

654
207

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO CIVIL

**LA PROBLEMATICA DE LA PATRIA POTESTAD
EN MEXICO, ANALISIS DE SU PERDIDA Y
SU RECUPERACION**

TESIS PROFESIONAL
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MIGUEL ANGEL ORTIZ MANI

MEXICO, D. F.

1992

FALLA DE ORIGEN



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.

I N D I C E

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

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD.

	Pág.
1. La patria potestad en el Derecho Romano	1
2. Caracteres de la patria potestad	5
3. Fuentes de la patria potestad	7
4. Regulación jurídica de los efectos de la patria po testad sobre la persona y de los bienes de los suje tos a ella	16
5. Los peculios	19
6. La patria potestad en el Derecho Germano Antiguo .	22
7. La patria potestad en el Derecho Francés Antiguo..	24
8. La patria potestad en el Derecho Español Antiguo..	24
9. La patria potestad en el Derecho Mexicano	31

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y DEBERES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD TANTO A LOS QUE LA EJERCEN COMO A LOS SUJETOS A ELLA.

	Pág.
1. Definición de patria potestad	38
2. Caracteres de la patria potestad	41
3. Quiénes intervienen en la relación paterno filial.	43

	Pág.
4. Consecuencias, deberes y derechos de los sujetos activos de la patria potestad	47
5. Consecuencias, deberes y derechos de los sujetos a la patria potestad	64

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD.

	Pág.
1. La patria potestad, ¿es un acto jurídico?	75
2. La patria potestad, ¿es un deber jurídico?	78
3. La patria potestad, ¿es una obligación	82
4. El contenido de la patria potestad	88
5. Caracteres de la relación paterno filial	91

CAPITULO CUARTO

MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD.

	Pág.
1. Modos de extinción, pérdida y suspensión de la patria potestad	96
2. Causas de recuperación de la patria potestad	98
3. Conveniencia de reglamentar la recuperación de la patria potestad, tanto en casos de suspensión como en casos de pérdida de la patria potestad	116
4. Criterios jurisprudenciales sobre la recuperación de la patria potestad	118

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCIÓN

La patria potestad es la autoridad que las leyes familiares otorgan a los padres sobre la persona y los bienes de sus hijos. En alguna época, la patria potestad era sólo ejercida por el padre. Se llegó al extremo de que el padre en el ejercicio de ese derecho podía llegar a vender a su hijo en caso de extrema necesidad. Pero en nuestros días, y de acuerdo a la legislación vigente, la patria potestad ha recibido un tratamiento distinto. Por esa razón, trataremos las hipótesis que el Código Civil vigente señala para que una persona pierda ese derecho.

Es necesario hacer una reflexión. ¿Quién pierde más cuando se decreta esta pena? ¿El padre o el Hijo? En última instancia la institución de la familia es la que sufre mayor menoscabo en su integración, cuando por cualquiera de las circunstancias que se van a analizar, se priva el padre o a la madre; o a los abuelos, si es el caso, de ejercer ese derecho.

La ley dice que la patria potestad se pierde cuando se condena expresamente a esa pena; o cuando se comete dos veces un delito grave. También en los casos de divorcio se sanciona al cónyuge culpable con esta infamia, ya que el legislador no consideró que pierde más el hijo cuando no tiene padre, que padre cuando no tiene al hijo, pues es evidente que la intención del Código de sancionar, no tomó en cuenta los mayores daños que se causarán con esta sanción.

Así mismo la ley señala otros motivos por los que se puede perder la patria potestad, los cuales se analizarán más

ampliamente en el contenido de este trabajo; pero la ley no menciona ninguna forma en que el ascendiente que haya perdido la patria potestad sobre sus hijos, pueda recuperarla posteriormente.

Sancionar con la pérdida de la patria potestad y no permitir que en un tiempo futuro se pueda recuperar, es dejar de reconocer que la conducta humana es dinámica y que las personas pueden cometer conductas indebidas el día de hoy y corregirlas el día de mañana.

Este criterio sirvió como base para que surgiera este trabajo. El sustentante piensa que es injusta la posición de que en todo momento se deje al hijo desligado de sus padres o de alguno de ellos, y que su formación y desarrollo podría estar regida por un extraño que fungiría como su tutor.

Para el estudio de esta problemática, esta investigación se ha dividido en cuatro capítulos:

El capítulo primero estudia a la patria potestad desde un punto de vista histórico; recoge la esencia de esta institución desde la civilización antigua más desarrollada jurídicamente que fue la cultura Romana, sin dejar de estudiar a otras que también fueron muy importantes como la Alemana, la Francesa y la Española. Así mismo se estudió a la patria potestad en México, analizándola desde la época prehispánica y sus características en la cultura Azteca; posteriormente, siguiendo la historia de nuestro país observamos a la patria potestad en la Colonia; en el México Independiente y los Códigos Civiles más importantes de esa época, así como la Ley de Relaciones Familiares hasta llegar a la época moderna con el

Código Civil, vigente para el Distrito Federal.

En el segundo capítulo se hace un análisis esquemático de los derechos y deberes de los sujetos que ejercen la patria potestad así como de los que están bajo ella. También se plantean distintas definiciones que se le han dado a esta institución.

En el tercer capítulo se establece la naturaleza jurídica de la patria potestad, describiendo su contenido y las características específicas de la relación paterno filial.

El cuarto capítulo analiza los modos que establecen la ley para suspenderse o acabarse la patria potestad, y es en este capítulo donde se hace un especial estudio a la hipótesis que plantea el presente trabajo.

El último apartado es el concerniente a las conclusiones a que llegamos después de realizar esta investigación, así como la bibliografía en que se apoyó para su estudio.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION HISTORICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.- La Patria Potestad en el Derecho Romano

"El derecho de potestad que tenemos sobre nuestros hijos es propio de los ciudadanos romanos; porque no hay otros pueblos que tengan sobre sus hijos una potestad como la que nosotros tenemos. Bajo nuestra potestad se hallan nuestros hijos, a quienes procreamos en justas nupcias".

JUSTINIANO. INSTITUTAS, I.1.9.2

En el antiguo derecho romano la patria potestad fue ejercida por el jefe de familia, sobre los descendientes que formaban parte de la familia civil, los cuales se denominaban "fillus familia y fillas familia".

La patria potestad no fue una Institución de derecho de gentes sino de Derecho Civil, que se ejercía por un ciudadano romano sobre un hijo que tenía también esa calidad.

Roma dentro de los pueblos de la antigüedad que ejercieron el régimen de la autoridad patriarcal, fue la que mejor organización jurídica tuvo. La esencia de este poder que el

padre de familia ejercía sobre el hijo, se manifestó tanto en las relaciones personales como en las patrimoniales de éste.

La autoridad del padre era absoluta en los primeros tiempos de la civilización romana, pero se fue disminuyendo paulatinamente. "El jefe de familia tenía sobre los hijos derechos de vida y muerte, los podía mancipar a un tercero o abandonarlos. El derecho de muerte que tenía el padre sobre el hijo, se ejerció indiscriminadamente y en innumerables ocasiones". (1)

Hacia fines del siglo II de nuestra era, la facultad de vida o muerte sobre el hijo, se redujo a un simple derecho de corrección, pudiendo el padre castigar las faltas leves, ya que las consideradas como graves y que acarrearaban a la pena de muerte, tenían que ser denunciadas ante un Magistrado, el cual era el único facultado para aplicarla. Por último Constantino determinó que el que matase a su hijo sería sancionado como parricida.

El padre que se encontraba en la miseria podía mancipar a su hijo, haciendo a favor de un tercero el derecho de mancipatio, es decir, la cesión de un hijo por un precio en dinero o como garantía de una obligación, colocando a éste en condición similar a la de un esclavo.

En la ley de las Doce Tablas se estableció que un hijo que había sido mancipado tres veces, recuperaba su libertad,

1.- Petit Eugené "Tratado Elemental de Derecho Romano"

Editorial Nacional México 1971

Pág. 700

quedando liberado de la autoridad paterna. Más tarde Constantino prohibió la venta de hijos, salvo que dicha venta tuviera por objeto la procuración de alimentos para el padre.

Como ya se dijo, uno de los derechos que tenía el padre era el de abandonar a su hijo, derecho que fue limitado por Justiniano, quien declaró al hijo abandonado como *sui iuris* o ingenuo.

En lo que se refiere a las relaciones patrimoniales, todo aquello que el hijo adquiriría, sin distinción ni reserva alguna, era propiedad del padre; "esta potestad tan ilimitada y absoluta, no tenía fin ni término, duraba todo el tiempo de la vida del hijo".

El hijo no podía salirse de la patria potestad ni podía llamarse propiamente padre de familia, aún cuando contrajese matrimonio, el abuelo tenía tanta potestad sobre el nieto y demás descendientes, como sobre el hijo, pues su poder y dominio se extendía a todos los individuos que formaban la familia.

La muerte del abuelo permitía que cada padre de familia formara la suya propia, no así la muerte del padre, ya que al producirse ésta, el hijo quedaba bajo la potestad del abuelo.

En lo referente a la extinción de la patria potestad se establecieron causas que la extinguían real o virtualmente. "La extinción real surgía cuando el paterfamilias o el hijo morían. La extinción virtual de la patria potestad se contempló en diferentes aspectos, siendo los más comunes; la llamada "capitis mínima" o muerte civil, la cual consistía en que

el padre o el hijo fueran capturados por el enemigo o depor-
tados o destinados a luchar en el circo con las fieras". (2)

Salía también el hijo de la patria potestad por el manda-
to de un Patricio, según lo dispuesto por las Constituciones
del Emperador Justiniano.

Por último tenemos a las más importantes y reconocidas
que fueron la adopción del hijo por un tercero y la ya mencio-
nada mancipación.

La mancipación en un principio se utilizó como un medio
que tenía el paterfamilias para obtener dinero con la venta
del hijo. Conforme fue evolucionando la sociedad romana, la
mancipación se volvió en el medio más eficaz para liberarse
de la patria potestad, utilizando fórmulas y solemnidades fin-
gidas, las cuales se reducían a que los padres fingían vender
tres veces seguidas al hijo; y el comprador aparentaba volver
solo a vender al padre, y éste entonces lo manumitía, esto
es, le daba la libertad y se verificaba la mancipación.

Esta solemnidad que era necesaria en el antiguo derecho
fue revocada por el emperador Anastasio, el cual dispuso que
pudiese hacerse sin solemnidad alguna. Por último el Empera-
dor Justiniano, permitió que cualquiera pudiese mancipar, sin
que mediase permiso del Príncipe bastando solo que el padre
se presentara ante un juez competente y manifestara su deseo
de mancipar a su hijo o hijos.

(2).- Bravo González Agustín, Bravo Valdéz Beatríz

"Primer Curso de Derecho Romano". Editorial Pax. Méx .
1980. Pág. 149.

La mancipación no podía realizar sin el consentimiento del mancipado, ni tampoco podía obligar al padre a mancipar excepto en los siguientes casos:

Primero.- Si el impúber que fue dado en adopción llegase a la edad de pubertad.

Segundo.- Si el padre incitaba o enseñaba al hijo cosas torpes y obscenas.

Tercero.- Si le inspiraba cosas contrarias a la humanidad.

Cuarto.- Si el padre admitió el legado dejado bajo la condición de mancipar al hijo.

Quinto.- Si el padre contrajo matrimonio incestuoso y reprobado por las leyes y la religión.

A medida que los antiguos romanos fueron avanzando en su civilización y el poder público se hizo más fuerte, las leyes fueron tomando mayor energía y vigor, la potestad privada cedió a la pública.

