en una función propia de la paternidad y de la maternidad.

Es evidente que el funcionamiento de la Patria Potestad está en la naturaleza humana que confiere a los padres la misión específica de asistir y formar a sus hijos.

Independientemente de que el Estado la acepte y regule, la Patria Potestad está en la naturaleza propia de las relaciones PATERNO-FILIALES.

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

En relación a su naturaleza jurídica podemos encontrar las siguientes opiniones:

A.- INSTITUCION.

Galindo Garfias nos señala que la Patria Potestad es una institución establecida por el derecho, con la finalidad de asistencia y protección de los menores no emancipados, cuya filiación ha sido establecida legalmente; ya se trate de nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de matrimonio o de hijos adoptivos.¹³

También Puig Peña señala que la Patria Potestad es una institución jurídica; es decir, el tránsito en la Ley de la

¹³ Galindo Garfias Ignacio.- op. cit.- pag. 667.

situación de hecho que surge de las relaciones PATERNO-FILIALES.

La Ley la disciplina y de sus preceptos es posible deducir en todo en donde, por encima de la variedad de sus disposiciones, se descubre la armonía de la institución.¹⁴

Se señala también que la Patria Potestad es una institución necesaria para la cohesión del grupo familiar que comprende tanto a la familia legítima como a la ilegítima.

B.- FACULTADES Y DERECHOS.

De Pina nos al realizar un análisis de la forma en que se aplica la Patria Potestad nos dice lo siguiente:

"Que la Patria Potestad se define como el conjunto de facultades que suponen también deberes conferidos a quienes ejercen en relación a las personas y bienes de los sujetos a ella, con objeto de salvaguardarlas en la medida necesaria".¹⁵

Galindo Garfias nos habla que para lograr esa finalidad tuitiva que debe ser cumplida a la vez por el padre y la madre, la Patria Potestad comprende un conjunto de poderes-deberes impuestos a los ascendientes que estas ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de estos, dirigir su educación y procurar su asistencia en la medida que su estado de minoridad lo requiere.¹⁶

¹⁴ Puig Peña Federico.-Tratado de Derecho Civil Español.-Tomo II, vol. 1/0 y 2/0.-Edit. de revista de derecho privado, Madrid 1971.

¹⁵ De Pina Rafael.-op. Cit.- pag. 373.

¹⁶ Galindo Garfias Ignacio.- Op. cit.- pag. 667.

C.- PODER.

Desde este punto de vista se hace referencia a la autoridad y de ella se dice que contiene las relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre sus hijos menores. No hay una relación jurídica entre iguales, pues el padre y la madre ejercen la potestad.

Carbonnier nos dice lo siguiente:

"La autoridad paterna está constituida por un conjunto de poderes conferidos al padre y a la madre, con el objeto de proteger al menor frente a los peligros a que está expuesto en razón de su juventud inexperiencia".¹⁷

Así mismo, Zannoni nos dice:

"La Patria Potestad, contiene relaciones jurídicas basadas en el reconocimiento de la autoridad paterna y materna sobre los hijos menores. Es decir, no se trata de relaciones cuyo objeto presupone la igualdad jurídica de los sujetos por el contrato; los fines que satisfacen implican que tanto el padre como la madre ejercen una potestad, un poder. Se trata de un poder reconocido por la Ley, como medio de actuar el cumplimiento de un deber.

En otras palabras, el poder paterno o materno en punto a los fines, no es una mera prerrogativa disponible del padre o de la madre. Ellos deben -están obligados- a ejercerlo, y esto debe hacerse personalmente ya que ese ejercicio es indelegable a terceros.¹⁸

¹⁷ Carbonnier Jean.-Derecho Civil.-tomo I, Situaciones Familiares y Cuasifamiliares.-Sosch Casa Edit., Barcelona 1958.- pag. 473.

¹⁸ Zannoni Eduardo A.-Derecho de Familia.-Edit. Astrea, Buenos Aires 1978, pag. 282.

D.- RECONOCIMIENTO DE LA FACULTAD NATURAL.

Si tomamos en cuenta que la filiación es un hecho natural, y que hace referencia a la procreación por la cual alguien procrea a otro y el que procrea tiene mayor edad, conocimientos y posibilidades; la Patria Potestad debe ser el reconocimiento de una facultad natural del procreador que se ejerce mientras el procreado necesite de la atención "Se trata pues a nuestro juicio de un reconocimiento de una facultad natural. No es que los padres tengan la propiedad sobre los hijos, como sostenían las viejas doctrinas".¹⁷

E.- FUNCION.

La concepción moderna de la Patria Potestad la identifican como: "Una función que ejerce el padre para protección de los hijos.

Esta concepción -a la que, como hemos dicho se fue llegando gradualmente-, estaba suficientemente propagada, en general, al acaecer la revolución francesa y se impuso con ella trascendiendo al derecho intermedio. Así se descubre, aunque no lo proclaman expresamente, en los códigos civiles que regulan la Patria Potestad como una función temporal productora de deberes para el padre y limitan las facultades atribuidas a este.²⁰

Castán Vázquez hace notar que la concepción generalizada en el derecho moderno de la Patria Potestad como función coincide con las orientaciones cristianas acerca de este instituto, que la evolución ha truncado el antiguo poder en un deber.

¹⁷ Fuig Peña, - op. cit. - pag. 198.

²⁰ Castán Vázquez José M. - op. cit. - pag. 32.

F.- LA PATRIA POTESTAD COMO DERECHO SUBJETIVO.

Se está analizando la Patria Potestad dentro de la relación PATERNO-FILIAL, que implica fundamentalmente deberes en relación a la persona de los hijos y obligaciones en relación a sus bienes. Desde este ángulo, la Patria Potestad hace referencia a la relación PATERNO-FILIAL; pero se puede contemplar desde otro punto de vista, al tomar a la Patria Potestad como derecho subjetivo, al cual ya se refería Cico, mismo que puso de relieve por un lado el Derecho de Reivindicación o mejor de Reclamación, que compete al padre contra quien ilegítimamente detenga el poder; y por otro lado, el derecho de ejercitar la Patria Potestad, o de ser puesto en condiciones de ejercerla, removiendo los obstáculos que se opongan, en todo, caso el derecho de familia que está inseparablemente ligado a los intereses del hijo, por lo que al defender el propio derecho, el padre defiende el interés del hijo elevado al interés superior.²¹

Como se puede apreciar, existen derechos subjetivos conyugales y familiares derivados de actos o hechos jurídicos familiares, pero también en lo conyugal y en lo familiar como institución, que son inalienables y forman parte de su personalidad y patrimonio humanos. Dentro de estos derechos está la Patria Potestad, como derecho subjetivo, que es una facultad o prerrogativa que corresponde a los progenitores de acuerdo con el ordenamiento jurídico y dentro del cual está el derecho al ejercicio de la Patria Potestad que es oponible frente a terceros.

CARACTERES DE LA PATRIA POTESTAD.

Con fundamento en lo expresado anteriormente, pueden derivarse

²¹ Castán Vázquez José M.- op. cit.- pag. 36.

algunos caracteres que nos permitan conocer mas esta institución, si es que por institución entendemos un conjunto de normas que en abstracto comprenden y regulan una situación determinada. Como ejemplo de caracteres pueden destacarse los siguientes:

A.- PERSONAL.

Es un conjunto de deberes, obligaciones y derechos de carácter personal, que no pueden ser cumplidas a través de terceros. En nuestro derecho ejercen la Patria Potestad el padre y la madre, o los abuelos paternos o maternos en caso de que no la ejercieran los padres. Esto impide que en algunos aspectos al ejercer la Patria Potestad puedan delegara terceros, como en el caso de la institución donde se envia los hijos a la escuela para su educación; las escuelas son auxiliares de los padres en el cumplimiento de su deber de educación.

B.- PARTICIPACION DE AMBOS.

En nuestro derecho, como ya se dijo, participan el padre y la madre cuando se da el caso de matrimonio o concubinato, y en ausencia de ellos los abuelos paterno o materno. Solo en caso de que el padre o la madre legalmente o por ocasión de la muerte de uno no pudieran ejercer la Patria Potestad, lo hará el que quede. Esta es una evolución evidente, pues recordemos que al principio la Patria Potestad la ejercía en forma soberana solo el padre; a la madre no se le tomaba en cuenta, ni se le consideraba capaz de administrar sus propios bienes.

Esto es muy interesante y hay que destacarlo, dada la poca intervención del padre en la educación de los hijos en nuestro ambiente; el legislador desea la participación de ambos para dar la debida educación a los menores.

C.- DELIGATORIO.

Ejercer la Patria Potestad es obligatorio y esta obligación deriva de su propia naturaleza. De la Patria Potestad no pueden desligarse los padres; la Patria Potestad es irrenunciable, solo puede excusarse quien tenga setenta años cumplidos o cuando por su mal estado de salud no pueda atender debidamente su desempeño.

D.- REPRESENTACION TOTAL.

Comprende un conjunto de deberes y obligaciones, recordemos lo dicho ya en relación al deber jurídico. Aquí podemos observar que existe un conjunto de deberes orientados a la persona menor, de contenido extramatrimonial no valorables en dinero, y que se refieren a la buena educación y atención del menor, así mismo existen una serie de obligaciones orientadas a la administración de los bienes del mismo.

La Patria Potestad significa una representación total y diversa a la que puede encontrarse en el derecho patrimonial. Es una representación que comprende a la persona menor y sus bienes. En relación a la persona, se da para el desempeño de los deberes jurídicos familiares que buscan la promoción integral del menor en todo el aspecto humano, psicológico y espiritual.

La representación en cuanto a esos bienes, corresponde a la administración del patrimonio del menor, con las limitaciones impuestas por la Ley; consecuentemente nos encontramos con una representación amplísima, en la que se comprende solo lo patrimonial económico, sino a la persona misma del representado, lo que se da solo en el Derecho de Familia.

E.- TEMPORAL.

A diferencia de la original Patria Potestad al estilo romano, se puede apreciar que actualmente la Patria Potestad es temporal ya que puede terminar con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga; con la emancipación derivada del matrimonio, y por la mayoría de edad del hijo.

F.- IRRENUNCIABLE.

La Patria Potestad no es renunciable, solo excusable en los casos señalados anteriormente. Las razones por las que se establece la irrenunciabilidad se derivan de su propia naturaleza, se trata de una función de interés público y se debe recordar que el artículo número 17 del Código Civil establece que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicios a derechos de terceros. Si se trata de imaginar las consecuencias de que la Patria Potestad fuera renunciable, existirían mas hijos sin padres o abandonados de los que se observan ordinariamente en nuestra comunidad nacional.

G.- INTRANSMISIBLE.

Los derechos, deberes y obligaciones que integran esta relación jurídica están fuera del comercio. No pueden ser materia de transferencia o enajenación, corresponde a los padres y abuelos exclusivamente.

No se debe olvidar que excepcionalmente existe la transmisión de la Patria Potestad en el caso de la adopción. Sin embargo cabe que el padre delegue en un tercero derechos concretos derivados de la Patria Potestad. Así, frecuentemente el padre interna al hijo en un colegio, en este caso no hay transmisión de la Patria Potestad,

que sin lugar a dudas, recae en el padre.²²

Conviene estudiar la posibilidad de una delegación en favor de alguno de los que en cada grado ejercen la Patria Potestad, es decir, delegarse, por ejemplo en favor de la madre, para lo cual el padre deberá hacerlo constar en un documento. Aún cuando nuestra legislación previene que se ejerce por el padre y la madre, se permite que resuelvan de mutuo acuerdo lo conducente a la educación de los hijos; en la parte relativa a la administración de sus bienes habrá uno de ellos como administrador, mismo que será designado de común acuerdo, esto permite la delegación pero única y exclusivamente entre quienes la ejercen. Lo mas conveniente es que siempre se documente esta delegación.

H.- IMPRESCRIPTIBLE.

Esto significa que los deberes, obligaciones y derechos que implican la Patria Potestad no se extinguen por el transcurso del tiempo, ni tampoco se extingue por la falta de ejercicio.

"Consecuencia de ello es que si el sujeto pasivo desaparece o fuera retenido ilegalmente por un tercero, no habría caducidad de los derechos del titular".²²

I.- TRACTO SUCESIVO.

El ejercicio de la Patria Potestad es continuado y por el tiempo requerido hasta que, como institución, se acaba. Se trata de una prestación que no se agota al cumplirse; es de tracto sucesivo por que implica una serie de actos en beneficio de la educación, guarda y atención de los menores.

²² Castón Vázquez José M.-Op. cit.-pag. 43.

J.- INTERES SOCIAL.

La Patria Potestad es de interés social, pues ya se dijo que no es posible renunciar a ella, este interés social no es solo en relación a los que la ejercen sino también por el interés que se observa por parte del Estado a través de los funcionarios adecuados.

Como la Patria Potestad tiene por objeto la debida formación de los menores, que serán los futuros ciudadanos, el Estado muestra gran interés en esta institución. Sin aceptar que los padres están supliendo una función estatal, o que esté delegada parte de sus funciones en los padres, el interés social que existe es obvio.

En nuestra legislación encontramos la participación del Ministerio Público, mismo que puede intervenir cuando los padres no cumplan con sus deberes y obligaciones; también los Consejos locales de tutelas tendrán intervención para exigir el debido cumplimiento de los padres, señalándose la necesidad de que exista un tutor en el caso de que las personas que ejercen la Patria Potestad tengan interés opuesto al de los hijos.

K.- RESPONSABILIDAD EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD.

La Patria Potestad se ejerce en relación a la persona del menor y de sus bienes. En relación a los bienes, existe la posibilidad de que una mala administración genere daños y perjuicios que eventualmente podrían tipificar un delito.

Respecto a los progenitores o abuelos que ejercen la Patria Potestad en relación a la persona del hijo, la legislación no prevé sanción compensatoria en caso de incumplimiento. Desde luego está la pérdida de la Patria Potestad como sanción, pero no compensa al

hijo los daños causados en relación a su persona, que pueden ser muchos.

SUJETOS DE LA PATRIA POTESTAD.

A.- SUJETOS PASIVOS.