2.- Caracteres de la Patria Potestad

Guillermo Floris Margadant, en su obra de Derecho Romano ⁽³⁾ señala como principales caracteres de la patria

- - - - -

(3).- Floris Margadant, S. Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge. México 1982. Pág. 201

potestad en esa cultura a las siguientes:

a) El padre o el abuelo tenían un poder disciplinario , casi ilimitado, sobre el hijo; hasta podía matarlo (ius vitae necisque), aunque, en caso de llegar a ese extremo, sin causa justificada, el paterfamilias podía ser sujeto a sanciones por parte de las autoridades gentilicias o del censor. Este derecho se fué suprimiendo en varias etapas. Existen testimonios que demuestran que, en tiempos de Adriano, el padre que mataba accidentalmente a su hijo, pero en circunstancias sospechosas, era castigado.

b) Por ser el paterfamilias la única "persona" verdadera dentro de la familia, originalmente, el hijo no podía ser titular de derechos propios. Todo lo que adquiría entraba a formar parte del patrimonio del paterfamilias. Este principio fué debilitándose poco a poco, por la mayor independencia de los hijos en relación con los peculios que les fueron con- finados, y por la mayor frecuencia de la emancipación.

c) La patria potestad que, en su origen, era un poder es tablecido en beneficio del padre, se transformó, durante el Imperio, en una figura jurídica en la que se establecieron de beres y derechos mutuos.

En tiempos de Marco Aurelio, se reconoció la existencia de la relación padre-hijo, que implicaba un derecho recíproco de alimentos, empezándose a configurar la actual situación que guarda la patria potestad.

d) La patria potestad no se modificaba por el desarrollo de las facultades de los hijos que estaban sometidos a ella ; ya que ni por la edad o por el hecho de contraer nupcias se

podían liberar de la potestad del padre.

e) La patria potestad pertenecía al jefe de familia , aunque no siempre era el padre el que la ejercía; su autoridad desaparecía frente a la del abuelo paterno.

f) La madre careció por completo de esta autoridad, ya que era reservada para los varones.

3.- Fuentes de la Patria Potestad

Las fuentes reales que permitieron el ejercicio de la patria potestad en el antiguo derecho romano, fueron todos los actos y negocios jurídicos que aseguraban al paterfamilias un medio para tener un hijo, ya fuera en forma natural o en las formas civiles que se conocieron en esa época.

De esa forma, sabemos, que las fuentes de la patria potestad se basaron en el acto natural del nacimiento y por los actos permitidos por las leyes civiles que llevaban a un menor a la potestad de un paterfamilias.

a) La Iusta Nuptiae o Matrimonio Legítimo

"En la sociedad primitiva romana, el interés político y el interés religioso, hacían necesaria la continuación de cada familia o gens por el bien de los hijos sometidos a la autoridad del jefe. De aquí se comprende la importancia que tenía para los romanos el matrimonio legítimo o " Iusta Nuptiae ", cuyo fin principal era la procreación de hijos".⁽⁴⁾

(4).- Petit Eugene. Ob. Cit. Pág. 103

De tal forma, la principal fuente de la patria potestad fueron las ya mencionadas "Iusta Nuptiae", debido a que sólo los hijos nacidos dentro de ese matrimonio, tenían la calidad de "Liberi Iusti", es decir, la de hijos legítimos.

El lazo natural que relacionaba al hijo con sus padres fué la denominada filiación, y producía sus efectos según la naturaleza de la unión de sus progenitores. La filiación más plena fue sin lugar a dudas la que emanaba del matrimonio legítimo, la cual daba a los hijos la calidad de "Liberi Iusti" (Hijos legítimos).

En el antiguo derecho romano, la certidumbre de la filiación en cuanto a la madre era plana, ya que derivaba del hecho natural de que la mujer es la única que puede concebir a un ser. En cuanto al padre, es naturalmente incierta, pero el matrimonio la suministraba. Combinando la idea de que la mujer ha debido cohabitar con su marido y que no ha debido de hacerlo con otro, los romanos presumieron la paternidad del marido.

"Para saber si la mujer había concebido durante el matrimonio, los jurisconsultos romanos determinaron los límites extremos de la duración del embarazo basados en los estudios de los médicos griegos. Según esto, el límite menor del embarazo era de ciento ochenta días y el mayor de trecientos ; de tal forma, el hijo era considerado legítimo y entraba a la potestad del padre, si nacía después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio, o dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del mismo". (5)

(5).- Bravo González Agustín. Ob. Cit. Pág. 146

Los principales efectos de la filiación legítima fueron los siguientes:

- a) Daba lugar a la agnación o parentesco civil;
- b) Creaba la obligación recíproca de la suministración de alimentos;
- c) El infante debía observar respeto a sus ascendientes;
- d) El padre transmitía a sus hijos la calidad de ciudadanos romanos y condición social.

Los hijos nacidos fuera de matrimonio legítimo, quedaban excentos de la ptestad del padre, y tenían la calidad de "Natutalis Liberi", si nacieron dentro de un concubinato durado y si nacían de relaciones transitorias se le denominaba "Spurii".

b) De la Adopción y la Adrogación

"No solo la naturaleza hace hijos de familia, sino tambien las adopciones" (6)

Este principio romano tuvo gran relevancia, debido a que la familia civil romana solo se desarrollaba en torno a los varones, y podía suceder que alguna familia antigua estuviera a punto de extinguirse; para evitarlo se acudía a la adopción y con ésta se podía perpetuar el nombre de un paterfamilias, su familia y su culto privado; además el ciudadano de esa

(6).- Digesto 1.7.1 Cita de Agustín Bravo González Ob . Cit.
Pág. 146

época consideraba más ventajoso tener herederos suyos que herederos extraños.

La Adopción

Por medio de la adopción, un paterfamilias adquiría la patria potestad sobre el hijo de otro ciudadano romano, estableciendo entre ellos artificialmente las mismas relaciones civiles que se hubieran obtenido por la procreación en matrimonio legítimo.

Cuando se establecía una adopción, se producían dos efectos: la extinción de la patria potestad del padre natural y la creación de una nueva potestad.

Las XII Tablas establecieron que el padre perdía definitivamente su potestad sobre el hijo cuando se le había mancipado tres veces. Por tanto, para que la adopción surgiera como tal, el hijo debía salir de la potestad del padre.

"Originalmente la adopción se llevaba a cabo mediante tres ventas ficticias del hijo al adoptante o a un tercero. Vendido éste por tres veces y recuperando la patria potestad después de cada venta, el paterfamilias natural, perdía la patria potestad en forma definitiva". (7)

Después de que el hijo salía de la patria potestad, éste, el padre natural y el adoptante se presentaban ante un

- - - - -

(7).- Bravo González Agustín. Ob. Cit. Pág. 147

Magistrado, indicando el adoptante, que ese hijo era suyo, y ya no de su padre. El padre natural al ser interrogado por el Magistrado de la potestad que ejercía sobre su hijo, solamente callaba y así se verificaba la adopción.

Justiniano simplificó este procedimiento. El padre natural se presentaba ante el Magistrado en compañía del adoptante y del adoptado y declaraba su voluntad de dar a su hijo en adopción. Dicha declaración se hacía constar en un acta pública, la cual daba validez a ese acto, consumandose así la adopción.

En la adopción no se requería el consentimiento expreso del adoptado, bastaba conque no se opusiera.

El hijo adoptado continuaba dependiendo de la potestad de un padre del cual obtenía su nombre y posición. En relación de su antigua familia perdía todo parentesco civil y su derecho a la sucesión; pero tenía derecho a la cuarta parte de los bienes del padre adoptivo en caso de que éste muriese.

La Adrogación

Esta institución permitía que un paterfamilias adquiriese la potestad de otro paterfamilias.

"Se le llamó adrogación porque el que adrogaba era rogado, es decir, interrogado si en verdad quería que la persona a la que iba a adrogar fuese para él un hijo según el derecho, con todos los deberes y derechos que implicaba, y al que iba a ser adrogado se le preguntaba su consentimiento. Caso

distinto a la adopción, en la que no se necesitaba el consentimiento expreso del sujeto que iba a ingresar a una nueva patria potestad". (8)

En la evolución de la adrogación se distinguen tres diferentes épocas. En la primera un colegio de pontífices estudiaba el proyecto de la adrogación, para ver si se llenaban los requisitos de edad, si no se trataba de una especulación pecuniaria y si efectivamente era necesaria para perpetuar a una familia. El proyecto de adrogación al ser aprobado por el comicio de curias concluía con tres preguntas, una a una, a un adrogante ¿quiere tener al adrogado por iustus filius (hijo legítimo), si la respuesta era afirmativa se hacía la segunda pregunta al adrogado: ¿Consiente en que el adrogante ejerza sobre usted la patria potestad?, si la segunda pregunta era contestada afirmativamente, se procedía a la tercera que era hecha al pueblo para saber si consagraba la voluntad de las partes.

En la segunda época, los comicios por curias estaban representadas por treinta lictores y solo la voluntad de éstos fue la que decidió la validación de la adrogación.

En la tercera época, la voluntad del príncipe era la que se imponía y substituyó a la voluntad de los pontífices. Este cambio se manifestó con Diocleciano en donde la adrogación operó por postestad del emperador.

La adrogación en un principio, sólo se podía efectuar en

- - - - -
(8).- Bravo González Agustín. Ob. Cit. Pág. 147

Roma, donde se reunían los comicios por curias, siendo excluidos los impúberes y las mujeres. Posteriormente, Antonio el Piadoso permitió que se adrogara a los impúberos por rescritio, pero debía hacerse una cuidadosa investigación para que los tutores no la ejercieran y así se liberase de la tutela.

Para proteger los intereses del adrogado, el adrogante debía prometer y garantizar los bienes del primero, en caso de que éste muriese impúber, así mismo, si llegado a la pubertad al adrogado no le convenía la adrogación podía hacer gestiones ante el Magistrado para terminar con ella.

Si el adrogado era emancipado sin motivo por el adrogante, éste debía devolverle su patrimonio, también tenía derecho a la cuarta parte de la sucesión del adrogante.

Los efectos jurídicos que generaba la adrogación fueron los siguientes:

- a) El adrogado caía bajo la potestad del adrogante con el mismo título que un descendiente nacido en justas nupcias o matrimonio legítimo.
- b) Los descendientes del adrogado pasaban también a la nueva familia y todos ellos perdían los derechos de agnación inherentes a su antigua familia.
- c) Al tomar el nombre de la familia del adrogante, los bienes del adrogado pasaban a poder del adrogante, posteriormente Justiniano dispuso que solo tuviera el usufructo de ellos, quedando la nuda propiedad para el adrogado.

- d) La adrogación no alteraba el derecho de origen a efectos de desempeñar cargos y de participar en las cargas municipales.
- e) Si el adrogado era emancipado, no solo dejaba de ser hijo del adrogante, sino también dejaba de ser ciudadano de esa ciudad.

La Legitimación

La última fuente de la patria potestad que conoció el Derecho Romano, fue la legitimación, la cual presumía una relación natural de padre a hijo, pero que excluía la idea de una potestad adquirida por efectos del nacimiento.

"La legitimación servía para establecer la patria potestad sobre los hijos naturales, es decir, los hijos que habían nacido fuera de matrimonio".⁽⁹⁾

La legitimación de los hijos en concubinato se perfeccionaba mediante el matrimonio subsecuente de los padres. Consiguientemente, fue el primero en concebir a la legitimación, pero no la permitió más que en favor de los hijos naturales. Justiniano la reglamentó exigiendo tres condiciones:

- 1) En el momento de la concepción del hijo, no debía existir impedimento legal alguno para que los padres contrajeran matrimonio, lo cual excluía la legitimación de los hijos adulterinos o incestuosos, o así como los nacidos en

(9).- Margadant S. Guillermo. Ob. Cit. Pág. 203.

concubinato.