Para estar en aptitud de saber quien puede ejercer la Patria Potestad, es necesario distinguir las diversas situaciones en que se encuentran los hijos, puesto que pueden ser nacidos de matrimonio, legitimados naturales o adoptivos.²³

Se encuentran bajo la Patria Potestad los hijos menores de edad no emancipados, mientras exista unos de los ascendientes que deban ejercerla, esto conforme a la Ley (Artículo 341 del Código Civil para el Estado de Veracruz), son sujetos pasivos los hijos matrimoniales, extramatrimoniales y los adoptivos, siempre que cumplan con lo siguiente:

- a.- Sean menores de edad.
- b.- No estén emancipados.
- c.- Exista alguno de los que la Ley llama a ejercerla, correspondiendo en caso contrario la tutela.

Para la Patria Potestad el momento del nacimiento es esencial a efecto de determinar las responsabilidades personales que impone la Ley a los padres y en su caso a los abuelos.

Tratándose de hijos naturales, el nacimiento es un momento importante para definir la relación con el posible reconocimiento del hijo, la forma en que se ejercerá la Patria Potestad.

²³ Flores Echez Fernando.-Introducción al estudio del derecho y derecho civil.- pag. 119.

Para la adopción es necesario que el adoptado ya haya nacido, pues sería contrario a la naturaleza misma de la institución adoptar al hijo simplemente concebido.²⁴

Es discutido si existe la Patria sobre el concebido, este hecho jurídico viene a realizar diferentes hipótesis normativas que se refieren respectivamente al derecho de las personas, al derecho de familia, al derecho hereditario y al contrato de donación.

Por lo que se refiere al derecho de las personas la concepción del ser es fundamental para que se otorgue protección jurídica que menciona el Artículo 28 del Código Civil para el Estado de Veracruz, en los términos siguientes:

"Las personas físicas adquieren la capacidad jurídica por el nacimiento y se pierde por la muerte; pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la Ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente código".

De acuerdo con las teorías más fundadas sobre la personalidad jurídica, principalmente acogiendo el sistema de Kelsen, la concepción del ser viene a determinar la concepción de la personalidad jurídica, en especial el nacimiento de la personalidad física, por que desde ese momento es centro ideal de imputación de hechos para ser heredero, legatario o recibir donaciones. Sin embargo, debemos reconocer que la mayoría de los civilistas opina que solo hay una protección jurídica para casos determinados, sin que nazca todavía la persona.

²⁴ Rojas Villegas Rafael.- Op. cit.- pag. 126.

En el derecho de familia la concepción del ser determina el momento inicial de las relaciones de parentesco y, especialmente, las que derivan de la filiación legítima natural; por lo tanto, prepara las consecuencias que después van a sobrevenir si hay un nacimiento viable.²⁰

Nuestro derecho, a diferencia del francés e italiano, considera que para determinar la filiación legítima se tomará en cuenta el momento de la concepción del ser durante el matrimonio y no el momento del nacimiento.

Por esto el Artículo 255 presume hijos legítimos:

1.- Los nacidos después de los ochenta días contados desde la celebración del matrimonio.

2.- Los habidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo.

Aún cuando el precepto toma en cuenta el momento del nacimiento, al fijar los términos de ciento ochenta días después del matrimonio y dentro de los trescientos días siguientes de la disolución, está aceptando como punto de referencia el momento de la concepción y no el alumbramiento, basándose en los términos mínimo y máximo del embarazo de acuerdo con los principios de la ciencia médica.

La misma base admite el Artículo 313 al estatuir que se presumen hijos del concubinario y la concubina:

a.- Los nacidos después de ciento ochenta días contados desde

²⁰ Campora Hecctor.- Op. cit.- pag. 31.

que comenzó el concubinato.

b.- Los nacidos dentro de los trescientos días siguientes al en que cesó la vida común y bajo un mismo techo entre el concubinario y la concubina.

Por su parte el Artículo 1247 establece la incapacidad para heredar de los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o de los concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia o de los concebidos cuando no sean viables (Art. 268).

El Artículo 2290 dispone que los nacidos pueden adquirir por donación, con tal que al tiempo de la misma hayan estado concebidos y sean viables. Es decir, que no es suficiente para adquirir por herencia o donación estar concebido, sino que es necesario, además, ser viable.

Ello parecería otorgar razón al argumento señalado en el sentido de que en el caso de herencia, la misma permanece como patrimonio pendiente de determinación de su titular definitivo, que quedaría sujeta a la condición de viabilidad.

Por si se considera que el concebido se tiene por nacido para los efectos declarados en el Código (Art. 28) forzoso es concluir que en los casos de herencia y donación no existen bienes pendientes de titular definitivo, sino como titular sujeto a la condición resolutoria de nacer viable.²⁴

²⁴ Borda Guillermo.-Tratado de Derecho Civil de sucesiones.-Tomo I, 5/a Ed.. Edit. Perrot., Buenos Aires 1988.- pag. 71.

Va de suyo que hasta el nacimiento, ya sea que la condición se cumpla o no, dichos bienes deberán ser administrados y su titular representado en todos los asuntos concernientes a los mismos, y en dichos supuestos se estarán ejerciendo funciones de la Patria Potestad.

Dado que el Artículo 341 del ya mencionado Código Civil establece lo siguiente:

"Están bajo la misma los hijos menores de edad no emancipados", y el ser en gestación no puede ser considerado un menor de edad, no lo es menos que, a los efectos que ella establece, la Ley lo tiene por nacido (Art. 29).

El momento del nacimiento implica un aumento sensible en la capacidad de goce del recién nacido, su capacidad de ejercicio es nula, por lo tanto, todos sus derechos se harán valer por conducto de su representante.

En el ser nacido existe ya una capacidad de goce completa en el orden patrimonial; podrán existir restricciones impuestas por la Ley pero por causas distintas a la edad misma del sujeto.

En el orden familiar esta capacidad está restringida dado que no se puede celebrar el matrimonio sino hasta que el hombre cumpla dieciséis años y la mujer catorce; en materia testamentaria tampoco existe, entre tanto no se llega a los dieciséis años, la posibilidad de testar. Como el testamento es un acto personalísimo no cabe la posibilidad de que se realice por un representante.

En los demás órdenes del Derecho Familiar se tiene ya la capacidad de goce para adquirir todos los derechos inherentes al

parentesco, en especial a la filiación y para soportar las consecuencias propias de la Patria Potestad.²⁷

La emancipación interesa tanto al derecho de las personas como al de familia. Respecto al primero determina una semicapacidad de ejercicio en el menor emancipado pues conforme al artículo 573 del Código Civil, este tiene la libre administración de sus bienes, con las restricciones que el propio concepto señala para contraer matrimonio, enajenar, grava o hipotecar bienes raíces y comparecer en juicio como actor o como demandado. Al derecho de familia le interesa también la emancipación, por cuanto que de acuerdo con el Artículo 571 del Código Civil; "El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea menor de edad no recaerá en la Patria Potestad."

Anteriormente la emancipación podía obtenerse antes de la mayoría de edad que era de 21 años al cumplir los 18, al reducirse la edad para obtener la mayoría dejó de existir en forma, subsistiendo solamente la derivada del matrimonio.

De acuerdo con el Artículo 577: "La mayoría de edad comienza a los 18 años cumplidos". Al llegar a ella el menor adquiere la plena capacidad para el ejercicio de sus derechos, uso y disposición de todos sus bienes, (Art. 578), terminando así la Patria Potestad.

B.- SUJETOS ACTIVOS.

Son sujetos activos de la Patria Potestad, los ascendientes:

²⁷ Rojas Villegas Rafael.-Op. cit.- pag. 127.

padre y madre y, a falta de ambos, los abuelos, en el orden que determine la Ley o el juez familiar, atendiendo a la conveniencia del menor.²⁰

A diferencia del Derecho francés, en el que la Patria Potestad no pertenece mas que a los padres y jamás a los abuelos, a quienes, empero, el hijo debe honrar y respetar, entre nosotros, teniendo en cuenta que "los hijos menores de edad no emancipados están bajo la Patria Potestad mientras exista alguno de los ascendientes que deba ejercerla conforme a la Ley (Art. 341), de acuerdo con esto:

La Patria Potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce:

- 1.- Por los padres.
- 2.- Por los abuelos.
- 3.- Derogada. (Art. 343)

Originalmente este precepto tenía el mismo encabezado y tres fracciones que decían:

- 1.- Por el padre y la madre.
- 2.- Por el abuelo y la abuela paternos.
- 3.- Por el abuelo y la abuela maternos.

Hablemos ahora del hijo nacido fuera del matrimonio:
"Cuando los progenitores lo han reconocido y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad". (Artículo 344).

Se puede notar que las relaciones jurídicas entre los padres e hijos son muy numerosas.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden

²⁰ Baqueiro Rojas Edgar, Rosalia Euenrostra Béz.- Op. cit.- pag 227.

natural, ético y social, para hacer de los padres las personas idóneas para cumplir esa misión.

La Patria Potestad tiene un contenido de orden natural (la procreación), y a veces afectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de mirar por el interés del prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).²⁴

En el primer aspecto, es decir desde el punto de vista natural, no puede negarse que el ordenamiento jurídico toma en cuenta el sentimiento de afecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo de la manera más eficaz.²⁵

Desde el punto de vista de la autoridad paterna, el fundamento ético de la Patria Potestad consiste en que la función encomendada al padre y a la madre, no se agota en la procreación del hijo o de los hijos, impone a los padres la responsabilidad moral de la formación de sus menores hijos desde el punto de vista físico, intelectual y espiritual.

El contenido social de la Patria Potestad, se destaca desde el punto de vista de que los poderes conferidos al padre y a la madre constituyen una potestad de interés público; en cuanto que realizando esa misión en interés del hijo, se cumple el interés de la colectividad representada por el Estado.

De la conjunción de estos elementos se desprende, que el orden

²⁴ Galindo Barfias Ignacio.-Op. cit.- pag. 675.

²⁵ De la Rosa Antonio.-La tutela Degli Inaspetti.-Edit. Dott a Giuffrè, Milán 1962.- pag. 52.

jurídico exige que la autoridad paterna se encuentre sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez por que el derecho privado, se reúne en esta institución, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la familia y el Estado.

EFFECTOS SOBRE LA PERSONA Y BIENES DEL HIJO.

De acuerdo con el Artículo 342 de nuestro Código, para analizar los efectos de la Patria Potestad, es necesario distinguir entre los que están relacionados con las personas y los relacionados con los bienes, en la forma siguiente:

a.- Efectos con relación a las personas:

Estos se refieren a las personas sometidas a la Patria Potestad y a los que la ejercen.

b.- Efectos con relación a los bienes:

Estos se refieren a los bienes de los hijos que se encuentran bajo la Patria Potestad.

A.- Respecto a los sometidos a la Patria Potestad, en el complejo de relaciones jurídicas que forman el contenido de la Patria Potestad, encontramos una situación de autoridad de los padres y de correlativa subordinación de los hijos. Este estado de sumisión en que se encuentran los hijos menores de edad respecto de quienes ejercen la Patria Potestad, comprende el deber de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres y el deber de convivencia.³¹

³¹ Salindo Barfias Ignacio.- Op. cit.- pag. 677.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualquiera que sea su estado, edad y condición (Art. 340 de nuestro ordenamiento) no se extingue al terminar la Patria Potestad. Durante el estado de minoridad del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber de respeto y honra impuesto en este precepto, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Sus límites se encuentran fijados por la propia finalidad de la institución, de modo tal que no se viola este deber si se pretende obediencia para algo que no responda de modo mediato o inmediato al propio bienestar del menor.²²

El hijo sometido a la Patria Potestad, no podrá dejar la casa de aquellos a quienes está sometido, sin permiso de ellos o sin la autorización de la autoridad competente (Art. 350).

En lo que se refiere a las personas que ejercen la Patria Potestad sobre los descendientes, encontramos que el deber primordial que se impone a los padres o ascendientes es:

- a.- El cuidado y guarda de los hijos.
- b.- La dirección de su educación.
- c.- El poder de corregirlos y castigarlos.
- d.- La obligación de proveer a su mantenimiento.
- e.- La representación legal de la persona del menor.
- f.- La administración de los bienes del menor.

A las personas que tienen al hijo bajo su Patria Potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente de acuerdo con

²² D'Antonio Daniel H.-Patria Potestad.-Edit. astrea, Buenos Aires 1979.- pag. 31

el Artículo 351.

Los que ejerzan la Patria Potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a estos de buen ejemplo. (Art. 352).

La obligación de dar alimentos a los descendientes que se encuentran sometidos a la autoridad paterna. (Art. 234). Al igual faculta a quienes esa autoridad paterna, a ser representante de los menores de edad que están bajo ella. (Art. 353)

La administración de los bienes que el sujeto a la Patria Potestad adquiere por cualquier título que no sea su trabajo, corresponde a las personas que la ejerzan.³³

B.- Con relación a los bienes de los hijos que se encuentran bajo la Patria Potestad, "La Patria Potestad produce efectos no solo en la persona del hijo; de ella derivan otras consecuencias de carácter patrimonial".³⁴

Quiénes ejercen la Patria Potestad tienen la administración legal de los bienes del hijo. Los menores, aunque no tengan plena capacidad, pueden ser titulares de derechos y propietarios de bienes, pero carecen de la capacidad de ejercicio que les impide administrar y disponer de los mismos, por lo que requieren de la representación legal y la facultad de administración se confiere por Ley a los que ejercen la Patria Potestad.

³³ De Pina Rafael.- Op. cit.- pag. 378.

³⁴ Galindo Garfias Ignacio.- Op. cit.- pag. 481.

Se trata de una administración en nombre e interés del hijo. El Artículo 354 del Código Civil nos señala que son administradores legales; esto significa que no hay un contrato como origen, pues las facultades se basan en la propia naturaleza.

Estos efectos en relación a la persona y los bienes del menor del derecho de guarda o custodia del mismo este se encuentra vinculado con todos los demás derechos, deberes y obligaciones, ya que cada uno cumple una función traduciéndose en la formación integral del menor.