2) Era necesario redactar un instrumentum dotale o nuptiale, con el fin de manifestar la transformación del concubinato en matrimonio.

3) El hijo debía consentir en la legitimación que hacía el padre sobre su persona.

Cuando la mujer había muerto o se había casada con otro hombre, el padre podía dirigirse al emperador para que por su rescripto legitimara a su hijo.

El derecho moderno heredó las ideas romanistas de la legitimación, como un medio de establecer la filiación, pero debido a la natural evolución de la sociedad, sus efectos son algo diferentes. Por un lado tenemos en que Roma era necesaria la celebración del matrimonio para poder legitimar a un hijo, en la actualidad ese hecho no es indispensable ya que el padre moderno puede reconocer a sus hijos naturales ante el oficial del registro civil, por escritura notarial, por testamento o por confesión judicial.

En Roma, la legitimación de un hijo mayor de edad hacía sufrir a éste una capitis diminutio mínima. En cambio en el derecho moderno, el hijo legitimado no sufre una reducción en sus derechos, sino al contrario, se ve beneficiado por tal acción ya que adquiere derechos de sucesión ab-intestato, derecho al apellido del padre, e incluso a recibir alimentos en caso de que los necesite.

4.- Regulación Jurídica de los Efectos de la Patria Potestad Sobre la Persona y los Bienes de los Sujetos a Ella.

"La potestas otorgaba al jefe de familia derechos rigurosos y absolutos, análogos a los del amo sobre el esclavo, mis mos que ejercía, al mismo tiempo, sobre la persona y los bienes de los hijos". (10)

Derechos del paterfamilias sobre la persona del hijo.

En los primeros siglos, el jefe de familia fue un verdadero magistrado doméstico; aplicaba decisiones y ejecutaba sobre sus hijos las penas más rigurosas; tenía poder de vida y de muerte. Atendiendo a una junta de parientes, podía vender los a un tercero, darlos en noxa y abandonarlos.

Fueron tres los principales derechos del padre sobre la persona del hijo, los cuales engloban todo el poder que poseía el paterfamilias, éstos derechos fueron:

a) El poder de dar muerte al hijo.

En los primeros tiempos este poder era absoluto. En la República, se ejerció con más moderación. En el Bajo Imperio, debido al relajamiento de las costumbres en la familia, hubo grandes abusos en el ejercicio de este derecho, por lo cual intervino el legislador, para regular esta conducta. A finales del siglo II de nuestra era, los poderes del paterfamili --

(10).- Ventura Silva Sabino, "Derecho Romano" México Editorial Porrúa. 1978 Pág. 91.

lias se redujeron a un sencillo derecho de corrección. No podía castigar con la muerte, sino mediante acusación ante un magistrado y mediante juicio y sentencia.

b) Derecho de mancipar al hijo.

El padre podía mancipar a su hijo, es decir, cederlo a un tercero. De esta forma, el hijo, tenía una condición semejante a la de un esclavo, aunque por un tiempo determinado y no perdía su calidad de ingenuo.

La venta del hijo se permitía cuando el padre estaba en situación miserable; en algunas ocasiones la mancipación se celebraba con el acreedor, en señal de garantía, el que lo adquiría se comprometía a liberarle en un tiempo determinado ; si se rehusaba, el Censor podía anular la mancipación, regresando el hijo a la autoridad paterna.

En la época de Caracalla la venta de hijos se declaró ilícita., solo se permitió en caso de necesidad para procurarse alimentos. Diocleciano prohibió la enajenación de los hijos de cualquier manera que fuere, venta, donación o empeño . Constantino renovó la práctica de la venta de hijos, permitiendo al padre, si era un indigente y abrumado por la necesidad, vender al hijo recién nacido, con el derecho exclusivo de volver a tomarlo. Si la venta se realizaba en Roma , el hijo caía en mancipium, pero si se realizaba fuera de la ciudad el hijo caía en la esclavitud.

c) El poder de abandonar a los hijos.

El padre podía abandonar a sus hijos . Esta práctica

solo fue prohibida en el Bajo Imperio. Constantino declaró que el hijo abandonado quedara bajo la autoridad de quien lo hubiese recogido, ya fuera como hijo o como esclavo. Justiniano declaró al hijo abandonado como libre *sui iuris* e ingenuo.

Derechos del paterfamilias sobre los bienes del hijo.

En cuanto a sus bienes, el hijo estuvo primitivamente en una situación comparable a la del esclavo. Su personalidad era absorbida por el jefe de la familia, no podía tener bienes propios. Todo lo que adquiría, propiedades, derechos de crédito etc. pertenecían íntegramente al jefe, para quien el hijo era lo mismo que el esclavo, un instrumento de adquisición, sin embargo, el Derecho Civil no permitía que lo hiciera deudor.

En el Bajo Imperio ciertas adquisiciones les fueron otorgadas a los hijos en toda propiedad, extendiéndose en lo sucesivo este favor. Todo lo adquirido por el hijo de familia quedaba de su propiedad, salvo los bienes cuya autoridad le cedía el padre y que constituyeran para él un *peculio*.

"El *ius civile* romano concretó en cuatro partes fundamentales el aspecto patrimonial de los paterfamilias sobre los hijos que estaban bajo su potestad. Estos puntos se establecieron de la siguiente forma:

1) El único derechos patrimoniales dentro de la familia, era el de paterfamilias.

2) El hijo sólo tenía capacidad de realizar negocios ju-

rídicos que no fueran de enajenación o gravamen, porque carecía de propiedad y derechos reales, más sí podía adquirir en favor del padre derechos reales o de crédito.

3) El hijo por carecer de capacidad legal para ser titular de derechos patrimoniales, su capacidad de realizar negocios jurídicos, era igual a la del esclavo, un instrumento de adquisición de su pater, pues era éste quien recibía todo lo adquirido por actos de su hijo.

4) Cuando por la realización de un negocio el hijo quedaba obligado, el pater no era deudor, sino solo aquél".

5.- Los Peculios

"Los peculios fueron ciertas masas de bienes sobre las que se le reconocieron al hijo de familia facultades variables según las épocas y clases de peculios". (11)

Se distinguieron cuatro tipos de peculios; el Profecticio, el Castrense, el Cuasicastrense y el adventicio. Este último, sin embargo, no fue considerado peculio por los romanos; lo bautizaron así por analogía los comentaristas medievales.

a) Peculio Profecticio

Es el más antiguo de todos, y también lo poseyeron los

(11).- Ventura Silva Sabino. Ob. Cit. Pág. 94.

esclavos. El peculio profecticio estaba constituido por aquellos bienes que el paterfamilias dejaba al hijo, el cual los administraba y frecuentemente los dedicaba al ejercicio del comercio o de alguna industria. El paterfamilias seguía siendo el propietario del peculio; el hijo solamente tenía facultades de disfrute y administración revocables en todo momento, tampoco podía enajenar los bienes. En caso de muerte, la masa de bienes administrada por el hijo regresaba automáticamente al resto de la masa patrimonial del paterfamilias.

b) Peculio Castrense.

Este peculio fue creado por Augusto, y fue confirmado por sus sucesores.

El peculio castrense, se constituyó como un privilegio para los militares, comprendió todo lo que el hijo adquiría con motivo del servicio militar que prestaba, en especial su sueldo; su parte en el botín de guerra, las distribuciones de tierra y las liberalidades que le eran hechas por terceros con motivo de su profesión militar.

Los bienes que formaban este peculio, pertenecieron en plena propiedad al hijo de familia; podía disponer de ellos por testamento y ejercitar acciones. Si moría sin testar, sus bienes pasaban al padre.

c) Peculio Cuasicastrense.

"Este peculio fue creado por Constantino en el año 320 A.C., y comprendía los bienes que adquiría el hijo de familia

que prestaba sus servicios a la corte, en el palacio del Emperador o en la Iglesia". (12)

El peculio cuasicastrense, en su configuración fue similar al peculio castrense, con la diferencia de que en éste , los bienes obtenidos por el hijo en el ejercicio de su profesión no podían ser transmitidos por testamento, derecho que sólo concedía Justiniano.

d) Bienes Adventicios.

Fueron creados por Constantino, quien estableció que los bienes que el hijo heredase de su madre (bona materna) no ingresaban al patrimonio del padre, sino que eran reservados al hijo; el padre únicamente obtenía el usufructo y la administración de los bienes, conservando el hijo la propiedad. Más tarde, bajo el imperio de Constantino, se estableció que los bienes heredados por el hijo de los abuelos maternos, de la cónyuge o su prometida, constituirían bienes adventicios.

Justiniano completó la reforma. Decidió que todos los bienes que adquiriría el hijo de familia bajo potestad , por cualquier modo y de cualquier procedencia, le pertenecían en propiedad, con dos únicas excepciones:

1) Los bienes adquiridos con dinero del padre o a costa de él.

2) Los bienes entregados por un tercero en gratitud o

(12).- Bravo González Agustín. Ob. Cit. Pág. 153.

consideración al padre.

El padre de familia tenía derecho de administración y de goce sobre los bienes adventicios. Por tanto", estos bienes no eran peculio en el sentido antiguo, sino un verdadero patrimonio, porque muerto el hijo, nunca revertían al pater iure peculii, sino que fueron objeto de la sucesión testamentaria o ab intestato del hijo, según la constitución del Emperador del año 529". (13)

6.- La Patria Potestad en el Derecho Germano Antiguo

En los primeros tiempos de esta civilización, y antes de la introducción del Cristianismo, el padre que no recibía en sus brazos al hijo recién nacido, podía rechazarle, y aún con denarle a morir sin intervención de la ley.

En la época del Espejo de Suabia, el padre podía vender a su hijo sólo en caso de necesidad, y el legislador se limitaba a recomendar al padre que en lugar de venderle, lo cediera como ciervo a un señor. Además, los padres gozaban de un derecho de corrección que en varios estatutos llegó a concederles la facultad de herirles pero este derecho fue pasando poco a poco a la autoridad judicial.

El derecho germano a diferencia del romano, permitía a los hijos poseer un patrimonio propio, en el que el padre no ejercía más derechos que los de simple administrador y solo podía gozar del usufructo de los bienes. También poseían per

(13).- Ventura Silva Sabino. Ob. Cit. Pág. 95.

sonalidad propia y distinta a la del padre, reconocida y protegida por la ley, al revés de lo que sucedía en Roma, en donde el padre absorbía la personalidad de los hijos.

La misión principal de los padres germanos, consistía en proteger a sus hijos. La autoridad que ejercían sobre ellos era la de tutelar y proteger sus intereses, no la de ejercer un poder o derecho absoluto.

La potestad paterna en esta cultura, no fue en derecho vitalicio como la patria potestas romana. Al llegar el hijo a la mayoría de edad, la ley permitía que el hijo abandonara el hogar de sus padres sin tener ninguna limitación, por el contrario, salía con todos los derechos y prerrogativas de un ciudadano.

La principal obligación del padre, al salir el hijo de su tutela, consistió en que debía entregarle sus bienes y rendirle cuenta de las rentas y frutos, aunque hubiera terminado su derecho de usufructo antes de cesar la administración.

En el derecho antiguo, el padre estaba legalmente obligado a dar al hijo que se iba a establecer y sobre todo a la hija que se casaba, una determinada cantidad de sus propios bienes; esta especie de dote, se hacía de una manera irrevocable y no estaba sujeta a devolución en caso de fallecimiento del que la otorgaba.

Enneccerus, en su Tratado de Derecho Civil, señala que "las mujeres germanas no se encontraron impedidas para ejercer la patria potestad sobre sus hijos, ya que éstas toma -

ban tal cargo al morir el padre". (14)

A la esposa no se le tuvo al margen, porque al igual que el esposo vigilaban a sus hijos y cuando llegaba a fallecer el marido podía administrar el patrimonio de los menores.