Esto será tratado con mayor interés en el Capítulo número 3, en su parte respectiva.

EXTINCION, PERDIDA Y SUSPENSION DE LA PATRIA POTESTAD.

Entre las causas que afectan a la Patria Potestad hay que distinguir en primer lugar, entre la extensión, la pérdida y suspensión.

"La extinción se presenta cuando ella se acaba de un modo absoluto".³³

Para Rafael de Pina, la Patria Potestad: "Se acaba cuando, sin acto culpable por parte de quien la ejerce, las leyes ponen fin a ella, señalando ciertos acontecimientos por los cuales deba concluir."³⁴

³³ Salido Garfias Ignacio.- Op. cit.- pag. 35.

³⁴ De Pina Rafael.- Op. cit.- pag. 381.

Nuestra legislación civil estipula en el Art. 372 que la Patria Potestad se acaba:

- 1.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien caiga.
- 2.- Con emancipación.
- 3.- Por la mayor edad.

Como podemos ver, los modos de acabarse la Patria Potestad se clasifican, según que la extingan en si misma y con relación a las personas que la ejercen, en absolutos y relativos. En el primer caso, se trata de extinción propiamente dicho; en el segundo de pérdida de la Patria Potestad.

La pérdida ocurre en los casos en que ella desaparece en cabeza de quien es privado de la misma, pero subsiste en la otra persona a quien corresponde ejercerla.³⁷

El Artículo 373 establece que la Patria Potestad se pierde:

1.- Cuando el que la ejerce es condenado expresamente a la pérdida de ese derecho, o cuando es condenado dos o mas veces por delitos graves.

2.- En los casos de divorcio, teniendo en cuenta lo que dispone el Artículo 157.

3.- Cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratamientos o abandono de sus deberes, pudieran comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayesen bajo la sanción de la Ley penal.

³⁷ Campora Hector.- Op. cit.- Pag. 85.

4.- Por la exposición que los padres hiciesen de sus hijos, o por que los dejen abandonados por mas de seis meses.

En los diversos casos que señala ese artículo, los ascendientes que ejercían la Patria Potestad pierden los derechos inherentes a esta, pero no quedan librados de las obligaciones que les incumben, las cuales continuarán con todo vigor en favor de los hijos.

Para Hector Campora, la suspensión de la Patria Potestad: "Es una medida que tiene carácter temporal."³⁴

"Se suspende la Patria Potestad, cuando por razón de alguna incapacidad no la puede seguir desempeñando quien la ejerce, o por haber sido este sentenciado a pena que lleve consigo la suspensión."³⁵

De acuerdo con el Artículo 376 la Patria Potestad se suspende:

- 1.- Por incapacidad declarada judicialmente.
- 2.- Por la ausencia declarada en forma.
- 3.- Por sentencia condenatoria que imponga como pena esa suspensión.

³⁴ Campora Hector.- Op. cit.- pag. 86.

³⁵ De Pina Rafael.- Op. cit.- pag. 381.

C A P I T U L O I I I

DEBERES, OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LAS RELACIONES JURÍDICAS PATERNO-FILIALES

DEBERES, OBLIGACIONES Y DERECHOS EN GENERAL.

La Patria Potestad no es un poder que se impone a los sujetos a ella. Tampoco se estima que sea conveniente acudir a la doctrina de los deberes-derechos para explicar la necesidad del cumplimiento ineludible de los deberes, como una exigencia que se impone. Los deberes integran la relación jurídica dentro de la cual se tienen también derechos recíprocos; a un deber de quienes ejercen la Patria Potestad corresponde otro deber de los hijos y ambos tienen derechos para exigirse mutuamente el cumplimiento de los respectivos deberes.

No se puede desconocer que se trata de una relación jurídica entre personas, que son los progenitores y sus descendientes, padres e hijos, y que ambos son sujetos de derecho, pues de lo contrario no podría haber relación jurídica alguna. Se puede decir que no se trata de una Potestad necesaria para el cumplimiento de un fin, para lo cual se ha elaborado la teoría del deber-derecho, que parece necesaria para explicar como los padres pueden cumplir sus deberes al ejercer la Patria Potestad, pues se dice que si no cuentan con un derecho no pueden cumplir sus deberes, olvidando que el derecho es la facultad que se tiene para obligar a la otra parte de la relación jurídica a cumplir sus propios deberes.

Por cada deber, corresponde otro deber, esto como respuesta en la relación jurídica, independientemente de los derechos. Esto hace

pensar que tratándose de una persona que tiene su propia dignidad y es sujeto de deberes, derechos y obligaciones, no debe imponérsele la Potestad del Padre.

Siempre debe respetarse a la persona, independientemente de su minoridad o su incapacidad legal o natural.

La protección que exige la sociedad y establece el derecho, no implica el predominio de una parte sobre la otra, sino el cumplimiento de una función que es la paternidad que se da en beneficio del menor de edad, o en caso de la tutela del que tenga incapacidad legal o natural.

Evidentemente es una relación jurídica típica del Derecho Público, pues en este la relación se da entre sujetos que tienen plena capacidad, y aquí se da entre sujetos de los cuales uno no tiene la capacidad de ejercicio.

Sin embargo esta circunstancia no impide que se trate de una obligación jurídica y si de relación jurídica se trata, debemos aceptar que existen deberes y derechos que son recíprocos en cuanto a lo personal y en cuanto a lo económico.

Para esta especial relación jurídica familiar, el menor tiene capacidad suficiente, ya que los hijos, "cualquiera que sea su estado, edad o condición, deben de honrar y respetar a sus padres", esto en forma obvia implica un deber jurídico.

Al tener los menores sus deberes en la relación jurídica existen otros deberes correlativos que corresponden a los padres y entre padres e hijos también estarán presentes derechos.

No se requiere la plena capacidad jurídica por parte de los hijos en esta relación jurídica, ya que de existir (18 años) ya no se daría.

Esto significa que el Derecho atribuye al menor la suficiente capacidad para ser sujeto de esta relación, capacidad que se incrementa en la medida que el menor va madurando y alcanzando ciertas edades.

No se debe olvidar que tanto los padres como los hijos tienen otras relaciones jurídicas con terceros, que los Padres, por el solo hecho de serlo, tienen el derecho subjetivo para educar y cuidar a sus hijos que enfrentan a todos, incluyendo al Estado, que es de un orden distinto de los que se derivan de la relación paterno-filial; es decir hay distintos ordenes de derecho.

Unos se presentan en la relación jurídica paterno-filial y otros que se dan fuera de la intimidad de esta relación humana y se enfrentan a otras personas de la sociedad, por ejemplo, exigir como derecho la educación que debe dar el Estado a través de las escuelas.

El desarrollo de este punto se hará con base, en primer término, en los deberes y derechos que existen en la relación jurídica paterno-filial; en segundo término con base en las obligaciones y derechos que en la misma se presentan, esto permitirá ver de conjunto la relación jurídica que tiene, por un lado a los padres ejerciendo la Patria Potestad como función y a los hijos por el otro lado como respuesta a la "responsabilidad filial".

EL CUIDADO Y GUARDA DE LOS HIJOS.

La custodia y cuidado de los hijos es el primer deber de los Padres en relación a los hijos menores no emancipados, es decir tenerlos en su compañía para su vigilancia y cuidado.

La posibilidad de contacto inmediato del menor con los que la ejercen, para que estos puedan cumplir con ese deber, se denomina "DERECHO DE GUARDA"⁴⁰ o custodia.

Nuestros tribunales hablan de guarda y custodia que se entiende si el mismo deber: "La Patria Potestad comprende una serie de derechos y obligaciones correlativas para quien la ejercita, tales como la guarda y custodia de los menores, la facultad de educarlos, de corregirlos, de representarlos en los actos jurídicos que señala la Ley, de administrar sus bienes, proporcionarles alimento, etc."⁴¹

Es de notarse que nuestra legislación emplea los términos cuidado y custodia, es decir, la custodia debe ser con cuidado, lo que significa la intensidad y profundidad con que la custodia se debe dar en la relación paterno-filial.

En cuanto a los derechos, quienes ejercen la Patria Potestad pueden fijar libremente su residencia que constituye el elemento para determinar el domicilio de la persona física (Art. 37 del

⁴⁰ Caferrata José Ignacio.- Op. cit.- pag. 29.

⁴¹ Asaparo Directo 2078/1974.-Victor Manuel Mir. Fndez.-Agosto 15, 1975.-Unanimidad de 4 votos, ponente: Mtro. J. Ramón Palacios Vargas.-Tercera sala, boletín No. 28 Semanario Judicial de la Federación, pag. 61.-tercera sala, informe 1975.- segunda parte pag. 116.

Código Civil), el cual se reporta domicilio legal para el menor no emancipado en los términos de la fracción I del Artículo 40 del mismo Código y exigir, en los términos del Artículo 350 del multicitado Código, que mientras estuviera el hijo en la Patria Potestad no podrá dejar la casa de los que la ejercen, sin el permiso expreso de ellos o por decreto de la autoridad competente.

"La guarda de un hijo es el derecho de que habite en la casa de los padres. El padre, guardián de su hijo, puede, por tanto, obligarlo a que habite con él, y en caso necesario hacerlo regresar a su domicilio mediante la fuerza pública. El hijo menor no emancipado no tiene derecho para abandonar el domicilio paterno, salvo cuando haya cumplido 20 años (hoy 18 años) y se trata de darse de alta en el Ejército".⁴²

Como se puede apreciar corresponde "Al padre el ejercicio de la Patria Potestad con todas las facultades inherentes a la misma, entre las que se encuentra de manera principal la de su guarda y custodia, ya que, como se dijo antes, a fin de cumplir con los deberes y de ejercer las facultades de la misma, es menester la convivencia cotidiana del menor bajo el mismo techo e ininterrumpidamente con el actor".⁴³

Como derecho correlativo al deber de los padres del cuidado y custodia, los hijos tienen la posibilidad de exigir la custodia por parte de los que ejercen la Patria Potestad, pero no cualquier tipo de custodia, pues esta debe ser con el cuidado y esmero que

⁴² Planiol Marcel.-Tratado Elemental de Derecho Civil.-tomo I y 2.-Edit. Cajica S.A.-Puebla Pue.-Mex. 1984.-pag 243.

⁴³ Aparato Directo 4139/78 Josefina Ribón García.-26 Feb. 1979.-5 votos.-ponente: Raúl Lozano Ramírez.

requiere esta relación íntima Paterno-Filial. En razón de lo expuesto, no se debe considerar solamente como un atributo al lado de otros, sino como un medio que permite realizar concretamente los otros derechos y obligaciones de la Patria Potestad.¹⁴ De este modo no se reduce a suministrar el elemento material de resguardo físico, sino que posibilita también el cumplimiento de los derechos-deberes de educación, corrección, asistencia y debe comprender todo lo necesario para que la persona del menor se forme plenamente, extendiéndose a la atención médica en su acepción amplia (vacunas, revisiones buco-dentales, etc.) y las condiciones de higiene y salubridad imprescindibles.¹⁵

Su ejercicio implica la facultad de solicitar de la autoridad pública el auxilio necesario para obtener el reintegro de los menores, en el supuesto caso de que ellos abandonen el lugar designado,¹⁶ o sean retenidos fuera del mismo derecho.¹⁷

En la custodia están comprendidos otros deberes y derechos que se relacionan mutuamente en el sentido paterno-filial, como son la convivencia, prelación de la persona, vigilancia de sus actos y la educación completa, que comprende la moral y la religiosa.

A.- CONVIVENCIA.

El deber de convivencia es la natural consecuencia de la función de la Patria Potestad. Es una consecuencia del deber de cuidado y custodia. Esta convivencia tiene por objeto lograr la

¹⁴ Caferrata José Ignacio.-Op. cit.-pag. 29.

¹⁵ D'Antonio Daniel H.-Op. cit.-pag.92/93.

¹⁶ De Ibarrola Antonio.-Op. cit.-pag. 423.

¹⁷ Castán Vázquez José M.-Op. cit.-pag. 191.

objeto lograr la estabilidad personal y emocional del menor, es darle afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual.

Como deber correlativo, este también corresponde al hijo, que está obligado a responder en la medida en que su edad y madurez lo permita, pero tiene el deber de procurar que la convivencia familiar se logre con afecto, calor humano, presencia personal y respaldo espiritual. Como derecho de los padres e hijos, necesarios para lograr esta convivencia, está el de ser respetados en su persona y en su intimidad, necesarios para lograr la convivencia familiar.

B.- PROTECCION A LA PERSONA.

Dentro del cuidado y custodia está la protección de la persona del hijo. "Frente a todo peligro que pueda amenazar su salud física y moral".⁴⁶

Debemos remarcar que el hecho de imponer deberes y otorgar derechos a los padres para la protección y formación integral en beneficio de los hijos, trae como consecuencia, que los actos que importen el ejercicio de la Patria Potestad en beneficio propio -de los padres-, podrán ser atacados por una falta de causa, una causa ilícita o una desviación de la función.

El ejercicio de los derechos otorgados por la Ley a los padres será abusivo. "La Patria Potestad debe ejercerse con la idea puesta en el interés del hijo."⁴⁷

⁴⁶ Puig Peña.-Tratado de Derecho Civil Español.-Tomo III.-pag. 299.

⁴⁷ Lloveras Mora.-Patria Potestad y Filiación.-Ed. De Palma.-Buenos Aires, 1995.-pag 149.

La formación y protección integral de los hijos sin duda alguna deberá ser perfilada en cada caso concreto. A ese fin deberá tenerse en cuenta la edad del hijo, la educación institucional recibida, los establecimientos a que ha concurrido, las dificultades físicas, el estado general de salud, sus aptitudes especiales, si tiene o no hermanos, el nivel social del grupo familiar, etc.

De lo anteriormente expuesto se puede dar una noción de lo que debe entenderse por protección y formación integral del hijo. Proteger al hijo define una acción del progenitor destinada al amparo y defensa de quien está a su cuidado y por otra parte, formar integralmente al hijo designa la actitud de los padres dirigida a la educación y adiestramiento global del menor.

C.- VIGILANCIA DE SUS ACTOS.

"Dentro del deber de guarda va insitu el deber de vigilancia, por lo cual los padres responderán de las consecuencias dañosas en que hayan incurrido sus hijos en cuanto ellas se deban a la falta de vigilancia."²²

En nuestra legislación, el Art. 1852 del C.C. previene que:

"Los que ejerzan la Patria Potestad tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios causados por los actos de los menores que estén bajo su poder y que habiten con ellos." El Art. 1852 agrega que: "Ni los padres ni los tutores tienen la obligación de responder de los daños y perjuicios que causen los incapacitados sujetos a su cuidado y vigilancia, si probasen que les ha sido imposible evitarlos. Esta imposibilidad no resulta de la mera

²² Puig Peña Federico.-Op. cit.-pag 229.

circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia si aparece que ellos no han ejercido suficiente vigilancia sobre los incapacitados."

Este deber de vigilancia es para la formación de los hijos. Se les vigila en la familia y fuera de ella, no solo para evitar daños sino en plan de promoción humana.

Al hijo le corresponde la obediencia y respeto como deberes para evitar la responsabilidad de los daños con cargo a quienes ejercen la Patria Potestad. En cuanto a las facultades, corresponde a los padres el derecho a la corrección y amonestación, y a los hijos el derecho de ser protegidos.

LA DIRECCION DE SU EDUCACION.

Con relación a este atributo, se ha dicho que los derechos y poderes que emergen de la institución no se confieren a los padres sino como consecuencia de los deberes que tienen que cumplir; que no hay Patria Potestad sino en razón de las muchas obligaciones a cargo del padre o madre, pudiendo resumirse todas en una sola: LA EDUCACION DEL HIJO.

En relación a este deber es donde se señala mas claramente la influencia de la doctrina deber-derecho. Zannoni dice que en sentido amplio, "El deber de la educación de los hijos implica el deber y el derecho de ocuparse de la formación física, espiritual y moral del menor así como atender a la preparación para una profesión o actividad determinada, que represente utilidad al menor y a la sociedad. Esta tarea paterna incluye la formación del carácter, del espíritu y de los sentimientos que tanto van a

incidir sobre sus inclinaciones de vida."²¹

En nuestro derecho aún cuando la educación está comprendida dentro del concepto de alimentos, a ella se hace especial referencia en el Art. 351; a este deber corresponde el deber de obediencia y respeto de los hijos, como respuesta de su responsabilidad filial, así como lo expresa el Art. 340 mencionado anteriormente. Como se puede ver si existe el deber de los padres de educar, de expedir órdenes, de ejercer la autoridad; como respuesta está el deber de obediencia de los hijos, quienes reconocen la autoridad de los padres.

Así suele distinguir entre instrucción y educación.²²

La primera se refiere al desarrollo de la inteligencia, mientras que la segunda procura el desenvolvimiento de todas las facultades físicas y psíquicas.²³ De esta manera la educación engloba la instrucción y comprende no solo el aspecto intelectual, sino también el moral, religioso, físico, sexual, civil social, etc., es decir la formación integral del menor.²⁴

A.- EDUCACION MORAL.

Comprende la orientación en relación a su conducta y que significa señalar el camino para lograr una conducta moral. Transmitir los valores éticos de la familia y de la comunidad según la cultura de cada país. Corresponde al deber del hijo atender

²¹ Iannoni Eduardo A.-Op. cit.-pag. 719.

²² Messineo Francesco.-Manual de Derecho Civil y Comercial.-Tomo III.-Condiciones Jurídicas.-Europa 1971.-pag. 136.

²³ D'Antonio Daniel H.-Op. cit.-pag. 97.

²⁴ Campora Hector.-Op. cit.-pag. 43.

y escuchar las orientaciones del padre. A su vez existen los derechos reciprocos de la corrección y amonestación por parte del padre, y el derecho del hijo de que se respete su vocación.

B.- EDUCACION RELIGIOSA.

La educación comprende la religiosa. El Art. 24 Constitucional previene que: "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que mas le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la Ley."

Desgraciadamente en México, debido a las luchas religiosas, el Gobierno se ostenta ateo y ajeno a cualquier doctrina religiosa y el Art. 3 Constitucional, que hace referencia a la educación que imparte el Estado, dice que se mantendrá por completo ajeno a cualquier doctrina religiosa. Pero es derecho indudable de los padres dar la educación religiosa, lo que está protegido en la propia Constitución.

Evidentemente se trata de un deber que deberá ejercerse por ambos padres o ambos abuelos. Este deber de los padres corresponde al deber de los hijos de atender y escuchar la formación religiosa que los padres le imparten. Los padres deben tomar siempre en cuenta la madurez del hijo, pero mientras no alcance la mayoría, los padres tienen el deber de seguir transmitiendo la educación religiosa que se logra, fundamentalmente, a través del testimonio de ellos.

Por otra parte, el derecho de formación religiosa solo existe hasta que el sujeto pasivo esté en aptitud de tener sus propias

convicciones, y que deberán ser respetadas, toda vez que distinto proceder sería contrario a la libertad de creencia consagrado por el Art. 24 Constitucional.

C.- TRABAJO.

Otro aspecto de la educación está relacionado con el trabajo, este se refiere al trabajo del menor en los servicios que debe hacer en la casa, de acuerdo con sus posibilidades y con su edad, respetando siempre las normas existentes en esta materia; pero se refiere también a la educación profesional, que requiere proporcionar una orientación en esta materia, esto comprende el deber de los padres de enviar a los hijos a las escuelas para la educación primaria, secundaria y superior, con esto les proporcionan algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales. (Art. 329)

"Esta relación con el trabajo, hace referencia también al trabajo de los menores fuera de la casa, en cuyo caso el concurso de los padres es requerido durante toda la minoría de edad del hijo, hasta que se alcance la edad especial para que la libre contratación del trabajo pueda realizarse."²⁰

En este particular, el Art. 22 de la Ley Federal del Trabajo prohíbe la utilización del trabajo de los menores de 14 años y de los mayores de esta edad y menores de 16 años, que no hayan terminado su educación obligatoria, salvo los casos de excepción que aprueben las autoridades correspondientes. Los mayores de esta edad y menores de 16 años, pueden prestar libremente sus servicios con las limitaciones que establece la Ley, pero necesitan la

²⁰ Chavez Asencio Manuel.-Op. cit.-pag. 298.

autorización de sus padres o tutores y a falta de ellos, del sindicato a que pertenezcan, de la Junta de Conciliación y Arbitraje, del Inspector de Trabajo o de la autoridad política, para la celebración de los contratos de trabajo.

Corresponde a los hijos aprovechar y aceptar las orientaciones en materia de trabajo y respetar las decisiones de los padres en este aspecto. Pero también existe el derecho del padre de participar en la contratación de los mayores de 14 años y menores de 16 en cualquier relación laboral.

D.- TESTIMONIO.

Sería muy difícil que los padres logaran una educación y promoción del hijo, si no dan ellos mismos testimonio. Nuestra legislación establece como un deber "Observar una conducta que sirva a los menores de buen ejemplo" (Art. 352).

No solo se dan facultades para corregir a los menores, a fin de que estos acepten sus instrucciones y órdenes, sino se exige que los padres observen buena conducta, es decir, den testimonio a sus hijos.

Como respuesta, los hijos deben honrar a sus padres como responsabilidad filial; el respeto está consignado en el Art. 340 y aquel significa el acatamiento, la aceptación de la función y autoridad de los padres.

Como consecuencia de esta relación, el padre tiene el derecho de exigir respeto y los hijos exigir de los padres un buen testimonio.

EL PODER DE CORREGIRLOS Y CASTIGARLOS

Se denomina derecho de corrección a las medidas que pueden ser tomadas por los padres que ejercen la Patria Potestad o por los órganos del Estado a requerimiento de los mismos, esto en cumplimiento de los deberes de guarda y educación, a efectos de reencausar la conducta del menor teniendo en cuenta su adecuada formación.²⁴

El Art. 352 establece: "Los que ejerzan la Patria Potestad o tengan hijos bajo su custodia, tienen la facultad de corregirlos y la obligación de observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo. Las autoridades, en caso de ser necesario, auxiliarán a esas personas haciendo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente."

De acuerdo a lo mencionado el cumplimiento del derecho-deber de educación existe entonces la facultad de corregir a los sujetos pasivos y que en su ejercicio los titulares deben ser auxiliares por las autoridades. Así, el Derecho de corrección puede ser ejercitado directamente por los mismos o indirectamente por órganos del Estado, a requerimiento de ellos. Se pueden determinar dos tipos de medios de corrección a saber, medios de corrección directos y medios de corrección indirectos.

A.- MEDIOS DE CORRECCION DIRECTOS.

No se debe de confundir el derecho de infligir a los niños ligeros castigos corporales con el derecho calificado de derecho de corrección. Por doquier admite la costumbre que los padres tienen

²⁴ Caspola Hector.-Op. cit.-pag. 45.

el derecho de castigar a los hijos, con el fin de constreñirlos a apegarse a su autoridad, pero a condición de que se trate de castigos sin gravedad, infligidos en el mismo interés del niño y de la familia. Cualquiera a este respecto habría de ser sancionado por la Ley penal y por la pérdida de la Patria Potestad.²⁷

Para la educación del menor en muchas ocasiones se necesita corregirlos, facultad que está expresamente consignada en la Ley a favor de quienes ejercen la Patria Potestad.

Es necesario anotar que el Art. 352 del C.C. fue modificado en 1975. Este decía originalmente: "Los que ejercen la Patria Potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente." Al suprimir el concepto castigo aunque fuere mesurado, significa que la corrección a la que se refiere el actual artículo como derecho a los padres, impide a estos a llegar a golpes o amenazas como abusos que es usual observar en el trato con los menores. La corrección debe ser mesurada; debe tener como límite no ofender la persona, ni daños al menor.

B.- MEDIOS DE CORRECCION INDIRECTOS.

Respecto a la corrección que realiza el Estado a través de sus órganos, ella se encuentra regulada por la Ley que crea los Consejos Tutelares para los menores infractores de nuestro estado. De acuerdo a la misma el Art. 2/do. establece lo siguiente: "La adaptación social y tutela de los menores infractores la asume el Estado en sus aspectos físico, mental y moral, en forma sustituta o coadyuvante de los deberes y derechos de los padres, tutores encargados de la Patria Potestad y quienes los tengan bajo su

²⁷ De Ibarrola Antonio.-Op. cit.-pag. 451.

guarda o cuidado, adoptando las medidas de educación y el tratamiento conducente a su corrección integración a la sociedad."

Según la misma, su objeto es: "Promover la adaptación social mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas educativas o de protección, la vigilancia del tratamiento y demás necesarias, cuando los menores de 16 años infrinjan las leyes penales, los reglamentos de policía y buen gobierno o manifiesten otra forma de conducta que hagan presumir, fundamentalmente, una inclinación a causar daños a sí mismos, a su familia o a la sociedad." (Art. 4).

Los procedimientos tutelares y de adaptación social serán obligatorios y las medidas que se adopten, un medio de integración familiar y social; por lo tanto no tendrán carácter represivo, ni atentarán contra la salud o dignidad del menor. (Art. 5).

Por lo anteriormente expuesto, cualquier autoridad a la que sea presentado un menor, lo pondrá a disposición del Consejo Tutelar o informará en el supuesto de no haber sido presentado. (Art. 46).

El Consejo Instructor de turno, a mas tardar dentro de las 48 horas de recibido el menor, resolverá si queda en libertad incondicional, si se entrega a quienes ejercen la Patria Potestad, la Tutela o guarda quedando sujeto a la continuación del procedimiento, o si debe ser internado en el centro de observación. (Art. 49).

Para integrar el expediente tendrá 15 días naturales, redactando el proyecto de resolución definitiva. (Art. 53). En

casos complejos dicho plazo podrá ser prorrogativo por una sola vez no pudiendo exceder de 5 días naturales. (Art. 54).

Transcurridos el plazo que marcan los Artículos anteriores, el consejo redactará el proyecto de resolución en un término no mayor de 2 días y lo someterá a votación del Consejo. (Art. 55). Dicha resolución se entrega por escrito, conteniendo la aprobación de la mayoría de consejeros y se notificará al auxiliar, al menor y a los encargados de este. Así mismo deberá ser comunicada de inmediato al Director del Centro de Observación, si estuviere internado el menor, para su traslado al lugar donde deberá aplicarse la medida impuesta o en su caso, se permitirán entregarlo a su familia. (Art. 56).

Por medio de los recursos podrá recabarse, modificarse o sustituirse la medida acordada por los consejos, en razón de no haberse acreditado los hechos atribuidos al menor, la peligrosidad y a los fines de su adaptación social, dicha medida. Al fin indicado, son recursos la inconformidad y la reconsideración. (Art. 60).

OBLIGACION DE PROVEER SU MANTENIMIENTO. ASISTENCIA

El deber de asistencia comprende los alimentos y también la asistencia moral y cuidados personales.

No se limita pues a suministrar los medios económicos para la asistencia física de los sujetos a Patria Potestad, sino que se extiende a los cuidados necesarios para su plena formación física y espiritual, encontrándose estrechamente relacionado con los derechos-deberes de guarda y educación.

A.- ASISTENCIA MATERIAL, ALIMENTOS.

Dentro del título de la Patria Potestad no encontramos referencia a los alimentos, lo cual no significa que no exista este deber con cargo a los progenitores que ejercen la Patria Potestad. Este deber es uno de los principales que existen en la relación paterno-filial, con cargo a los padres de dar alimentos a sus hijos y de estos a aquellos.

"La educación de los hijos no se realiza sin gastos, siendo estos a cargo de los padres; la carga económica es la mas pesada de las que deben soportar los padres; insignificantes son, en comparación con ella, los cuidados que requiere la persona del hijo. Cuando la familia es numerosa, la carga de sostenimiento y educación de los hijos es agobiadora para los padres."²⁰

"El deber de dar alimentos a los hijos menores es proclamado por la moral y exigido en las legislaciones positivas."²¹ Este deber, a la vez que moral es jurídico. Sin embargo, durante la minoridad el deber alimenticio de los padres para ellos es unilateral, "puesto que los hijos no están obligados a prestar recursos económicos a aquellos."²²

La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la Patria Potestad; tiene su frente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayor de edad del hijo. La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de

²⁰ Planiol Marcel.-Op. cit.-pag. 251.