7.- La Patria Potestad en el Derecho Frances Antiguo

La patria potestad en el derecho francés antiguo, no adquirió la fisionomía romana. Tanto el padre como la madre les correspondieron los atributos de la potestad sobre los hijos, cumpliendo éstos la mayoría de edad, la patria potestad se extinguía.

"El poder del padre sobre la persona del hijo no fue tan absoluto y el trato no tuvo caracteres tan rigurosos. En la antigua Francia, nunca se permitió la venta de los hijos, a pesar de que los padres se encontraran en la miseria". (15)

8.- La Patria Potestad en el Derecho Español Antiguo

En la España medieval, la figura de la patria potestad se fue organizando con mayor regulación en los códigos arago-

- - - - -

(14).- Enneccerus, Kipp y Wolf, "Tratado de Derecho Civil"
Traducción Española, Barcelona España, 1946. Pág.556

(15).- Enciclopedia Jurídica OMEBA Identificación Tomo XXI
Bibliográfica OMEBA, Anclo. Buenos Aires Argentina
1984 Pág. 793.

neses. Se crearon las Leyes del Fuero Juzgo , influenciadas por el derecho y costumbres germanas, las cuales le conferian al menor una mayor protección y le otorgaban a la madre el de recho de ejercer la patria potestad sobre sus hijos.

A pesar de la existencia de las leyes del Fuero Juzgo , estas leyes fueron poco aplicadas, debido a que el Derecho Español, tuvo una mayor infjuenacia del derecho romano, en donde, el padre de familia tenía el poder absoluto y perpetuo sobre sus hijos.

Las leyes en que se plasmaron estas costumbres fueron las Siete partidas, concentrandose en la Partida Cuatro en los Títulos diecisiete y dieciocho la legislación de la patria potestad en el derecho Español antiguo.

"Partidas 4 Título 17"

Ley 1

Patria Potestas en latín, tanto quiere decir en romance como poder que tienen los padres sobre los hijos, y señaladamente tienen este derecho los que se regin por las leyes del Emperador.

Ley 2

Los hijos que no son legítimos, ni descendientes por línea varonil no estan en la potestad del padre. La madre no

tiene en su potestad a sus hijos, ni tampoco el abuelo materno tiene en su potestad al nieto por parte de su hija, y el tal nieto está en la potestad del padre.

Ley 3

Algunas veces la palabra potestad es lo mismo que dominio, como el que tiene el señor sobre su esclavo; otras se toma por la jurisdicción; otras por la potestad del prelado en los Clérigos o Religiosos; y otras por la reverencia, corrección y sujeción del hijo para con el padre.

Ley 4

Se constituye la patria potestad por la procreación en legítimo matrimonio o por sentencia dada sobre esto entre el padre y el hijo, o por la revocación a la patria potestad por causa de ingratitud, o por adopción.

Ley 5

Todo lo que el hijo adquiere por causa profeccticia, esto es, de sus padres o abuelos, lo gana para el padre, que le tiene en su petestad, mas en los bienes adventicios, como por artificio, ciencia, donación. legado o hallazgo de tesoro, es la propiedad del hijo; mas el usufructo es del padre, y este los administra tanto en juicio como fuera de él.

Ley 6

Los bienes adquiridos por los hijos en el ejercicio , o en la curia del Rey, son suyos, y podrá testar de ellos, y se llaman bienes castrenses, lo mismo en los quasicastrenses que son los que adquieren los maestros de cualquier ciencia por pensión de la Cámara del Rey, u otro lugar público, o los que se dan de salario a los jueces o escribanos del Rey , o a otros semejantes por razón de oficio, los regalados de otra suerte a los dichos por el rey u otro señor.

Ley 7

Es la misma que antecede.

Ley 8

El padre en la extrema necesidad, o por no morir de hambre puede vender a su hijo, o darle en prenda si le tiene en su potestad, pero la madre no puede: mas si el padre está cercado en un castillo, puede por dicha necesidad comer al hijo, si no tiene otro arbitrio de conservar el castillo.

Ley 9

Vendiendo el padre a su hijo por no perecer de hambre , si después vuleve al comprador el percio recibido por si o por otro, se libera de la servidumbre, pero está obligado a

los gastos hechos por el comprador en la enseñanza de algún oficio.

Ley 10

Puede el padre restituir judicialmente a su potestad al hijo detenido por otro o que anda vagabundo.

Ley 11

No puede el hijo convenir en juicio al padre en cuya potestad está, sino por causa del peculio castrense, o por otra que querella, precedida licencia del juez, ni tampoco puede responder o defender en juicio sin el consentimiento de su padre.

Ley 12

Aunque el hijo no puede demandar ni responder en juicio sin consentimiento del padre, hay casos en que sí; v.g. si el padre envía el hijo a estudios, o a otra parte para que permanezca allí, entonces puede responder a la querella que le pudiesen, deudas que contraiga, o malos hechos que ejecute, y demandar lo que le hurtasen.

Ley 1

Por muerte del padre se deshace el poderío que tiene sobre el hijo, al menos que no hubiese salido antes de la patria potestad; pero si muriese sin haber salido de ella, sus hijos quedarían en poder del abuelo.

Ley 2

Siendo condenado alguno por sentencia a que trabaje perpetuamente en las obras del Rey, o fuese deportado a una isla, se llama muerte civilmente, y no puede hacer testamento, el otorgado anteriormente se informa y sus hijos en este caso sale de la patria potestad.

Ley 3

El condenado a destierro temporal o perpetuamente a un lugar, no es civilmente muerto, porque no pierde los bienes, sino lo que se contiene en la sentencia, y así retiene la patria potestad en sus hijos.

Ley 4

Incestus en latín, convale en castellano a pecado con pariente; el padre que casare, muerta su mujer, con pariente su ya hasta el cuarto grado, contrae bodas incestuosas, y sus hijos salen por esto de la patria potestad.

Ley 5

La dignidad de Procónsul y de Prefecto Pretorio, libera al que la tiene de la patria potestad

Ley 15

Por la emancipación se disuelve la patria potestad, y en premio de la emancipación, el padre tiene la mitad del usu -- fructo en los bienes adventicios del hijo emancipado, a no ser que expresamente los perdone; y cuando se hace la emancipación el padre y el hijo comparecen ante el Juez ordinario, y dice el padre que libra a su hijo de su potestad, y el hijo lo hace consentir.

Ley 16

No puede emancipar el padre a su hijo menor de siete años, o que esté ausente, sino con licencia del Rey cometida al Juez ordinario del padre; pero si es emancipado el mayor de siete años estando ausente, vale la pena la emancipación, con tal de que cuando venga, concienta ante el Juez.

Ley 17

No está obligado el padre a emancipar a su hijo, ni éste a ser emancipado, sino que la emancipación ha de ser hecha con voluntad de ambos y para prueba más fácil debe hacerse instrumento público de ella.

Ley 18

Por cuatro cosas se obliga a liberar al hijo de su poder: primera, por castigarle cruelmente, segunda:, por dar arbitrio o licencia a la hija para prostituirse: tercera, recibiendo algo en testamento, por que emancipase a sus hijos , y después no lo hiciese: cuarta, si prolijase a su entenado menor de catorce años y lo perjudicase despues en sus bienes.

Ley 19

Por la injuria verbal o de hecho contra el padre, se reduce el hijo emancipado como ingrato a la patria potestad". (16)

9.- La Patria Potestad en el Derecho Mexicano

a) La patria potestad en el México Precortesiano

En la cultura azteca, el hombre era el jefe de la familia, pero en derecho estaba en igualdad de circunstancias con la mujer. "El hombre era el que educaba y castigaba a los hijos varones, y la mujer a las hembras". (17)

(16).- Pérez y López Antonio. "Teatro de la legislación Universal de España e Indias". Madrid 1747. Pág.191 y sigs.

(17).- Mendieta Núñez Lucio. "El Derecho Precolonial" Editorial Porrúa México 1937. Págs. 40 y 41.

La patria potestad era un poder muy grande, pues el padre podía vender a los hijos como esclavos cuando a causa de su pobreza, le era imposible mantenerlos.

Para castigar a los hijos los padres podían hacer uso de la violencia. Generalmente los herían con espinas de maguey; les cortaban el cabello y cuando el hijo era tenido por incorregible, el padre con el permiso previo de las autoridades, podía venderlo como esclavo.

Los hijos de los nobles, de los ricos y de la clase media, vivían en la casa de sus padres hasta los quince años, recibían la educación del padre y de la madre respectivamente. A los quince años los entregaban al Calmecac o al Teposhcalli, según la promesa que se hubiese hecho en su bautismo.

Estos lugares eran establecimientos educativos en los que permanecían cuatro o cinco años, hasta que sus padres concertaban el matrimonio.

Del colegio salían, por tanto, a formar un hogar y a prestar sus servicios a la vida pública.

"Parece que las hijas se educaban en su casa, generalmente, aún cuando también había establecimientos especiales para la educación de las mujeres y otros de reclusión y educación especie de conventos bajo la autoridad de los sacerdotes".⁽¹⁸⁾

(18).- Mendieta y Núñez Lucio. Ob. Cit. Pág. 41.

En caso de muerte del padre, su hermano podía ejercer to dos los derechos de la patria potestad, siempre y cuando cas ara con la viuda, "sin embargo se ignora si en ausencia de es te requisito los abuelos podían suplir a los faltantes", ⁽¹⁹⁾

b) La Patria Potestad en el México Colonial

La legislación particular de la Indias dictadas para el régimen de la Colonia, que necesariamente fue extensa y muy variada, nunca no se ocupó en tocar o modificar los princi -- pios cardinales e instituciones que conocía el derecho Espa -- ñol Antiguo.

La institución de la Patria Potestad, no fue la excep -- ción a este proceder. Por tal motivo, en esa época, no sur-- gió un ordenamiento legal novedoso que cambiara la esencia de la Patria Potestad concebida y regulada en las Siete Partidas y el Fuero Juzgo.

"El esquema de la Familia Española estuvo presente en el México Colonial y se constituía en beneficio del padre , el cual tenía dominio sobre su esposa e hijos, según lo autoriza -- ban las Partidas". ⁽²⁰⁾

c) La Patria Potestad en el México Independiente

- 1) El Código Civil para el Distrito Federal y Terrioto - rio de la Baja California de 1870.

(19).- López Agustín Alfredo. "La Constitución Real de México Tenochtitlán.

(20).- Pérez y López Antonio. Ob. Cit. Pág. 192.

En la exposición de motivos del Código Civil de 1870 los legisladores que crearon esta ley, consideraron que era injusta la costumbre de negarle a la madre la facultad de ejercer la Patria Potestad sobre sus hijos, y olvidandose de la influencia romana, por primera vez en México, un ordenamiento legal le otorgó a la mujer este derecho.

En el artículo 391 de este Código, se plasmó esta idea y aun más, ya que también se les permitió a los abuelos, ya fuesen paternos o maternos, que ejercieran la patria potestad sobre sus nietos en caso de que faltasen los padres.

El artículo 401 reguló los efectos de la Patria Potestad respecto de los bienes del hijo y de la forma en que debían ser administrados. Dividiendo estos bienes en cinco clases:

I.-"Bienes que procedían por donación del padre.

II.- Bienes que procedían de donación de la madre o de los abuelos, aún cuando aquella o alguno de éstos, esté ejerciendo la Patria Potestad.

III.- Bienes que procedían de donación de los parientes co laterales o de personas extrañas aunque éstos y los de la segunda clase se hayan donado en consideración al padre.

IV.- Bienes debidos a don de la fortuna.

V.- Bienes que el hijo adquiriría por un trabajo honesto 7

sea cual fuere". (21)

En la primera clase, la propiedad de los bienes, pertenece al hijo y la administración al padre.