²¹ Castán Vázquez José M.-Op. cit.-pag. 245.

²² Zannoni Eduardo A.-Op. cit.-pag. 728.

proporcionarlos a sus padres, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la Patria Potestad, pero la obligación alimenticia subsiste, aunque se acabe la Patria Potestad, cualquiera que sea la edad del hijo, sin otro límite que la posibilidad que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

Como se puede ver los alimentos constituyen una de las consecuencias principales del parentesco y comprenden de acuerdo al Art. 239 la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto a los menores, los alimentos comprenden, además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentario, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestas y adecuadas a su sexo y circunstancias personales.

Sin embargo el deber de alimentos en la Patria Potestad no se funda exclusivamente en el parentesco, sino también en los deberes de guarda y educación.⁴¹

Podemos definir el Derecho de alimentos diciendo que es la facultad jurídica que tiene una persona denominada alimentista para exigir a otra lo necesario para subsistir, en virtud del parentesco consanguíneo, del matrimonio o del divorcio en determinados casos.

En cuanto al parentesco por adopción dado que crea los mismos derechos y obligaciones que el parentesco legítimo entre padres e hijos, se crea solo entre adoptante y adoptado, el derecho y obligación de darse recíprocamente alimentos, según las necesidades

⁴¹ Caspola Hector.-Op. cit.-pag. 52.

del acreedor y las posibilidades económicas de deudor.⁴²

No debe confundirse el deber especial impuesto al padre y a la madre para con sus hijos, con la obligación, mucho mas general, llamada obligación alimentaria. Esta por su naturaleza es reciproca, en cambio, el deber de los padres para con sus hijos menores es, también por su propia naturaleza, unilateral.

La obligación alimentaria dura toda la vida; el deber de los padres termina con la mayoría de edad de los hijos. Después de su mayoría de edad el hijo puede tener derecho a los alimentos, pero en las condiciones ordinarias, es decir, cuando se halle necesitado; la educación del hijo y los gastos que ella ocasiona han terminado.⁴³

En nuestro derecho la obligación de dar alimentos se puede satisfacer de dos maneras:

- 1.- Mediante el pago de una pensión alimenticia.
- 2.- Incorporando al deudor en su casa al acreedor, para proporcionarle los elementos necesarios en cuanto a comida, vestido, habitación y asistencia en caso de enfermedad.

En este sentido el Art. 240 prescribe lo siguiente:

"El obligado a dar alimentos cumple la obligación asignando una pensión competente al acreedor alimentario, o incorporándolo a la familia. Si el acreedor se opone a ser incorporado, compete al Juez, según las circunstancias, fijar la manera de ministrar los alimentos."

⁴² Rojas Villegas Rafael.-Op. cit.-pag. 185.

⁴³ Planiel Marcel.-Op. cit.-pag. 253.

El Art. 241 reglamenta un caso en el cual no podrá haber incorporación del deudor a la familia o casa del acreedor, dice lo siguiente: "El deudor alimentista no podrá pedir que se incorpore a su familia el que debe recibir los alimentos, cuando se trate de un cónyuge divorciado que reciba alimentos del otro, y cuando haya inconveniente legal para hacer esa incorporación." Además existe inconveniente legal para la incorporación cuando el que debe dar alimentos haya sido privado del ejercicio de la Patria Potestad, como ocurre en los casos de divorcio, o bien, cuando se impone tal consecuencia en calidad de pena por los casos previstos en el Art. 373. Evidentemente que en estos casos no podrá el deudor alimentario incorporar al acreedor, pues entonces de hecho continuaría ejerciendo la Patria Potestad, o bien, privaría de ese derecho a la persona que conforme a la Ley tuviera la facultad de desempeñarla.

El incumplimiento del deber alimentario dará acción para exigirlos; demandando el aseguramiento de los bienes para hacer efectivos estos derechos. El aseguramiento podrá consistir en hipoteca, prenda, fianza o depósito de cantidad bastante a cubrir los alimentos según lo establece el Art. 248 del C.C.

En los casos en que los que ejerzan la Patria Potestad gocen de la mitad o de los bienes del hijo, el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad, y si esta no alcanza a cubrirlos, el exceso será de cuenta de los que ejerzan la Patria Potestad, Art. 250.

El Art. 253 de dicho cuerpo legal dispone que cuando no estuviese presente o estándolo rehusarse entregar lo necesario para los alimentos para los miembros de su familia con derecho a

recibirlos, se hará responsable de las deudas que estos contraigan para cubrir esa exigencia, y se hará en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos de lujo.

La obligación asistencial que surge de la Patria Potestad cesa a la mayoría de edad y a la emancipación, toda vez que esta se extingue. No obstante, subsiste el deber alimentario recíproco en caso de necesidad.

Finalmente con relación a los supuestos de cesación de la obligación alimentaria regulados en el Art. 251 del C.C., consideramos que solo sería de aplicación el legislado en la fracción I, que contempla en caso de que los titulares carecieran de medios para cumplirla. No así los regulados en la fracción II (falta de necesidad) y IV (necesidad por conducta viciosa, etc.) y toda vez que como se señalarán los elementos en la Patria Potestad no se fundan exclusivamente en la necesidad sino también en los deberes de guarda y educación.

Tempoco en la hipótesis de la fracción III (injuria, daños graves al deudor alimentario, etc.), habida cuenta que dichos actos no hacen cesar las obligaciones que tienen que cumplir y que, además de ellos son responsables por las conductas de los sometidos a Patria Potestad. En la fracción V (abandono de su casa sin su consentimiento y sin causa justificada), pues en este supuesto tiene la obligación de reintegrarlo a su domicilio a efectos del cumplimiento de sus deberes.

B.- ASISTENCIA MORAL Y CUIDADOS PERSONALES.

El de asistencia moral y cuidados personales en uno de los

deberes es prioritario de la Patria Potestad y se caracteriza como recíproco pues también incumbe, de acuerdo a las circunstancias a los sujetos a ella, traduciendola de acuerdo a la representación.

"Los que ejercen la Patria Potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella" (Art. 354).

Por su parte el Art. 353 de dicho cuerpo legal señala que el que está sujeto a Patria Potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aque] derecho. En caso de irracional disenso, resolverá el Juez.

Este derecho-deber se basa en la obligación de cuidar de la persona y bienes del menor, supliendo a dichos efectos su incapacidad. Así "La persona que ejerza la Patria Potestad, representará también a los hijos en juicio, pero para terminarlo requerirán del consentimiento expreso de ambos ascendientes, cuando su ejercicio sea conjunto y de la autorización judicial cuando la Ley lo requiera expresamente. Art. 356 del Código en mención.

Parece lógico en consecuencia, que tratándose de asuntos patrimoniales y habiendo administrados designado, la representación la ejerza el mismo, cumpliendo lo exigido en las disposiciones legales citadas. En su defecto podría ser ejercida por cualquiera de sus titulares.

La representación legal tiene carácter necesario y universal.⁴¹ Lo primero por que sin ella los actos estarán

⁴¹ Borda Guilleran A.-Op. cit.-pag. 198.

afectados de invalidez, y lo segundo ya que se extiende a todas las relaciones jurídicas del sujeto a Patria Potestad, sean de carácter patrimonial o extrapatrimonial, judicial, extrajudicial o administrativo.

Ello, sin embargo, reconoce excepciones:

a.- Con autorización de los que ejercen la Patria Potestad pueden celebrar esponsales (Art. 82 C.C.), contraer matrimonio (Art. 87 y 88 del C.C.), reconocer hijos (Art. 290 del C.C.), contraer obligaciones y comparecer en juicio (Art. 353 del C.C.), trabajar los mayores de 14 años y menores de 16 (Art. 23 de la Ley Federal del trabajo), dejar la casa de quienes la ejercen (Art. 350 del C.C.).

b.- Sin autorización pueden: otorgar testamento (Art. 1238 del C.C.), trabajar los mayores de 16 años (Art. 23 de la Ley Federal del Trabajo), así como comparecer en defensa de sus derechos, administrar los bienes adquiridos por su trabajo (Art. 357, 358 y 371 del C.C.), contraer obligaciones sobre materias propias de la profesión o arte en que sean peritos (Art. 569 del C.C.).

En general los supuestos señalados en el punto "A" constituyen casos de asistencia. Es decir aquellos actos en que el menor sujeto a Patria Potestad actúa directamente, pero necesitando el consentimiento de quienes la ejercen, por lo que no operan la representación sino la asistencia, que constituye un modo de protección de menos intensidad que la primera.⁴⁵

En el supuesto de los que ejerciesen la Patria Potestad fuesen

⁴⁵ D'Antonio Daniel H.-Op. cit.-pág. 112.

menores de edad, se considera que igualmente les compete el derecho de representación de las restricciones que surgen del Art. 571 del C.C., de acuerdo a ella, si el menor emancipado necesita de un tutor para asuntos propios como, a mayoría de razón, en el caso de que actúe en ejercicio del derecho-deber de representación.

En razón de lo expuesto en el Capítulo II, también se entiende que procede la representación del hijo concebido.

Por último, constituido un derecho-deber que integra la Patria Potestad, participa de sus caracteres, por lo que el mismo no es renunciable.**

La sanción para los actos celebrados por los sujetos pasivos sin que se supla su incapacidad, es la nulidad relativa de los mismos. De tal modo ella es prescriptible (Art. 568), solo puede ser intentada por el incapacitado o por sus legítimos representantes (Art. 587), y los actos realizados son susceptibles de ser confirmados.

En cuanto a la comisión de intereses, el Art. 369 dispone que en todos los casos en que las personas ejerzan la Patria Potestad tienen un interés opuesto al de los hijos, serán estos representados, en juicio y fuera de él, por un tutor nombrado por el Juez para cada caso.

Considerando que de igual forma debe procederse cuando se presentan conflictos de intereses entre dos personas sometidas a la misma Patria Potestad, pareciendo evidente que en tal caso deberá

** Castán Vázquez José.-Op. cit.-pag. 218.

designarse un tutor para cada una de ellas.

Cuando la colisión surge entre los intereses del progenitor que ejercita el derecho de representación y los del hijo, cabría preguntarse si puede ser designado tutor el otro progenitor. Creemos que la respuesta debe ser negativa, pues, como se ha dicho podría darse el caso de que este no defendiera con energía los intereses del hijo frente a su cónyuge o que, en caso de hacerlo, se vieran afectadas sus relaciones matrimoniales.⁴⁷

Distinta sería la solución en el supuesto que ellos estuvieran divorciados o separados de hecho. Con relación a quiénes pueden ser designados tutores, se entiende que tratándose de un tutor especial podría serlo cualquier persona, comenzando por los parientes llamados al ejercicio de la Patria Potestad (Art. 343) y a la tutela legítima (Art. 412) siempre que tengan aptitud para y puedan defender con independencia los intereses del menor.

Se hace referencia también al ejercicio del comercio como se puede apreciar, tiene capacidad para ejercer el comercio toda persona que según las Leyes comunes es hábil para contratar y obligarse, y a quien las mismas leyes no prohíben expresamente la profesión del comercio tiene capacidad legal para ejercerlo (Art. 5 del Código de Comercio). De acuerdo a ello, los menores bajo Patria Potestad no pueden ejercer el comercio por sí mismos.

Sin embargo, pueden realizar actos mercantiles e inclusive ser comerciantes, a través de sus representantes. Esto último se dará en los casos que por medio de sus representantes legales exploten una

⁴⁷ Borda Guillermo A.-Op. cit.-pag. 288.

negociación mercantil.

Es obvio que siendo el principio general en materia del derecho-deber de administración de los que ejercen la Patria Potestad, el de conservación del patrimonio de los menores, que ellos no podrán emprender una empresa comercial, pero podría darse el supuesto de que una persona sometida a la institución heredara o le fuera donada una negociación mercantil.

LA ADMINISTRACION DE LOS BIENES DEL MENOR.

La obligación de administrar los bienes no comprende necesariamente la gestión de todo el caudal del hijo.

Consagra nuestro Código Civil a los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo una clara clasificación:

Los bienes del hijo mientras estén en la Patria Potestad se dividen en dos clases:

- 1.- Bienes que adquiera por su trabajo.
- 2.- Bienes que adquiera por cualquier otro título.

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

El hijo menor de edad no solo tiene la propiedad, administración y usufructo de los bienes que adquiera por su trabajo, sino también la propiedad y administración de aquellos que por voluntad del padre o de la ley tenga (Art. 364). En relación a estos bienes, bien sea que los administre por disposición legal, bien sea por voluntad del padre, se le tendrá como emancipado con

la restricción que establece la Ley para enajenar, gravar o hipotecar bienes raíces, para lo cual requiere autorización judicial.

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 ejercen 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 y que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

Los padres pueden renunciar su derecho a la mitad de usufructo, haciendo constar su renuncia por escrito o de cualquier otro modo que no deje lugar a duda. Esta renuncia del usufructo hecha en favor del hijo por los padres en forma legal, se considera como una donación.

En todo caso los renditos y rentas que se hayan vencido antes de que los padres, abuelos y adoptantes entren en posesión de los bienes cuya propiedad corresponden al hijo, pertenecen a este, y en ningún caso serán frutos de que deba gozar la persona que esté en el principio de la Patria Potestad.

El usufructo de los bienes concedido a las personas que ejercen 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:

1.- Cuando los que ejerzan la Patria Potestad hayan sido declarados en quiebra.

ESTA TESIS NO DEBE SALIR DE LA BIBLIOTECA

- 2.- Cuando contraigan ulteriores nupcias.
- 3.- Cuando su administración sea notoriamente ruinoso para sus hijos. (Art. 363)

El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la Patria Potestad se extingue en los siguientes casos:

- 1.- Por la emancipación o mayoría de edad de los hijos.
- 2.- Por la pérdida de la Patria Potestad.
- 3.- Por renuncia. (Art. 367)

A.- GARANTIAS A FAVOR DEL SUJETO A LA PATRIA POTESTAD.