En la segunda, tercera y cuarta clase, la propiedad de los bienes y la mitad del usufructo fueron siempre del hijo, la administración y la otra mitad del usufructo del padre.

Los bienes de la quinta clase, pertenecían en propiedad, administración y usufructo al hijo.

Por último; el Código Civil de 1870, incluyó en su texto los modos de acabarse y suspenderse la Patria Potestad, estableciendo los principios que hoy en día siguen vigentes en nuestro Código Civil.

- 2) El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California de 1884.

El Código Civil de 1884, en esencia, hizo una copia fiel del Código Civil de 1870, en cuanto a la regulación de la Patria Potestad se refiere. Por tal motivo, considero que no es necesario hacer mayor abunamiento en el tema.

d) La Patria Potestad en el México Moderno

- 1) La ley de Relaciones Familiares de 1917.

(21).- Art. 401 del Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.

La ley de Relaciones Familiares de 1917, hizo manifiesta la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, y consideró la conveniencia de que la Patria Potestad se ejerciera conjuntamente por el padre y la madre. Y en defecto de éstos, por el abuelo o abuela ya fueran paternos o maternos.

En esta ley, se suprimió la clasificación de los bienes del hijo, por considerarlos como reminiscencia de los peculios que estableció el Derecho Romano y que no tenían más objeto que el de beneficiar al padre. En su defecto, la administración de los bienes se tenía que hacer conjuntamente entre los ascendientes que ejercían la Patria Potestad. A los cuales se les permitió, a manera de retribución por su trabajo, que gozaran de la mitad de los usufructos de dichos bienes, mitad que era dividida entre ambos ascendientes.

2) El Código Civil para el Distrito Federal de 1928.

Nuestra legislación ha regulado a esta figura de tal forma que ambos padres, son responsables de la Patria Potestad y a falta de ellos ésta deberá ser ejercitada por los abuelos paternos. Nuestro Código, organiza a la Patria Potestad, como un cargo de derecho privado y de interés público.

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 padres; 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 de que manera deberá ejercerse esa función; pero pues

to que se trata de un conjunto de deberes y obligaciones que deben ser cumplidos indistintamente debe interpretarse , que en todo deberán ambos actuar de acuerdo, no solo en lo que se refiere a la administración de los bienes de los hijos, sino también a lo que atañe a los efectos de la Patria Potestad sobre la persona del hijo.

En el caso de desentendimiento entre el padre y la madre, el Juez de lo familiar podrá resolver lo que convenga siempre mirando por la protección del interés del hijo.

CAPITULO SEGUNDO

CONCEPTO Y DEBERES QUE IMPONE LA PATRIA POTESTAD TANTO A LOS QUE LA EJERCEN COMO A LOS SUJETOS A ELLA

1.- Definición de Patria Potestad

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 y protección legalmente; ya se trate de hijos nacidos de matrimonio, de hijos nacidos fuera de él o de los hijos adoptivos. Su ejercicio corresponde al progenitor ó progenitores, respeto de los cuales ha quedado establecido legalmente la filiación (Consanguinea o Civil).

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

"Patri; forma prefija del griego y latín pater, padre : patriarca. Potestad; del latín potestas, tatis, dominio poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre una persona o

cosa o en cierta materia". (1)

"Colin y Capitan definen a la Patria Potestad diciendo que es el conjunto de derechos que la ley concede a los padres sobre la persona y bienes de sus hijos, mientras son menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de sostenimiento, de alimentación y educación a que estan obligados". (2)

"Rafael de Pina, define a la Patria Potestad como 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 salvaguardarlas en la medida necesaria". (3)

El concepto de patria potestad es la facultad atribuida a los padres para el cumplimiento del deber de educar y proteger a sus hijos menores de edad no emancipados. De esta manera, aquella autoridad no es propiamente una potestad sino

- - - - -
(1).- Diccionario Enciclopedico Salvat Universal T. 17 Salvat Editores, S. A. Impreso en España Barcelona 1976 . Pág. 214.

(2).- Planiol Marcelo y Ripert, Jorge "Tratado Práctico Derecho Civil Francés". T. I y II Editorial Cultural S. A. La Habana 1950 Pág. 356 Tomo I.

(3).- De Pina Rafael "Derecho Positivo Mexicano". Introducción Personas Familia. Editorial Porrúa, S. A. México 1985 Pág. 373.

una función propia de la paternidad y de la maternidad.

Más que un poder, es actualmente la patria potestad una verdadera función pues en el transcurso de los tiempos ha evolucionado perdiendo el carácter acusadamente autoritario que tuvo en el Derecho Romano y 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.

En la actualidad para muchos tratadistas la denominación de patria potestad ha perdido vigencia, ya que tal como era concebida en el Derecho Romano ha perdido en nuestros días su significación original.

Por ello se ha propuesto, el cambiar ésta denominación por la de autoridad paternal, aunque los tratadistas y legisladores continúan aplicando la denominación tradicional.

Francesco Messineo Señala que la patria potestad es "el conjunto de poderes (a los que corresponden otros tantos deberes poderes-deberes), en los cuales se actúa orgánicamente la función confiada a los progenitores de proteger, educar, de instituir al hijo menor de edad y de cuidar de sus intereses patrimoniales en consideración de su falta de madurez psíquica obrar. Son poderes de dirección temporal en cuanto cesan, cuando el hijo haya alcanzado la mayor edad o cuando el hijo haya sido emancipado".

Es difícil establecer una definición de lo que es la patria potestad pero si se puede señalar que ésta no solo ha reducido su ámbito de aplicación hasta el momento de la mayor edad o emancipación de los hijos, sino que ha evolucionado ra

dicalmente privado, transformándose de un poder absoluto de carácter eminentemente privado, establecido en beneficio del padre, en una función tuitiva de carácter social y casi público, en beneficio de los menores, controlada por órganos y autoridades especiales que aseguran y garantizan los derechos de aquellos, respeto de sus personas u de los bienes que les pertenecen.

2.- Caracteres de la Patria Potestad

Función Social.

La Patria Potestad está constituida por un conjunto de poderes para colocar a los titulares de ésta, en posibilidad de cumplir los deberes que les conciernen respecto de los hijos.

En el logro de las finalidades propuestas, existe evidentemente el interés de los padres que debe coincidir con el interés general del grupo social.

En la naturaleza jurídica de la patria potestad encontramos que si bien es un cargo de derecho privado, se ejerce en interés público; ya que es la observancia de las obligaciones de quienes la ejercen esté interesada la sociedad y el Estado es por esto que la patria potestad es de carácter social.

Derecho de doble funcionalidad.

La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como ocurre en otras fi-

guras jurídicas; en una situación de oposición, y no corre -
ponde el derecho a una obligación de otra persona; sino que
el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

"La patria potestad pertenece a la categoría del poder
jurídico y es uno de los llamados derechos-deberes, equipa --
miento de un "oficio" del cual son titulares los dos progeni-
tores". (4)

Desde el punto de vista interno, la patria potestad orga-
nizada para el cumplimiento de una función protectora de los
hijos menores está constituida primordialmente por un conjun-
to de deberes, alrededor de los cuales y en razón de los mis-
mos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un
conjunto de facultades.

Desde el punto de vista externo, ésta institución se pre-
senta como un derecho subjetivo; quiere decirse que frente a
todo poder exterior de la familia, el titular de ésta tiene
un derecho subjetivo personalísimo.

Sometida a control judicial.

Existen sanciones por parte del Estado, para aquéllos
que estando cumpliendo con el ejercicio de la patria potestad
no cumplan los deberes a los que están cometidos respecto a
los menores y sus bienes.

- - - - -

(4).- Barbero, Domenico. "Sistema del Derecho Privado II" .
Derechos de la personalidad. Ediciones Jurídicas
Europa-América. Buenos Aires 1967. Pág. 149.

Por ejemplo, los jueces de lo familiar, tiene la facultad de tomar a instancia de las personas interesadas, del menor, 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.

En este ejemplo se tiene que cumplir con otros requisitos que en su oportunidad se mencionarán.

Está fuera del comercio.

La patria Potestad considerándola exclusivamente desde el punto de vista de las facultades que confiere a su titular, está constituida por un conjunto de derechos personalísimos, inherentes a la persona misma del progenitor o del ascendiente a quien corresponda el ejercicio de éste.

Temporal.

Este cargo se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados por ello dura tanto como la minoridad de los hijos; o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el artículo 646 del Código Civil.

3.- Quiénes intervienen en la relación Paterno Filial.

Sobre este punto puede sentarse una regla general común; la patria potestad comprende como sujetos pasivos a todos los menores de edad no emancipados que tienen ascendientes, gene

ralmente padre o madre; sin olvidar a los abuelos paternos o maternos, llamados a ejercer^{la} y no se hallen, los ascendientes, permanente o transitoriamente incapacitados o impedidos para dicho ejercicio.

Hay pues, de un lado una condición fija y afirmativa ; que se trate de menores de edad; y otra negativa y contingente, que aquellos menores tengan ascendientes llamados por la ley al ejercicio de la patria potestad y una circunstancia negativa; que no estén incapacitados ni impedidos para dicho ejercicio.

De lo anterior se desprende que serán sujetos activos aquellos que deban desempeñar el cargo, esto es, los ascendientes a los que la ley les confiere este derecho; y serán sujetos pasivos aquellos sobre los que se ejerce este derecho, o sea los menores.

Al abordar el estudio de este punto, debemos formular una distinción que influye sobre las personas que son designadas por las leyes para el ejercicio de la patria potestad. Esta distinción es en relación a los hijos matrimoniales, extramatrimoniales o finalmente, hijos adptivos; ya que no pueden sustraerse a la realidad estas situaciones que influyen en cuanto al ejercicio de la patria potestad.

Para considerar ordenadamente estas personas llamadas legalmente al ejercicio de la patria potestad.

La patria potestad sobre los hijos de matrimonio se ejerce por el padre y la madre; por el abuelo y abuela paternos ; por el abuelo y abuela maternos, según lo establece el artículo

lo 44 del Código Civil.

El artículo 415 del mismo ordenamiento señala que cuando los dos progenitores han reconocido al hijo nacido fuera del matrimonio y viven juntos, ejercerán ambos la patria potestad.

El artículo 380 del mencionado texto legal se hace mención que cuando el padre y la madre que no viven juntos reconozcan al hijo en el mismo acto, convendrán cual de los dos ejercerá su custodia y en caso de que no hicieran ésto, el juez de lo familiar del lugar, oyendo a los padres y al ministro público, resolverá lo que creyere más conveniente a los intereses del menor.

En el caso de que el reconocimiento se efectúe sucesivamente por los padres que no vivan juntos, ejercerá la custodia el que primero hubiere reconocido, salvo que se conviniere otra cosa entre los padres y siempre que el juez de lo familiar del lugar no creyere necesario modificar el convenio por causa grave, con audiencia de los interesados y del Ministerio Público; así lo establece el artículo 381 del Código Civil.

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

El artículo 417 señala que cuando los padres del hijo nacido fuera del matrimonio viven juntos, se separen, continuará ejerciendo la patria potestad, en caso de que no se pongan de acuerdo sobre ese punto, el progenitor que designe el juez, teniendo siempre en cuenta los intereses del hijo.

Respecto al hijo adoptivo; la patria potestad la ejerce
rán únicamente las personas que lo adopten.

El ascendiente que sobreviva, de los dos que en cada gra
do deben de ejercer la patria potestad conforme a lo dispues
to en el artículo 414, tiene derecho, aunque fuera menor , de
nombrar tutor en su testamento a aquellos sobre quienes la
ejerzan, con inclusión del hijo póstumo.

El nombramiento de tutor testamentario hecho en los tér
minos arriba señalados, excluye del ejercicio de la patria po
testad a los ascendientes de ulteriores grados.

Por lo que respecta a la tutela legítima , señalaremos
que se da cuando no hay quien ejerza la patria potestad, ni
tutor testamentario o cuando deba nombrarse tutor por causa
de divorcio. Este tipo de tutela corresponde a los hermanos,
prefiriéndose a los que sean por ambas líneas; o por falta o
incapacidad de los hermanos, a los demás colaterales dentro
del cuarto grado inclusive.

Si hubiere varios parientes del mismo grado, el Juez eli
girá entre ellos al que le parezca más apto para el cargo; pe
ro si el menor hubiere cumplido dieciseis años, él hará la
elección.

Para finalizar este punto, se mencionará que si faltara
alguna de las dos personas a quienes corresponde ejercer la
patria potestad, la que quede continuará en el ejercicio de
ese derecho así lo establece el artículo 420 del Código.
Civil.

4.- Consecuencias, deberes y derechos de los sujetos activos de la Patria Potestad.

Como consecuencia, la patria potestad, tiene un contenido de orden natural (La protección y a veces afectivo , "La adopción" de carácter ético el deber de mirar por el interés de la prole) y un aspecto social. La misión que corresponde a los padres de forma hombres útiles a la sociedad . "Desde el punto de vista natural. No puede negarse que el ordenamiento jurídico, toma en cuenta el sentimiento de afecto y en interés de los progenitores para desempeñar ese cargo en la manera más eficaz". (5)

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres.

Como 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 , e intelectual y espiritual.

El contenido social de la patria potestad , se destaca que los poderes contenidos al padre y a la madre constituyen una potestad, de interés público; en cuanto que realizan esa

(5).- Rosa, Antonio, "De la Tutela Degli Incapari". Editorial Dott. A. Guiffre, Milan, 1962. Pág. 52.

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

Como deberes y derechos la patria potestad tiene derechos y obligaciones correctivas, que tienen los ascendientes, en tanto que son menores. Son poderes de duración temporal ya que se suspenden cuando el hijo es mayor de edad o antes si se emancipa ó bien por muerte.

Los que ejercen la patria potestad son legítimos representantes de los que están bajo de ella y tienen la admisión legal de los bienes que les pertenecen.

Es obligación de los que tienen al hijo bajo su patria potestad, educar convenientemente, al menor. También tienen la facultad de corregir y castigar mesuradamente. "La autoridad en caso necesario auxiliará a esas personas, haciéndolo uso de amonestaciones y correctivos que les presten el apoyo suficiente". (6)

(6).- Flores Gómez González, Gustavo Carbajal Moreno . Opus .
Pág. 280.

a) La guardia y la Custodia

Es necesario hablar sobre la situación en que quedan los menores respecto a quién ejercerá la patria potestad sobre su persona; una vez decretado el divorcio, sea éste necesario o por mutuo consentimiento.

Si bien es cierto, que anteriormente la madre era la persona idónea para el cuidado del menor y que, normalmente las madres reclaman y desean la custodia de sus hijos; en la actualidad la madre o el padre están aptos para el ejercicio de la patria potestad o para la guarda y custodia del menor, esto sin olvidar que salvo peligro grave para el normal desarrollo de los hijos, los menores de siete años deberán quedar al cuidado de la madre.

Como se mencionó en la introducción del presente trabajo; es necesario hablar un poco y de manera concreta de los dos tipos de divorcio que contempla nuestra legislación para hacer más clara la situación respecto a la guarda y custodia.

Respecto al divorcio voluntario, el artículo 273 del Código Civil establece las medidas necesarias para la protección del menor y de los mismos cónyuges, tanto durante el procedimiento como después de ejecutariado el divorcio.

Sin profundizar sobre estas medidas, podemos decir que ambos excónyuges conservan la patria potestad sobre sus hijos menores. En el convenio que se anexa a la solicitud de divorcio y que fué aprobado por el Juez de lo Familiar y por el Ministerio Público queda establecido lo relativo a la guarda y custodia, así como el sostenimiento, de los hijos.

Por lo que respecta a la guarda y custodia en el divorcio necesario, en el artículo 282 del Código Civil se establecen los criterios para la protección del menor, pero, a diferencia del divorcio voluntario, solo mientras dure el juicio.

El juez al dictar sentencia; condena a uno de los cónyuges, al culpable, a la pérdida de la patria potestad y otorga ésta al inocente así como su guarda y custodia, pero puede darse el caso de que los dos cónyuges fueran culpables; situación que ha previsto la legislación y en éste supuesto los hijos quedarán al cuidado del ascendiente que corresponda, según lo establecido por el artículo 414 del Código Civil, y en caso de faltar alguno de los llamados a ejercerla se les nombrará tutor.

El padre y la madre aunque pierdan la patria potestad quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos, sin embargo las obligaciones a que alude este artículo no siempre es posible cumplirlas cuando uno de los cónyuges ha perdido la patria potestad y no vive con sus hijos, ni mucho menos tiene la oportunidad de educarlos, ayudarlos asistírtelos y en general, cumplir todas las obligaciones que, no siendo de carácter patrimonial, exigen la presencia personal del cónyuge que fué privado del ejercicio de la patria potestad.

Retomando lo dicho tanto en el divorcio voluntario como en el divorcio necesario, podemos decir que en el primero la guarda y custodia es ejercida por ambos cónyuges y en el segundo ésta queda bajo el cónyuge inocente más no así para el cónyuge culpable.

A manera de comentario podemos decir que es criticable que aunque se pierda la patria potestad se quede sujeto, el cónyuge culpable a todas las obligaciones que se tienen para con los hijos ya que al no tener la guarda y custodia cómo ha ce efectivas esas obligaciones, desde luego que las patrimoniales no existen ningún problema, pero las efectivas y la de asistencia; pero éste punto de vista es sólo para dejar plasmada una inquietud.

"La guarda del menor hijo, implica esencialmente la pose sión, vigilancia, protección y cuidado del menor, y constitu ye una de las prerrogativas de la patria potestad; dicha guar día no puede entenderse desvinculada de la posesión material del menor hijo, porque tal posesión es un medio indiscutible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procu rarlo en la satisfacción de todas sus necesidades".

Amparo Directo 4029/67, Febrero de 1969 Mayoría de Votos.
Tercera Parte: Vol. LXV. Pág. 234, Lucio Acevedo Aguilar.

b) El Derecho-Deber de Vigilancia

La autoridad paterna se ejerce sobre la persona y bienes del menor.

La atribución de esta función protectora de los hijos me nores descansa en la confianza que inspiran por razón natural, a los ascendientes, para desempeñar esta función.

"El deber de obediencia no debe confundirse con el de honrar a los progenitores, ya que éste último es un deber del hijo, como tal, cualquiera que sea su edad; en cambio, el de-

ber de obediencia está específicamente conexo a la patria potestad". (7)

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; así lo establece el artículo 421 del Código Civil.

El menor tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad; esto es, que el menor tiene la obligación, pero también el derecho de no abandonar la casa de los ascendientes a cuya autoridad está sometido.

De la obligación de vigilancia y corrección del hijo se desprende la responsabilidad en que incurren las personas que ejercen sobre él la patria potestad, por los daños y perjuicios causados por los menores que están bajo su poder y que habiten con ellos.

Los artículos 1919 y 1922 del Código Civil establecen que cuando los daños y perjuicios que cometan los menores, en contrándose éstos bajo la vigilancia y autoridad de otras personas como directores de colegios, talleres, etc.; éstas asumirán la responsabilidad que se trate; esto es cesa la responsabilidad de parte de los ascendientes que ejercen la patria potestad, ya que los menores no se encontraban en ese momento bajo su vigilancia.

El derecho - deber de vigilancia debe entenderse como la función que desempeña el ascendiente sobre el menor, más no a

(7).- Barbero Domenico. Ob. Cit. Pág. 151.

la inversa, ya que el beneficio que se busca es hacia el menor así como también evitar daños y perjuicios que se pudieran cometer contra terceros.

c) El Deber de Educación

Las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad incumbe la obligación de educar lo convenientemente, sin olvidar que la educación dependerá de los medios y condiciones de los padres y la vocación y aptitudes del hijo; ya que se debe entender las posibilidades y condiciones de los padres, nuevamente, a la fuerza, aptitud y vocación del hijo, y hasta las situaciones anormales en que éste pueda hallarse, por enfermedad, por debilidad mental, o por otros motivos análogos.

La constitución política de los Estados Unidos Mexicanos establece, en el artículo 31, que son obligaciones de los mexicanos hacer de sus pupilos, menores de quince años, concurrir a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar durante el tiempo que marca la ley de instrucción pública en cada Estado.

Nuestro Código Civil señala, en su artículo 422, que a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente.

Así la obligación que establece el artículo anterior para las personas que ejercen la patria potestad de educar convenientemente al hijo; y para poder ejercer mejor esa función podrán recurrir, en caso necesario, a las autoridades que deben prestar apoyo a los padres.

Para una mejor educación, los padres pueden corregir a los hijos de una manera directa; esto es, la que realizan ellos mismos sin la intervención de alguien; o por medio del auxilio del Estado que sería la corrección indirecta, ésta última señala por el artículo 423 del Código Civil que establece que las autoridades, en caso necesario, auxiliarán a los que ejerzan la patria potestad haciendo uso de amonestaciones y correctivas que les presenten el apoyo suficiente; así como que los ascendientes tienen que observar una conducta que sirva de ejemplo a los descendientes para poder ejercer la facultad de corregirlos.

"Para decidir sobre la educación, formación y atención de los hijos los dos progenitores tienen los mismos derechos para estos asuntos sobre sus hijos; esto es, que a nadie se le reserve algún derecho en especial para poder ejercerlo sobre menor".⁽⁸⁾

Para finalizar, en el artículo 53 de la Ley Federal de Educación se señala que los que ejerzan la patria potestad sobre los menores de quince años; tienen la obligación de proporcionarles la educación primaria.

d) El Deber de Asistencia

Otra de las obligaciones que tiene el ascendiente hacia el descendiente es la asistencia, que es regulado por el artículo 308 del Código Civil y que establece como asistencia

(8).- Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho"
Relaciones Jurídicas Paterno Filiales. Editorial Porrúa,
S. A. México, 1985. Pág. 78.

hacia el menor la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad.

Respeto de los menores, los alimentos comprenden; además los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista, y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales.

Es necesario señalar que la asistencia hacia el menor no incluye dotación de capital; este es, recursos económicos proporcionados de manera directa de parte del ascendiente hacia el menor.

La obligación alimenticia que deben cumplir en primer lugar los padres respecto de los hijos, no es específica de la patria potestad; tiene su fuente en el parentesco, puesto que no desaparece con la mayoría de edad del hijo.

La obligación de los padres de dar alimentos a sus hijos y el deber de estos últimos de proporcionarlos a sus padres, artículo 303 y 304 del Código Civil, es una parte integrante del deber de criar al hijo menor, mientras permanece en la patria potestad, pero la obligación alimenticia subsiste, aunque termine aquélla, cualesquiera que sea la edad del hijo, otro límite que la posibilidad del que debe darlos y la necesidad del que debe recibirlos.

Mientras subsiste la autoridad paterna, la obligación alimenticia que se impone a los ascendientes en favor de los hijos, presenta la característica de que, cuando quienes la ejercen disfrutan la mitad del usufructo de los bienes del hijo el importe de los alimentos se deducirá de dicha mitad

hasta donde alcance a cubrirlos y sólo el exceso.

e) El deber de Representación

Las personas físicas adquieren plena capacidad de ejercicio a partir de los dieciocho años cumplidos. Antes de llegar a ésta edad, el menor ejerce sus derechos y cumple sus obligaciones, por medio del representante legítimo (persona que ejerce la patria potestad o el tutor).