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 mas de 5 años. ni recibir la renta anticipada por mas de 2 años; vender valores comerciales, industriales, títulos de restas, acciones, frutos y ganados, por menor valor que el 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 estos; ni dar fianza en representación de los hijos.

Las personas que ejerzan la Patria Potestad tienen la obligación de dar cuenta de la administración de los bienes a los hijos, y deben entregárselos tan pronto como se emancipen o lleguen a la mayoría de edad. (Art. 365, 368 y 371 del Código Susatantivo).

B.- INTERVENCION JUDICIAL.

Los jueces tienen la facultad 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 14 años, o el Ministerio Público en todo caso. (Art. 369).

La intervención judicial autorizada para los casos a que se ha hecho referencia, son los expresamente admitidos por el legislador, precisa siempre un requerimiento expreso al Juez, no estando permitida la intervención de oficio.⁴²

La Patria Potestas pertenece directamente al jefe de la familia y ocurre sobre los descendientes que forman parte de la familia civil, así Justiniano en sus famosas INSTITUCIONES nos dice lo siguiente: "El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; ya que no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad están nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias." El derecho Romano nos dice que la Patria Potestad es ejercida por el Pater como persona "SUI JURIS"; siendo una autoridad absoluta en sus principios, constante, permanente y vitalicia.

⁴² De Pina Rafael.-Op. cit.-pag. 388.

C A P I T U L O I V

DESMEMBRAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD EN RELACION A LA GUARDA O CUSTODIA DEL MENOR.

CONCEPTO DE DESMEMBRAMIENTO.

Aún cuando el ejercicio de la Patria Potestad se confiere a ambos progenitores nuestra ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores, sino que las cargas, los deberes y las facultades que imponga la Patria Potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y la madre, siempre mirando por la educación y formación del hijo.

Nuestro código no establece en que manera deberá ejercerse esa función, a la vez por el padre y por la madre; pero puesto que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente por aquél y por este, debe interpretarse, que entodo deberán ambos actuar de acuerdo, no solo en lo que se refiere, como ya se vio, a la administración de los bienes de los hijos, sino que también en lo que atañe a los efectos de la Patria Potestad sobre la persona del hijo.

Existen casos en que la Patria Potestad subsistiendo en la cabeza de sus titulares, sufre un deprendimiento de uno o varios de sus atributos que se trasladan de uno de ellos al otro.

Estos supuestos que se presentan con mayor frecuencia cuando los sujetos activos no viven juntos, tienen lugar también otras hipótesis.

Se produce entonces el llamado DESMEMBRAMIENTO DE LA PATRIA POTESTAD, en la cual, si bien se mantiene su titularidad y ejercicio, este aparece limitado en uno o varios de los atributos que la componen.

Cuando en virtud de resolución judicial se priva a una persona de la Patria Potestad, ella pierde los derechos inherentes a la misma, quedando subsistentes únicamente las obligaciones económicas que le incumban, según se desprende del artículo 378 del C.C. de Veracruz; sin embargo debe advertirse que la autoridad judicial está facultada para, sin privar a los padres o abuelos de la Patria Potestad que ejerzan, suprimirles alguno o algunos de los derechos que la misma comprende, como puede ser la guarda o custodia de los menores, de la facultad de decidir sobre alguna cuestión relativa a su educación, de la administración de sus bienes, etc., esto se desprende entre otros, de los Art. 432 y 370 del ordenamiento antes citado.

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO MATRIMONIAL DE PADRES QUE CONVIVEN.

El padre y la madre comparten el ejercicio de la Patria Potestad de los hijos matrimoniales según se desprende del Art. 343 del C.C.

La Ley establece que cuando los padres conviven en un marco de armonía y normalidad ejercen compartiendo la Patria Potestad, como ocurre en la realidad.

El compartir la autoridad paterna es distribuir entre el padre y la madre aquellas funciones que según el derecho interno del

grupo, correspondan a uno y a otro. Es lo que sucede en la mayoría de los casos y es lo que se corresponde con una sana convicción, concertada día a día, conforme a los objetivos que la familia debe cumplir. Es el afecto de los padres el que todos los días piensa los actos dirigidos a lograr el pleno desarrollo del hijo. Y es en beneficio del hijo que las tareas y funciones que totalizan la autoridad paterna, se repiten, se dividen, se distribuyen.

Los dos progenitores activamente son artifices de la formación integral del hijo y de su desarrollo global. Es indispensable que todos los días, al mismo tiempo, el padre y la madre realicen todos y cada uno de los actos que comprenden el ejercicio de la autoridad que la Ley les reconoce.

Esta asunción de funciones diferentes por uno u otro de los progenitores, es el ejercicio compartido de la Patria Potestad, y por consiguiente, denota la responsabilidad también compartida en la formación del hijo.

También el hijo se ve beneficiado por esta igual participación de los padres en su formación, al realizar un aprendizaje en la relación paterno-filial, afortunado para su futuro. Esta solución como no podía ser de otra forma a esta altura del siglo, también reconoce la igualdad de ambos progenitores para asumir los deberes que la Patria Potestad importa.

Esta forma de ejercer la Patria Potestad puede generar algunas situaciones especiales que es conveniente atender y que son:

Dentro de los que conjuntamente ejercen la Patria Potestad, bien sean los progenitores o los abuelos puede ser posible una delegación parcial.

De hecho en las familias vemos como alguno de los progenitores delega ciertos aspectos del ejercicio de la Patria Potestad en el otro, bien sea por que este conviene mas con el menor o por que alguno tiene mas experiencia en alguna área, y sin haber un acuerdo de voluntades expreso entre progenitores o abuelos, se delega en uno o en otro.

De hecho así sucede y sin que esto signifique que el otro se abstenga de cumplir sus deberes y obligaciones, es posible jurídicamente esta delegación.

EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO MATRIMONIAL DE PADRES QUE NO CONVIVEN.

Las desavenencias que pueden surgir entre esposos, se pueden catalogar fácilmente en distintos grados y momentos. El Código Civil para el Estado de Veracruz, previendo cualquier inconveniente que lleve a la ruptura de la armonía conyugal, suministra la hipótesis de mínima y la hipótesis de máxima del desequilibrio de la vida familiar.

La situación de crisis de la familia, se precipita tanto en la separación de hecho, en la nulidad del matrimonio o como en el caso de divorcio de los esposos, y en consecuencia de los tres supuestos detallados se produce un desmembramiento de los numerosos deberes y derechos que integran la Patria Potestad.

Esos deberes y derechos con anterioridad a la separación, nulidad o divorcio, eran compartidos por los padres. Acaecidas estas críticas situaciones en el grupo familiar, las funciones se

emplazan a quien es el titular de la guarda o custodia del hijo menor, otorgandosele al otro progenitor los derechos que la Ley prevee en tales circunstancias, por lo mismo es necesario realizar un análisis breve de cada una de estas situaciones.

A.- SEPARACION DE HECHO.

De la separación legal se distingue la separación (personal) de hecho, que tiene lugar por la sola virtud de la voluntad de los cónyuges.

La misma como tal es irrelevante a los ojos de la Ley, en el sentido de que no produce ninguno de los efectos de la separación legal y por lo tanto, entre otras cosas, permite el restablecimiento de la cohabitación, sin necesidad de providencia judicial que, en cambio, es necesaria en caso de separación legal.

Diversa de la disolución del matrimonio en la vida de los cónyuges, es la separación personal de éstos; la cual, en nuestro derecho, se admite (si bien en casos taxativamente determinados, Art. 151 y 141 fracc. V y VI del C.C.), por que deja subsistir el vínculo conyugal, aún sustituyendo a él una situación en la cual quedan en parte atenuados los efectos de dicho vínculo en cuanto viene a cesar, para los cónyuges, la obligación de la cohabitación; y por eso, cada cónyuge pierde el derecho a pretender que el otro cohabite con él, por lo que se llama también separación corporal. Para distinguirla en otra especie de separación, esta de que tratamos se llama "SEPARACION LEGAL".

En el derecho a la separación se ha contemplado una salvaguardia de la persona física y espiritual del cónyuge; pero

tal noción parece desproporcionada a los efectos concretos que nacen de la separación. Mas propiamente, se dirá que la separación es el medio para dispensarse del deber de la convivencia, o sea de uno de los efectos personales del matrimonio; en verdad, debiéndose por los cónyuges observar las restantes obligaciones (fidelidad y asistencia), los deberes personales que nacen del matrimonio no encuentran otras atenuaciones.

Otra cosa es que, de hecho, los cónyuges (o uno de ellos), entiendan la separación también como dispensa del deber de fidelidad o asistencia, en Derecho, estas dos obligaciones persisten aún después de la separación.

"Por otra parte, observándose que, con el concepto de salvaguardia de la personalidad, se deja a la sombra que los cónyuges (o uno de ellos), por efecto de la separación, pierden (o están sujetos a perder) también algunos derechos importantes patrimoniales."⁷¹

Como se puede ver, en la separación cesa la cohabitación de los esposos. No hay una norma que contemple expresamente la "legalidad" de la tenencia de los hijos en esta hipótesis.

A nuestro modo de entender, el principio rector en la situación de los cónyuges separados de hecho, es que ejerce la Patria Potestad el que tenga los hijos consigo.

"En la vida real los cónyuges llegan a un acuerdo de hecho

⁷¹ Messineo Francesco.-Manual de Derecho Civil y Comercial.-tomo III.-Ed. Jurídicas Europa-América.-Buenos Aires, 1956.-pag. 93.

sobre la guarda de los hijos. La guarda de hecho de los hijos que resuelve en forma automática, el conflicto de quien ejerce el efectivo gobierno sobre los menores, no puede -quizá- llamarse ejercicio "legal" de la tenencia, así como tampoco se le puede calificar como ejercicio contrario de Derecho".⁷²

Producida, pues, la separación de hecho de los esposos y no resuelta la atribución de la guarda judicialmente, cabe entender que el ejercicio de la Patria Potestad, corresponde al progenitor que convive con los hijos, quien tiene la efectiva guarda y custodia de los mismos.

En la práctica el cónyuge que no ejerce la Patria Potestad podrá por vía judicial intentar la modificación de la situación. Hasta tanto recaiga resolución sobre el particular, quien tiene al menor consigo, ejercerá la Patria Potestad, sin perjuicio de los derechos reseñados del padre no ejerciente.

B.- NULIDAD DEL MATRIMONIO.

La nulidad del matrimonio es en sí una sanción fuerte a la falta de alguno de los requisitos exigidos por la Ley. Por ello en este supuesto se debe apreciar la existencia de la buena o mala fé, para que dicha sanción no sobre pase su finalidad, y en caso de sobrepasarla, cuando se anula el matrimonio, sus efectos recaen sobre seres inocentes que serían los hijos procreados.

El Art. 129 del C.C. establece:

"El matrimonio contraído de buena fé, aunque sea declarado nulo, produce todos sus efectos civiles en favor de los cónyuges

⁷² Lloveras Mora, -Patria Potestad y Filiación.-Ed. Depalma.-Buenos Aires, 1936.- pag. 167.

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, sino se hubieren separado los consortes, o desde su separación o en caso contrario".

El matrimonio contraído de buena fé, cuando es declarado nulo; se denomina putativo. Este se define como aquel que habiendo sido declarado anulado es tenido no obstante como matrimonio verdadero, en razón de haberse contraído de buena fé, ignorando ambos cónyuges o uno de ellos el impedimento u obstáculo que había para su celebración.

De acuerdo con el Art. 130 del C.C. dispone:

"Si ha habido buena fé de parte de uno de los cónyuges, el matrimonio produce efectos civiles únicamente respecto de él y de los hijos. Si ha habido mala fé de parte de ambos consortes el matrimonio produce efectos civiles solamente respecto de los hijos".

En consecuencia de lo expuesto en los Art. 129 y 130 del C.C., los hijos tendrán la calidad de legítimos y legitimados respectivamente, con los derechos de heredar o exigir alimentos. En cuanto a las consecuencias de la Patria Potestad, tampoco afecta la condición de los hijos por la nulidad del matrimonio, que se regulan en los Art. 133 y 134 del ordenamiento citado.

Art. 133: "Luego que la sentencia de la nulidad cause ejecutoria, los hijos serán confiados al cuidado del padre y la madre en justa proporción, y siguiendo hasta donde el Juez lo estime oportuno, la elección de los propios hijos expresada por estos libremente. En caso de incapacidad de los mismos para otorgar

o expresar su elección, el Juez decidirá en los términos convenientes al interés social y familiar de los hijos y los padres".

Art. 134: "Si uno de los cónyuges ha procedido de buena fé quedarán todos los hijos a su cuidado, sin perjuicio de la obligación de otro cónyuge para subvenir a su educación y alimentos, en la forma y términos que fije la sentencia".

En el supuesto de que la demanda de nulidad suera entablada por uno de los cónyuges, sería de aplicación lo dispuesto por el Art. 156 fracción VI del C.C., por lo que en caso de haber acuerdo sobre el cuidado de los hijos el mismo se respetará. En caso contrario, el demandante proporcionará una persona y el Juez resolverá al respecto.

C.- DIVORCIO NECESARIO.

El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.

Con relación al mismo es necesario distinguir dos situaciones:

a.- La custodia provisional, que procede al promoverse el juicio de divorcio y aún antes si hubiere urgencia, de acuerdo a lo establecido en el Art. 156 del C.C., y que se encuentra regulado en su fracción VI que dispone:

"Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo hubieren designado los cónyuges, pudiendo ser uno de estos.

En defecto de ese acuerdo, el cónyuge que pida el divorcio propondrá la persona en cuyo poder deben quedar provisionalmente

los hijos. El Juez, previo procedimiento que fije el código respectivo, resolverá lo conveniente.