El derecho presume que el menor no tiene el necesario discernimiento para decidir por propia voluntad, la realización de actos jurídicos. El artículo 450 del Código Civil establece que tienen incapacidad natural y legal; los menores de edad, los mayores de edad privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir; los ebrios consuetudinarios y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervantes.

La representación legal del menor no emancipado, corresponde a los ascendientes que ejercen la patria potestad; ya que es claro aquel que desempeña esa función protectora y ha asumido la responsabilidad de actuar en interés del hijo, tenga a su cargo la representación de éste, supliendo su incapacidad en la celebración de todos aquellos actos y contratos que el hijo no puede llevar a cabo por su minoría de edad.

El artículo 424 del Código Civil.- Establece que el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento de que o de los que ejerzan aquél derecho. En caso de

irracional disenso, resolverá el Juez.

Esta última parte del artículo se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio.

El artículo 427 del mismo ordenamiento señala que la persona que ejerza la patria potestad representará también a los hijos en juicio pero no podrá celebrar ningún arreglo para terminarlo si no es con el consentimiento expreso de su consorte y con la autorización judicial cuando la ley lo requiere expresamente.

Es natural que si la patria potestad es ejercida por los dos cónyuges, alguno de ellos, al realizar cualquier acto tenga que contar con la aprobación del otro. Por lo que respecta a los casos de contar con la autorización judicial, no es más que para dar una mayor protección al menor; como sería en el caso de disposición de bienes del menor.

f) La Administración de los Bienes del Sujeto a Patria Potestad.

La administración de los bienes de los hijos no debe considerarse renunciable ni delegable por parte de quienes ejercen la patria potestad.

La administración es de interés público y social, y constituye un deber de asistencia y protección más que un derecho. Si se admitiera la delegación en favor del hijo se desvirtuaría la finalidad que persigue la ley; si se permitiera en fa-

vor de un tercero sería igual.

La patria potestad crea efectos no sólo sobre la persona del hijo; de ella derivan otras consecuencias, de carácter patrimonial. Los ascendientes que la ejercen administran los bienes del menor y lo representan en toda clase de actos y contratos, en juicio y fuera de él; sin embargo, esta facultad de administración sobre los bienes del menor no comprenden la gestión de todo el caudal del hijo. La administración y el usufructo de los bienes que el menor ha adquirido por su trabajo, corresponden a éste último.

En cuanto a los bienes que el hijo ha adquirido por causa distinta de su trabajo (herencia, legado, donación) la propiedad y la otra mitad del usufructo corresponde a las personas que ejercen sobre él la patria potestad.

Sin embargo, si adquiere bienes por herencia, legado o donación; el testador, legatario o donante pueden excluir a las personas que la están ejerciendo del usufructo de los bienes que la están ejerciendo del usufructo de los bienes que constituyen la herencia, el legado o la donación según sea el caso.

La administración de los bienes del menor no otorga a quienes la ejercen, la facultad de disponer libremente de los bienes del hijo.

Sin embargo, dentro de la administración de los negocios del menor, es necesario disponer de ciertos bienes para una buena administración. Los actos de administración son todos aquellos que tienden a la conservación de los bienes que for-

ma el patrimonio y a la percepción de los frutos que éste pro
duzca.

Por lo que todos los actos de disposición, van a ser aquellos que tienen como finalidad la sustitución de un bien determinado por otro de igual o mejor naturaleza; así como aquellos actos que producen la disminución del patrimonio, como ocurre en el caso de la donación.

Quedan comprendidos dentro del concepto de actos de disposición de los que tiene por efecto comprometer el crédito del menor o constituir un gravamen real, sobre algún bien que pertenezca a éste (hipoteca, prenda, fianza, constitución de servidumbres, etc.).

En ciertos casos, en protección de los intereses del menor será necesario que quienes ejercen la patria potestad, dispongan de ciertos bienes que forman parte del patrimonio. En este caso las personas que la ejercen, no obstante que tienen la representación del menor, excederían las facultades administrativas que les corresponden, si se les permitiera ejecutar libremente actos de disposición; por ello los ascendientes no pueden enajenar ni gravar de manera alguna los bienes muebles preciosos que corresponden al hijo, sin previa autorización del juez de lo Familiar, ante quien deberá probarse la absoluta necesidad o evidente beneficio para el menor; con la ejecución de estos actos.

Otorga esta autorización judicial, el Juez de lo Familiar que conceda la licencia, deberá cuidar el producto de la venta se dedique al objeto para el que se destinó y que el saldo se invierta en la adquisición de un inmueble o se impon

ga con segura hipoteca en favor del menor; además el precio de la venta, se depositará en una institución de crédito y quien ejerza la patria potestad, no podrá disponer de él, sin orden judicial.

Puede darse la situación que el caso de extrema necesidad el ascendiente no diera aviso al Juez de lo Familiar; supongamos una circunstancia de enfermedad, en ésta situación existiría una nulidad relativa, pero una vez que comprobará, el ascendiente, la extrema necesidad dejaría de existir la nulidad.

Al tenor del artículo 441 del Código Civil se establece que 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 hubiera cumplido ca torce años o del Ministerio Público en todo caso.

A su vez el artículo 442 del mismo ordenamiento señala que las personas que ejerzan la patria potestad deben entre - gar a sus hijos luego que estos se enmancipen o lleguen a la mayor edad todos los bienes y frutos que les pertenece.

De los artículos 441 y 442 se desprende que las personas que ejercen la patria potestad están obligadas a reparar los daños que caucen al menor sujeto a ella, por su mala administración y que teniendo en cuenta que la función de la patria potestad es el cuidado de la persona del hijo y la conservación de sus bienes están obligados a reparar el daño y el perjuicio que caucen el descendiente, por los actos que dañen la

conservación del patrimonio del hijo, cuando no se han extremado la atención que un diligente padre de familia pondría en el cuidado y conservación de los bienes de su hijo.

g) El Usufructo de las Personas que Ejercen la Patria Potestad.

El usufructo que tienen los padres sobre los bienes de los hijos es de naturaleza particular, por razón misma de su afectación familiar.

Los ingresos del menor quedan afectados, ante todo a su alimentación.

Los gastos de alimentación deben de ser proporcionados a la fortuna del mismo.

Por lo tanto, los padres no pueden conservar de los productos más que aquello que exceda cuanto es necesario para la alimentación y educación del menor conforme a su fortuna.

"El usufructo es del derecho real y temporal de disfrutar de los bienes ajenos". (9)

Los bienes del hijo, mientras esté en la patria potestad, se dividen en bienes que adquiera por su trabajo y bienes que adquiera por cualquier otro título. Los bienes de la primera

- - - - -
(9).- Borja Soriano Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". Editorial Porrúa, S. A. México 1985. Pág. 585 y sigs.

clase pertenecen en propiedad, administración y usufructo del hijo. 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 corresponde a las personas que ejerzan la patria potestad.

Sin embargo, si los hijos adquieren bienes por herencia, legado o donación y el testador o donante han dispuesto en el usufructo pertenezcan al hijo o que se destine a un fin determinado, se estará a lo dispuesto.

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

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

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

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

II.- Cuando contraigan ulteriores nupcias;

III.- Cuando su administración sea notoriamente ruinosa para los hijos.

Sobre este artículo del Código Civil podemos decir que entre las muchas obligaciones del ascendiente hacia el menor está el cuidado de sus bienes, es por ello que la legislación exige que se otorgue garantía en los casos a que se refiere el citado artículo; ya que estando en los supuestos a que se hacen mención se estaría poniendo en peligro los bienes del menor y por ende su mala administración.

Art. 438.- El derecho de usufructo concedido a las personas que ejercen la Patria Potestad, se extingue:

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

II.- Por la pérdida de la Patria Potestad,

III.- Por renuncia.

Por otra parte, las personas que ejerzan la Patria Potestad deben de entregar a sus hijos, luego que éstos se emancipen o lleguen a la mayor edad, todos los bienes y frutos que les pertenecen.

El derecho del usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

No pueden los padres disponer del derecho del usufructo

sobre los bienes del hijo, más que renunciándolo en favor del menor en los términos establecidos en el artículo 431 del Código Civil.

En el supuesto que ambos cónyuges fueran culpables en una controversia de divorcio, el derecho de usufructo legal se extingue.

El derecho del usufructo existe tanto en la familia legítima como en la familia natural.

5.- Consecuencias, Deberes y Derechos de los Sujetos a la Patria Potestad.

Con una norma de carácter totalmente ético, inicia el legislador la regulación de esta figura, norma que transcribimos, Art. 411: "Los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad y condición, deben honrar y respetar a sus padres y demás ascendientes". No sólo la ética de todos los tiempos y lugares, sino todo sistema religioso, recoge esta máxima: el deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes. Así el decálogo cristiano señala en su cuarto mandamiento; "Honrarás a tu padre y a tu madre". Este es por tanto, el deber supremo de los hijos que recoge la ley aunque el mismo es, a todas luces, un principio de carácter incoercible. Máxima, por otro lado, no derivada de la patria potestad, sino de la calidad de hijo, de la filiación misma, no importando la edad, el estado o condición de los mismos.

El segundo deber que señala la ley es el de no dejar la casa de los que ejercen la patria potestad sin permiso de

ellos o decreto de la autoridad competente. Así el sujeto a patria potestad debe vivir en el lugar que le designen quienes la ejercen, que normalmente es la misma habitación de unos y otros. Recordemos que los menores de edad tienen domicilio legal y éste es el de los que ejercen la patria potestad o la tutela.

Los demás derechos y obligaciones de los sujetos a patria potestad son los correlativos a los deberes y facultades de quienes la ejercen.

Derechos y Obligaciones de los que Ejercen la Patria Potestad

Estos derechos y obligaciones tienen un doble carácter : respecto a la persona de los descendientes y respecto a sus bienes.

Respecto a la Persona de los Menores.

a) Representación legal, b) Designación de domicilio ,
c) Educación, corrección y ejemplaridad, d) Nombramiento de tutor testamentario.

a) Representación legal.

Como los menores de edad son incapaces de ejercicio, actuarán en su nombre los que ejercen la patria potestad. Por ello "el que está sujeto a la patria potestad no puede comparecer en juicio, ni contraer obligación alguna, sin expreso consentimiento del que o de los que ejerzan aquel derecho. En

caso de irracional disenso, resolverá el juez" (Art. 424) . Esta última parte del Art, 424 transcrito se aplica particularmente en el caso de que los que ejercen la patria potestad nieguen su consentimiento para que el menor de edad contraiga matrimonio (ver lo relativo a requisitos para contraer matrimonio).

b) Designación de domicilio.

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho -deber de custodiar al menor, de vivir con él, y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas, parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero. La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de que debe ser siempre en interés del menor.

c) Educación, corrección y ejemplaridad.

La ley señala que, a las personas que tienen al hijo bajo su patria potestad, incumbe la obligación de educarlo convenientemente. El deber de educación es parte de los alimentos. En el capítulo relativo a esta materia (Art. 308) se determina que la educación mínima debe ser la primaria y la preparación para que el menor pueda tener un medio de trabajo para bastarse a sí mismo: existe la obligación de proporcionarle los medios para que adquiera algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a sus sexos y circunstancias perso-

nales. Normalmente coincide en un mismo sujeto el ejercicio de la patria potestad y el deber de alimentos con respecto al menor; pero no tienen que ser forzosamente concomitantes. En ciertas ocasiones, por ejemplo, el o los progenitores que sustentan la patria potestad pueden tener muy limitados sus recursos de manera de no poder proporcionar alimentos a sus hijos. Si existen otros parientes en el orden que señala la ley: abuelos, hermanos mayores, tíos, etc., con la suficiente capacidad para proporcionar los alimentos, recaerá en ellos esta obligación, sin que ello implique la pérdida de la patria potestad de quien la ejerce y no tiene capacidad alimentaria. Un ejemplo: una madre que enviude y que quede con uno o varios hijos menores y el caudal hereditario del padre haya sido nulo o insuficiente; si los abuelos de una u otra línea tienen recursos, deberán proporcionar los alimentos necesarios a los nietos. En este caso la madre continuará con el ejercicio de la patria potestad y con la obligación de educar a sus hijos "convenientemente", para lo cual el deudor alimentario proporcionará los recursos necesarios.