En su caso, el Juez procurará proveer a la situación de los hijos, dentro de los términos previstos por el Art. 133, en cuanto sean compatibles con los arreglos que sobre el particular propongan, los cónyuges, y siempre mirando por el interés de los hijos y de los padres".

b.- La guarda o custodia definitiva, contemplada en el Art. 157 del C.C., de acuerdo al cual la sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos, para lo cual el Juez gozará de las mas amplias facultades para resolver todo lo relativo a los derechos y obligaciones inherentes a la Patria Potestad, su pérdida, suspensión o limitación según el caso, y en especial a la custodia y cuidado de los hijo, Misma que será analizada a continuación:

El divorcio necesario tiene su origen en las causales señaladas en las fracciones I a XVI del Art. 141 del C.C. vigente. De acuerdo a lo establecido 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 precepto establecido, 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 un tutor".

Como se puede apreciar, no se da la posibilidad de que el cónyuge culpable recubre la Potestad ante la muerte del inocente.

SEGUNDA: "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones IX, X, XI, XII, XIII y XVI del mismo ordenamiento, los hijos quedarán bajo la Patria Potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de éste, el cónyuge culpable recobrará la Patria Potestad. Si los dos cónyuges fueren culpables, se suspenderá el ejercicio de la Patria Potestad, hasta la muerte de uno de ellos, recobrándola el otro al acaecer esta. Entre tanto los hijos quedarán bajo la Patria Potestad del ascendiente que corresponde y si no hay quien la ejerza se nombrará un tutor".

TERCERA: "Por último, en el caso de las fracciones VI y VII del precepto en mención, los hijos quedarán en poder del cónyuge sano; pero el consorte enfermo conservará los demás derechos sobre la persona y los bienes de los hijos".

La guarda del hijo, es un medio de protección material y es el elemento de hecho, en casos determinados; la no existencia de la guarda material de la persona del hijo no afecta el concepto jurídico de la Patria Potestad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado claramente la distinción entre la guarda o custodia del hijo que en casos de divorcio, puede quedar encomendada a uno de los cónyuges, sin perjuicio de que ambos ejerzan la Patria Potestad:

"La guarda del menor hijo, implica esencialmente la posesión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constituye una de las prerrogativas de la Patria Potestad, dicha guarda no puede entenderse desvinculada de la posesión material del hijo, por que tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de sus

necesidades."73

D.- DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO.

"El divorcio por mutuo consentimiento no es necesariamente un divorcio sin causa; pero se, por lo menos, un divorcio sin causa determinada por la Ley y aprobada en juicio."74

El consentimiento mutuo hace presumir la existencia de una causa real que los esposos desean mantener en secreto y debe dispensárseles.

La jurisprudencia ha demostrado tal facilidad para admitir las demandas de los esposos y decretar la ruptura del lazo conyugal, que de hecho hemos llegado al consentimiento mutuo. Por ello en el divorcio voluntario judicial, la guarda o custodia, tanto durante el proceso como después, la tendrá que los cónyuges convengan según lo dispone el Art. 147 fracción I.

Referencia similar hace la regla cuarta del Art. 157 del C.C., estableciendo también la falta de acuerdo, dicho artículo establece lo siguiente:

"En caso de divorcio por mutuo consentimiento, los cónyuges de común acuerdo concertarán la situación de los hijos menores de edad, o mayores de edad no incapacitados o necesitados de asistencia. A falta de acuerdo, el Juez determinará lo conveniente dentro de los términos del Art. 133, que se aplicará en los casos de divorcio en que la Ley no fije en favor de uno de los cónyuges determinando el cuidado de los hijos.

73 Aparato directo 4829/87.-Juan Cantó Villanueva.-3 Febrero 1969.-Mayoría de 4 votos.-tercera sala.

74 Planiol Marcel.-Op. cit.-pág. 17.

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE PADRES QUE CONVIVEN.

La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio, en términos generales, corresponde a los concebidos por progenitores que no están unidos en matrimonio.

El reconocimiento es en verdad un acto de poder que la Ley otorga al padre o a la madre por considerarlo como un órgano de la familia capacitado para exteriorizar esa voluntad. Este reconocimiento funciona como aprobación de la verdad de un hecho (la procreación), por quien fue autor y por quien puede sufrir perjuicio de esta declaración.

Se alcanza a apreciar que puede realizarse por una sola manifestación de voluntad o pueden intervenir en su celebración varias declaraciones de voluntad, por lo cual tratándose de hijos habidos fuera de matrimonio habría que distinguir las siguientes hipótesis:

- "Cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la Patria Potestad", según se desprende del Art. 344 del D.C.

Castán Vázquez nos dice lo siguiente:

"El hogar existe por los progenitores, aún sin estar ligados por vínculo matrimonial, viven establemente juntos, situación que es frecuente en el mundo actual", agregando que la carencia de ese hogar en muchas casas repercute en la problemática de la Patria Potestad, ya que "impide soluciones admitidas para la filiación

matrimonial".⁷⁸

Si los padres extramatrimoniales conviven, el ejercicio de la Patria Potestad es compartido.

- "Cuando los padres del hijo nacido fuera de matrimonio que vivan juntos se separen, continuará ejerciendo la Patria Potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el Juez, teniendo siempre en cuenta el interés del hijo". Según se desprende del Art. 346 del C.C.

En seguida se tratará una situación especial, esta por su misma naturaleza reviste especial importancia y no deja de ser interesante, así como necesaria de estudiar para poder adoptar una solución o punto de vista sobre ella.

A.- MUERTE O IMPOSIBILIDAD DE UNO DE LOS PROGENITORES.

La muerte natural del ascendiente que ejerce la Patria Potestad, es una de las causas de extinción de la misma, esto se establece en el Art. 372 en los siguientes términos:

"La Patria Potestad se acaba: I.- Con la muerte del que la ejerce, si no hay otra persona en quien recaiga."

En cuanto a la muerte del que ejerce dicho derecho, la fracción I del mismo precepto, establece solo que en el caso de que no haya otra persona en quien recaiga, se extinguirá, en caso contrario se pasará al ascendiente que sobreviva de acuerdo a lo establecido por el Art. 343. Es decir, si muere cualquiera de los padres, la Patria Potestad continuará en el que sobreviva; si este

⁷⁸ Castán Vázquez José.-Op. cit.-pag. 198.

a su vez falleciere, pasará a los abuelos paternos o al que ellos sobreviviere. A falta de los mismos, pasará a los abuelos maternos y si uno de ellos hubiere muerto, la ejercerá el que sobreviva.

Sin embargo, el Art. 347 del mencionado ordenamiento nos indica lo siguiente:

"A falta de los padres, ejercerán la Patria Potestad sobre el hijo los demás ascendientes a que se refiere la fracción II del Art. 343, en el orden en que determine el Juez de lo Civil, tomando en cuenta las circunstancias en su caso."

Fácilmente se puede apreciar que un artículo señala que queda a criterio del Juez decidir si entran en ejercicio primero los abuelos paternos o maternos, y el otro señala que deberá seguirse el orden establecido por el Art. 343 del C.C., que previene perfectamente que deberán ser primero los paternos y en ausencia de estos los maternos.

En virtud de que se trata de disposiciones contrarias, para evitarlo y reconociendo por los antecedentes legislativos que el Art. 347 del multicitado ordenamiento, solo se refería al hijo reconocido, se puede pensar que la nueva redacción, aún cuando en ella no se mencione al reconocido, a él se refiere. Si optamos por esta interpretación, veremos que se trata de forma distinta el ejercicio de la Patria Potestad por los ascendientes, lo cual parece ser congruente, pues no siempre serán los abuelos paternos los más indicados para que suplan al padre o a la madre.

Por el contrario, la experiencia nos dice que tienen mas contacto con los nietos los abuelos maternos, esto debido a que la esposa tiende a llevarlos mas con sus padres que con sus suegros,

por lo tanto, de acuerdo con la experiencia y fundamentado en que no debe haber distinción de los hijos de matrimonio o fuera de el, el Juez resolverá el orden tomando en cuenta las circunstancias del caso, lo que confirma el hecho de haber suprimido del Art. 347 la referencia al reconocimiento.

En caso de imposibilidad de algún progenitor, tomando en cuenta que alguno de ellos no pueda desempeñar la Patria Potestad por una simple imposibilidad de hecho, y tomando en consideración que la Patria Potestad no admite en su ejercicio en forma intermitente, el otro debe conservar la custodia y cuidado del menor y ejercerá legalmente la Patria Potestad.

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL DE PADRES QUE NO CONVIVEN.

En el caso de que los padres del hijo extramatrimonial vivan separados, se observará en su caso lo dispuesto en los Arts. 305 y 306 del Código relativo, el primero de los nombrados dice lo siguiente:

"Cuando el padre y la madre que no conviven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá sobre él la Patria Potestad; y en caso de que no lo hicieren, el Juez de primera instancia del lugar, oyendo a los padres y al Ministerio Público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor."

Al referirse el precepto a que no determinaren quien o quienes ejercerán la Patria Potestad, comprende tanto una omisión absoluta

como también de que no se pongan de acuerdo respecto de cual de los padres la podría desempeñar. Para el caso de que solo uno de los progenitores hubiese reconocido al hijo, éste ejercerá exclusivamente la Patria Potestad, pero como puede existir después el reconocimiento por el otro progenitor, corresponderá la Patria Potestad al que primero hubiese reconocido, aunque la Ley no impide a los padres ponerse de acuerdo para estipular, por ejemplo, que sea el que reconoció en segundo lugar, el que desempeñe la Patria Potestad.

El Juez aprobará el convenio siempre y cuando no perjudique al menor. En este caso no necesariamente tendrá que aceptar lo acordado entre los padres; si considera que a quien se confíe la Patria Potestad, por sus vicios, por su mala conducta, por su inmoralidad, por su descuido, etc., es un peligro para la moral, la salud o la seguridad del menor.

En caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no viven juntos, ejercerá la Patria Potestad, el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres, y siempre que el Juez de primera instancia del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del ministerio Público.

Esto se desprende del segundo precepto antes mencionado.

En los casos previstos en los Arts. 305 y 306 ya citados, establecen además que cuando por cualquier circunstancia deja de ejercer la Patria Potestad alguno de los padres, entrará a ejercerla el otro.

LOS DERECHOS DEL PROGENITOR QUE NO EJERCE LA PATRIA POTESTAD.

La Atribución del ejercicio de la Patria Potestad a uno de los progenitores en razón de no convivir ambos con los hijos, no obsta a la subsistencia de los deberes, derechos y obligaciones del otro progenitor, a la formación integral del hijo; supervisando su educación, salud y condiciones de vida. Por ello se da el desmembramiento de la Patria Potestad, mediante el otorgamiento de la guarda y custodia a uno de sus titulares, determina el derecho del otro a tener comunicación con el menor.

Sin perjuicio de tal observación, entendemos que la adecuada comunicación del padre no ejerciente, es el derecho al trato o a la correspondencia apropiados a las circunstancias de la relación paterno-filial. De tal modo, se llama derecho de visita, en general, a la facultad que le asiste al titular de la Patria Potestad que no tiene la guarda del menor, de comunicarse con el mismo.

Sin embargo, al hacer un análisis de este derecho, en cuanto al modo de regular las relaciones personales entre el padre o la madre no ejerciente y el hijo, podemos analizar que se excede esta caracterización, toda vez que comprende no solamente el contacto físico (que en este caso, en sentido estricto, sería la visita), sino también la posibilidad de comunicarse epistolarmente y, en definitiva, de desempeñar los demás derechos y deberes inherentes a esta institución que le competen.

En tal sentido, no tiene un contenido meramente afectivo sino también un alcance legal, en cuanto que en la cabeza del interesado subsiste el carácter de sujeto activo de la Patria Potestad.

Este derecho existe en tanto en el supuesto de padres extramatrimoniales que no convivan juntos, como en los casos de divorcio voluntario o necesario en que se otorgue la guarda a uno de los cónyuges, de nulidad de matrimonio y de separación de hecho.

La multiplicidad de inconvenientes y conflictos que suscita la eventual tenencia otorgada a uno y la subsistencia de la Patria Potestad en el otro, aconseja la unificación de ambas circunstancias en cabeza de uno de los progenitores, sin que ello signifique desposeer al otro de todos sus atributos, ya que aún cuando no ejerza la Patria Potestad deberá reconocersele el derecho de observar, advertir, examinar, supervisar, etc., con el claro sentido de coadyuvar, asistir y de vigilar, en la medida de su interés, el adecuado crecimiento y formación del hijo.

Esta comunicación debe ser asegurada y facilitada por el padre en ejercicio de la Patria Potestad, no actuando de manera de interferir la valiosa corriente que en el orden de la formación y del afecto surgen en favor del hijo por la presencia en su vida del progenitor no ejerciente. Como regla general, cuando la custodia del menor es ejercida por uno de los titulares de la Patria Potestad, el otro, en tanto mantiene los demás atributos de la misma, tiene derecho a que se establezca un régimen de visitas.

Este régimen de visitas puede ser convenido por los titulares de la Patria Potestad o fijado por el Juez, estableciéndose los días, lugares, así como la duración de las mismas. También puede comprender el derecho de salir de paseo con el menor, así como un periodo de verano.

Con relación al lugar en que ellas se llevarán a cabo, parece

conveniente prioritar el domicilio de aquel que tiene derecho, a fin de facilitar la relación con el menor. Su relación en el domicilio de quien tiene la guarda puede originar situaciones que es preferible evitar, no obstante, en atención a razones de edad u otras atendibles se podría fijar el mismo.

Tampoco es conveniente fijar a tales efectos un establecimiento público, pues dichos lugares pueden quitarle la necesaria intimidad.

Como se puede apreciar este régimen se caracteriza por ser esencialmente variable de acuerdo a las circunstancias del menor o de quien tiene derecho a visitarlo.

Cabe preguntarse si este Derecho es absoluto o si, por el contrario, existen supuestos en que las visitas pueden ser negadas; solo por causas graves y fundadas podría producirse la privación de este Derecho.

Tales serían los casos, por ejemplo de que su titular influyera nocivamente sobre el menor, como por ejemplo: los actos inmorales ejecutados por los padres para corromper a sus hijos; los hábitos del juego, de la embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas, enervantes, es también indiscutible que no está el padre o la madre en condiciones de ejercer la Patria Potestad, por que el vicio, sea juego, alcohol, o de las drogas se apodera de tal forma del sujeto que impide educar al hijo.

También la propuesta del marido para prostituir a su mujer, entraña tal gravedad, que es lógico pensar que pudiese después, por ejemplo tratar de corromper a los hijos, aún cuando no hubiese la

causa específica de corrupción, ya que de permitirlo podría afectar la seguridad física o moral, o sus visitas ocasionaran trastornos psíquicos.

Consagrar el mantenimiento de la relación personal entre padres e hijos tiene numerosos antecedentes en las legislaciones de otros países. Tal es el caso del Código Familiar de Costa Rica, el cual en su Art. 139 establece:

"En caso de divorcio, nulidad de matrimonio o separación judicial, el tribunal, tomando en cuenta primordialmente el interés de los hijos menores, dispondrá, en la sentencia, todo lo relativo a la Patria Potestad, guarda, crianza y educación de ellos, administración de bienes y adoptará las medidas necesarias concernientes a las relaciones personales entre padres e hijos y los abuelos de estos."

El Código de Familia de Cuba, refiriéndose al supuesto anterior, preceptúa en su Art. 90 lo siguiente:

"En caso del artículo anterior, el tribunal dispondrá lo conveniente para que aquel de los padres al que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores conserve la comunicación escrita y de palabra con ellos, regulándola con la periodicidad que el caso requiera y siempre en beneficio de los intereses de los menores. El incumplimiento de lo que se disponga a este respecto podrá ser causa para que se modifique lo resuelto en cuanto a la guarda y cuidado, sin perjuicio de la responsabilidad de orden penal que se origine por tal conducta. Excepcionalmente, cuando las circunstancias lo requieran, podrán adoptarse disposiciones especiales que limiten la comunicación de uno o de ambos padres con el hijo e incluso que la prohíban por cierto tiempo o indefinidamente."

Esa es también la orientación seguida por la reforma efectuada mediante la Ley No. 23.264 de 1985 al Código Civil Argentino. El padre no ejerciente de la Patria Potestad tiene ciertos derechos que se le otorgan en el inciso 2 del Art. 264. Estas facultades se le confieren más en beneficio del hijo que como prerrogativas al padre.

Este inciso indica que su ejercicio corresponde a lo siguiente:

"En caso de separación de hecho, divorcio, o nulidad de matrimonio, al padre o a la madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio del derecho del otro de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación."

Claramente se puede ver, que el padre que ejerce la Patria Potestad sigue siendo titular de la autoridad paterna regulada por la Ley, no perdiendo su vinculación con el hijo.

Nuestro Código, establece de manera que los padres, o en su defecto, los abuelos ejercen la Patria Potestad, en los distintos supuestos; sin embargo no contempla los derechos del padre o madre que no ejerce la custodia y cuidado de los hijos, en cuanto a la visita y la adecuada comunión.

La sanción para el incumplimiento del regimen de visitas aprobado o fijado judicialmente, por parte de quien tiene consigo al menor es incurrir en desobediencia (Art. 264 del Código Penal para el Estado de Veracruz) sin perjuicio de que el Juez de la causa pudiera tomar las medidas que estime convenientes a efecto de su cumplimiento.

CONCLUSIONES

Como puede observarse existen variedad de opiniones con respecto a la definición de PATRIA POTESTAD, y en ellas se nota la suavización del concepto, pues el interés primordial es la asistencia y cuidado de los hijos. Esto ha hecho pensar a algunos tratadistas la sustitución del nombre de la Patria Potestad, señalando que ya no corresponde a la concepción de los viejos tiempos y que no se trata ya de un poder absoluto, sino el ejercicio de deberes en favor de los hijos. Independientemente de la sustitución o no del nombre, conviene tomar en consideración lo anterior, para la definición actualizada en esta materia.

Por mi parte y tomando en cuenta lo expresado, coincido en que por Patria Potestad debe entenderse:

"EL CONJUNTO DE DEBERES, OBLIGACIONES Y DERECHOS QUE LA LEY CONCEDE A QUIENES LA EJERCEN (PADRES O ABUELOS) EN FUNCION A LA PROMOCION INTEGRAL DEL MENOR NO EMANCIPADO Y PARA LA ADMINISTRACION DE SUS BIENES."

Estimo que no se trata de un poder o potestad sobre la persona, aún cuando en nuestra legislación se dice que la Patria Potestad se ejerce sobre la persona de los hijos. Los hijos, aún los menores, son personas y tienen por ello su dignidad, por lo que no puede haber un "poder" sobre ellos como si se tratara de cosas, que nos recuerda el derecho real como potestad sobre "algo"; aquí se trata de alguien, que tiene personalidad y es sujeto de derechos y obligaciones.

Por otra parte, no se trata tampoco de un poder sobre los bienes del menor, aún cuando se diga que se ejerce sobre los bienes

de los hijos, pues, como se vió, se trata más bien de la administración de los bienes de los hijos, con facultades bastante limitada o en cuanto al ejercicio de actos de dominio.

En lo que se refiere a los deberes, obligaciones y derechos derivados de la relación paterno-filial, atribuidos a los padres, quienes los cumplen y ejercen como una función propia derivada de la paternidad y la maternidad: no es algo que se impone por la Ley. Tampoco considero que sea una delegación de funciones que hace el Estado en la persona de los padres, sino que el derecho reconociendo la realidad natural de la filiación y el hecho de que alguien tiene que dar protección, guarda, sostenimiento y dirigir el grupo familiar, y que esta realidad se deriva de la naturaleza, la asume y la reglamenta para la convivencia de este grupo doméstico.

Se puede apreciar que la Patria Potestad no deriva solamente del contrato de matrimonio, sino que seriva de un derecho que es fundado por la naturaleza y que es confirmado por la Ley; esto es que la Patria Potestad se funda en las relaciones naturales paterno-filiales, independientemente que estas relaciones nazcan dentro del matrimonio o fuera de el.

Por otro lado, las relaciones jurídicas derivadas de la filiación también se atribuyen a los hijos, quienes cumplen sus deberes y ejercen sus derechos como respuesta.

Nuestro Código no concibe la Patria Potestad como un poder, siempre se habla de Patria Potestad, sin emplear jamás el término de Potestad. Se trata fundamentalmente de obligaciones (Arts. 234, 351, 356, 368 y 371 del Código Civil) y también de facultades, como

en el caso del Art. 352 del C.C. Se hace referencia aislada al término de autoridad, al señalar que esta se ejerce en el hogar por el hombre y la mujer, en el Art. 102 del C.C., por lo tanto, se hace referencia mas bien a una actividad y a un servicio por lo que puede emplearse el término "función" para destacar la naturaleza jurídica de la Patria Potestad.

Debemos tomar en cuenta que el concepto de función se usa mas en el Derecho Público que en el privado. Este concepto significa en Derecho Público, la acción, hacer un oficio, el empleo de una facultad, pero podríamos también entenderla como una actividad dirigida a realizar algún servicio, y en este último sentido debemos tomarla. Por lo tanto, estimo que la Patria Potestad es una función de orden público, que dentro de la relación jurídica paterno-filial desempeñan los padres o los abuelos en sustitución de aquellos para la custodia, educación del menor y administración de sus bienes.

Tomando en cuenta lo expuesto con anterioridad, las cargas, los deberes y facultades que imponga la Patria Potestad deben ser cumplidos conjuntamente por el padre y la madre; pero aún cuando el ejercicio de la Patria Potestad se confiere a ambos progenitores, nuestra Ley no establece una división de poderes y facultades que deban ejercer separadamente cada uno de los progenitores, por lo que se entiende que se realiza este ejercicio indistintamente por este o por aquél.

Así pues, al hacer referencia del ejercicio que llevan a cabo los progenitores, cabe señalar que pueden existir situaciones en las que solo uno de ellos la ejerza. El que cuida o custodia al hijo necesariamente, desde el punto de vista jurídico, será quien

ejerza la Patria Potestad con exclusión del otro, sin que a este se le libere de las obligaciones, las que conserva en beneficio del menor. Estimo que así deben interpretarse los términos cuidado y custodia cuando en el Código Civil se hace referencia a cual de los padres tendría a su cargo al hijo.

Considero que en términos generales, cuando la Patria Potestad se pierde, no puede recuperarse, de lo contrario carecería de razón la división que hace nuestro Código entre la pérdida y la suspensión de la misma. En los casos que trata el Art. 373, estimo que no es posible recuperar la Patria Potestad, debido a la gravedad de los hechos y realmente sería excepcional que el padre o la madre se hubiesen corregido, y las excepciones no hacen reglas.

Distintos son los casos de suspensión de la Patria Potestad, que estimo si pueden ser materia de nueva resolución judicial, para quienes estuvieron suspensos recurriesen a la Patria Potestad. Cuando termine el estado de incapacidad declarado judicialmente por nueva sentencia, se tiene posibilidad de recuperar la Patria Potestad, y por tanto no hay inconveniente en que la recupere.

En el caso de ausencia tampoco existe culpa; el ausente no abandona y se le declara ausente como paso previo a la declaración de la muerte, puede recuperar si regresa.

El inciso 3/º del Art. 376, permite también que se recupere la Patria Potestad, pues la pena impuesta por sentencia condenatoria, no es de la gravedad a la que se refiere la fracción 1/º del Art. 373, ya que de lo contrario sería una petición de causa que no puede tolerarse.

Por último, conviene señalar que toda recuperación debe ser por medio de resolución judicial, por lo tanto, quien desee recuperarla debe iniciar los trámites judiciales ante el Juez Civil correspondiente.

En cuanto a los derechos del progenitor que no ejerce la Patria Potestad, cabe mencionar que el modo de regular las relaciones personales entre el padre y el hijo no obsta a la subsistencia de los deberes-derechos de este en la formación integral del hijo, supervisando su educación, salud y condiciones de vida, sino que abarca además la visita en sentido estricto, que se traduce en la comunicación epistolar y telefónica, así como los posibles períodos de conveniencia durante las vacaciones escolares de los hijos.

Sin embargo nuestro Código Civil para el Estado de Veracruz, no lo contempla. Por lo cual considero conveniente consagrarlo legislativamente, estableciendo que el mismo deberá ser fijado de común acuerdo por los titulares de la Patria Potestad y en su defecto por el Juez, esto es, atendiendo siempre a la formación integral del hijo, a fin de facilitar el ejercicio de la Patria Potestad y el cumplimiento de los fines de la Institución.

BIBLIOGRAFIA

1.- Baqueiro Rojas Edgard, Buenrostro Báez Rosalía.- "Derecho de familia y sucesiones".-1/a Edición, Editorial Harla S.A. de C.V. México 1990.

2.- Bernal Beatriz y Ledezma José de Jesús.- "Historia del Derecho Romano y los Derechos Neorromanos".-4/a Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1989.

3.- Borda Guillermo A.- "Tratado de Derecho Civil", Tomo I.- 5/a Edición, Editorial Perrot, Buenos Aires Argentina 1980.

4.- Caferrata José Ignacio.- "La guarda de menores".-Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1978.

5.- Cápora Héctor.- "La Patria Potestad".-Revista Mexicana de Justicia No.2 Vol. I, Abril/Junio. 1983.

6.- Carbonier Jean.- "Derecho Civil, situaciones familiares y cuasifamiliares".-Tomo I, Boch Casa Editorial, Barcelona España 1960.

7.- Castán Vázquez José M.- "La Patria Potestad".-Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1960.

8.- Chávez Ascencio.- "La familia en el Derecho".-1/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1987.

9.- D'Antonio Daniel H.- "Patria Potestad".-Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina, 1979.

10.- De Ibarrola Antonio.- "Derecho de la Familia".-3/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 1984.

11.- De Pina Rafael.- "Derecho Civil Mexicano".-Volúmen I, 8/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V. México 1977.

12.- F. Guillermo y S. Margadant.- "Derecho Romano".-10/a Edición, Editorial Esfinge S.A. de C.V., México 1981.

13.- Galindo Barfias Ignacio.- "Derecho Civil".-4/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1980.

14.- Lloveras Nora.-"Patria Potestad y Filiación".-Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina 1986.

15.- Petit Eugène.-"Tratado elemental de Derecho Romano".- 6/a Edición, Editorial Saturnina Calleja, Madrid España 1989.

16.- Puig Peña Federico.-"Tratado de Derecho Civil Español".- Tomo II, Volúmen primero y segundo.-Editorial de Revista de Derecho Privado, Madrid 1971.

17.- Flanisol Marcel.-"Tratado elemental de Derecho Civil".-Tomo I y II.-Editorial Cajica S.A., Puebla México 1984.

18.- Rojas Villegas Rafael.-"Derecho Civil Mexicano".-Tomo II.-7/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1987.

19.- "Compendio de Derecho Civil".-8/a Edición, Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1982.

20.- Sánchez Medel Ramón.-"Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia en México".-Editorial Porrúa S.A. de C.V., México 1979.

21.- Zannoni Eduardo A.-"Derecho de Familia".-Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina 1978.

22.- Bonaccase Julián.-"Elementos del Derecho Civil.-Tomo I, Volumen XIII.-Editorial Cajica, S.A. Puebla México 1945.

23.- Bellusio Augusto C.-"Manual de Derecho de Familia".-Tomo II, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina 1978.

24.- Borbero Dominico.-"Sistema del Derecho Privado II".-Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1967.

25.- Ripper George y Boulanger Jean.-"Tratados de Derecho Civil".-Tomo II, Volumen Segundo.-Editorial La Lwy, Buenos Aires 1963.

26.- Colin A. y Capitant H.-"Curso Elemental de Derecho Civil".-Tomo II y Volumen Primero.-Editorial Reus, Madrid España 1889.

CODIGOS Y LEYES.

-Código Civil de la República de Argentina.

-Código de Familia de Costa Rica.

-Código Civil para el Distrito Federal.

-Código de la Familia de la República de Cuba.

-Código Civil para el Estado de Veracruz.

-Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

-Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Veracruz.

-Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.

-Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

-Ley Federal del Trabajo.

-Ley sobre Relaciones Familiares.