El deber de educar implica forzosamente la conducta correctiva. La ley señala escuetamente esta facultad en el Art. 423: "...los que ejerzan la patria potestad o tengan hijos bajo su custodia tienen la facultad de corregirlos...". Anteriormente el mismo Art. señala: "Los que ejercen la patria potestad tienen la facultad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente". Por reforma de diciembre de 1974 se suprimió la facultad de castigar; pues con gran frecuencia los padres abusaban de esta facultad imponiendo castigos corporales a sus hijos que implicaban auténticas lesiones. Si las mismas tardaban en sanar menos de quince días no configuraban el delito de lesiones si se habían efectuado en el ejercicio del

derecho de castigar (Art. 294 C.P.). Era realmente la autorización legal a la bárbara costumbre de maltratar físicamente a los menores de edad. Aunque el maltrato a los menores si- gue siendo por desgracia una práctica generalizada y que se da en todos los niveles socio culturales, ya no existe la san- ción legal a la misma, aunque el maltrato pudiera considerar se leve.

Suprimida la facultad de castigar que otorgaba anterior- mente el Código Civil en el ejercicio de la patria potestad , las lesiones que los padres o abuelos infieran a sus hijos o nietos ya no corresponderán al ejercicio de un derecho.

Derogado el Art. 294 del Código Penal, lo relativo a las lesiones infringidas por los que ejercen la patria potestad quedó de la siguiente manera Art. 295 C.P.:

Al que ejerciendo la patria potestad o la tutela infiera lesiones a los menores o pupilos bajo su guarda, el juez po- drá imponerle, además de la pena correspondiente a las lesio- nes, suspensión o privación de aquellos derechos.

Sin embargo queda vigente el Art. 347 del propio Código Penal que prescribe:

Los golpes dados y las violencias simples hechas en ejer- cicio del derecho de corrección, no son punibles.

El derecho a castigar ha sido cambiado en el texto del Art. 423, obligando a los que ejercen la patria potestad a "observar una conducta que sirva a éstos de buen ejemplo". En comiable reforma, si tenemos en cuenta que nada es mayormente

educativo que el buen ejemplo". Encomiable reforma, si tenemos en cuenta que nada es mayormente educativo que el buen ejemplo.

Para el cumplimiento del deber de educación la ley prevee los medios de obligar a quien no cumpla con esta obligación permitiendo que se denuncien estas omisiones a los Consejos Locales de Tutelas para que éstas a su vez lo comuniquen al Ministerio Público que deberá promover lo que corresponda (Art. 422). Lo que corresponda será según el caso, amonestar o apercibir a quien no cumple esta obligación, por el juez de lo familiar, o suspenderlo en el ejercicio de la patria potestad o inclusive hacerlo perder tal derecho.

Por otro lado, los padres o abuelos podrán pedir el auxilio de las autoridades para que les presten su apoyo en el ejercicio de educar y corregir, a través de las amonestaciones y correctivos necesarios (Art. 423 in fine).

a) El Domicilio Legal del Menor Sujeto a la Patria Potestad.

El domicilio es el lugar donde una persona reside habitualmente con el propósito de establecerse en él; a falta de éste; el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios y a falta de uno y de otro, el lugar en que se halle.

Se presume como propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside en él por más de seis meses.

Como elementos esenciales para determinar el domicilio encontramos la residencia constante y el asiento principal de

los negocios, con la voluntad de permanecer en dicho sitio.

Diferenciando los conceptos entre residencia; domicilio, habitación. La residencia es la estancia temporal de una persona en algún lugar determinado, pero sin el propósito de establecerse en él. El domicilio en cambio, es el centro, el vértice de la vida jurídica de las personas. El término habitación, es sumamente restringido, pues significa tan sólo casa, vivienda, hogar o morada de alguna persona.

El domicilio puede ser de diversas especies, puede establecerse voluntariamente o por disposición de la Ley, en el primer supuesto el domicilio puede ser voluntario o convencional, en el segundo caso se denomina legal.

Domicilio Voluntario. Es el que adopta la persona por su propia voluntad; a su arbitrio pudiendo cambiarlo cuando mejor le parezca.

La Constitución establece en el artículo 2º que todos los individuos tienen el derecho de mudar de residencia sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otro requisito semejante.

Domicilio Legal. Es el lugar donde la ley le fija su residencia a una persona para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente.

Se considera domicilio legal:

I.- Del menor de edad no emancipado, el de la persona

a cuya patria potestad está sujeto;

II.- Del menor que no está bajo la patria potestad y del mayor incapacitado, el de su tutor;

III.- De los militares en servicio activo, el lugar en que están destinados;

IV.- De los empleados públicos, el lugar donde desempeñan sus funciones por más de seis meses.

Los que por tiempo menor desempeñan alguna comisión no adquirirán domicilio en el lugar donde la cumplan, sino que conservarán su domicilio anterior;

V.- De los sentenciados a sufrir una pena primitiva de la libertad por más de seis meses, la población en que la extingan, por lo que toca a las relaciones jurídicas posteriores a la condena; en cuanto a las relaciones anteriores, los sentenciados conservarán el último domicilio que hayan tenido.

Los padres o abuelos en su caso tienen el derecho y deber de custodiar al menor, de vivir con él y en este sentido está el deber de los últimos de no dejar la casa donde viven con quienes ejercen la patria potestad. Estos últimos pueden también encargar la custodia de sus descendientes menores a terceras personas; parientes o extraños o centros de educación, tanto dentro del país como en el extranjero.

La custodia pues, es un derecho que puede cumplirse personalmente o por intermediación, con la única limitación de

que debe ser siempre en interés del menor.

b) El Deber de Obediencia y Respeto del Menor Sujeto 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, respeto 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 o convivencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición (Art.411 del Código Civil) 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 impuestos por el Art. 411, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones, paterno filiales de la patria potestad misma y la consolidación de la familia.

Es la contrapartida por así decirlo; de principio en que descansa la autoridad paterna, que sólo se justifica si se

funda en la abnegación y sacrificio de los padres. "La naturaleza moral de este principio, explica porqué la norma establecida en el Art. 411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva legemius quam perfecta)". (10)

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos, se presenta en el estado de obediencia y respeto de los descendientes hacia los padres.

Por lo que respecta a que el ascendiente tiene el derecho de corrección y castigo, éste derecho a evolucionado ampliamente desde la facultad hasta considerarse que los malos tratos de los progenitores, éstos pueden llegarse a tipificar como delitos. El síndrome del niño golpeado ha sido motivo de estudio no sólo entre los penalistas sino también por parte de psicólogos, educadores, sociólogos y trabajadores sociales.

Desde el punto de vista del Derecho Civil los malos tratos son la causa de la pérdida de la patria potestad.

Los padres gozan de prerrogativas de pedir auxilio, por lo que hace a la educación de los niños, a toda clase de personas; se encuentran médicos, pedagogos, educadores, sacerdotes, y autoridades. Claro que habrá delitos del menor que hayan de perseguirse de oficio. Nuestras antiguas correccionales trataron siempre esos casos graves de reencaminar al ni

(10).- Galindo Garfias Ignacio. "Derecho Civil" primera parte Editorial Porrúa, S. A. México 1985. Pág. 677.

ño por el buen camino. Haciendo incapié que los padres tienen el derecho de corregir y castigar moderadamente a sus hijos legítimos, legitimados, naturales, reconocidos y adoptivos, en tanto no estén emancipados y autoriza aquéllos para que en apoyo de su potestad pidan auxilio a la autoridad gubernativa, que deberá otorgarlo.

Del Menor

El menor es la persona que está sometida a la patria potestad de sus padres o de otras personas, por estar en esta situación podemos considerarlo como; menor que no ha cumplido todavía los dieciocho años de edad y encontrarse con la Patria Potestad de sus padres o ascendientes o bien bajo la guarda y custodia de un tutor que se haya designado através del juez de lo familiar; serán menores de edad también las personas con menos de la edad adulta y que hayan sido adoptados, adrogados y reconocidos.

Para lograr esa finalidad tutitva que debe ser cumplida a la vez por el padre y por la madre, la patria potestad comprende con los menores un conjunto de poderes y deberes impuestos a los ascendientes, que estos ejercen sobre la persona y sobre los bienes de los hijos menores, para cuidar de éstos, dirigir su educación y procurar su asistencia, en la medida en que su estado de minoría lo requiera.

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

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DE LA PATRIA POTESTAD

1.- La Patria Potestad, ¿Es un Acto Jurídico?

Muchas han sido las definiciones que tratan de dar a conocer el significado del acto jurídico en general, de las cuales podemos citar la definición de Manuel Borja Soriano que dice, "es una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho que produce el efecto deseado, por su autor, porque el Derecho sanciona esa voluntad". (1) El Código Civil para el Distrito Federal dice que "convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" (Art. 1792 del Código Civil) . Pero por ser la patria potestad una institución contenida en el Derecho de Familia, creemos conveniente referirnos principalmente al concepto de acto jurídico familiar.

El concepto de acto jurídico familiar ha sido motivo de discrepancia entre los tratadistas del derecho, ya que algunos de ellos niegan su existencia, y otros están a favor de él.

(1).- Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones, Tomo I Editorial Porrúa S.A. México, 1985. Pág.120.

Tomando en consideración la postura de que existe un acto jurídico de índole familiar, nos referiremos a la definición que hace Rojina Villegas de éste.

Rafael Rojina Villegas, define a los actos jurídicos familiares como "aquellas manifestaciones de voluntad unilateral o plurilateral que tienen por objeto crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones de carácter familiar o crear situaciones jurídicas permanentes en relación con el estado civil de las personas". (2)

Esta definición contiene los elementos de existencia que la Teoría de Acto Jurídico presupone necesarios para la concepción del acto jurídico como tal. Dichos elementos son :
a) La declaración de la voluntad y b) El objeto del acto .

Para el desarrollo del presente tema, de que si la patria potestad es un acto jurídico, considero necesario hacer a manera de introducción este planteamiento, debido a que no se puede dilucidar algo si no se conoce su fundamento.

Después de entender la naturaleza del acto jurídico familiar, puedo afirmar que la patria potestad, si es un acto jurídico y enseguida trataremos de sustentar esta afirmación.

En primer término, la patria potestad es una manifestación de voluntad que hacen los ascendientes desde el momento en que reconocen a un hijo ya sea nacido dentro de matrimonio

(2).- Rojina Villegas Rafael. Derecho Civil Mexicano, Tomo II
Derecho de Familia. Editorial Porrúa México 1983. Pág.98

o fuera de él, ya que este hecho, no impide el ejercicio de la patria potestad. Este reconocimiento del hijo da como nacimiento la relación paterna filial, una de las bases en que se sustenta la patria potestad.

En las relaciones que surgen por motivo de la adopción existe una clara manifestación de voluntad que hacen los adoptantes de querer ejercitar la patria potestad sobre el adoptado, aceptando tácitamente todas las obligaciones y derechos que este acto contiene.

Esta manifestación de voluntad, la podemos llamar plurilateral, debido a que existe una concurrencia de más de dos voluntades, por ejemplo, para que se dé la adopción deben concurrir el adoptante, los padres del adoptado, éste si es mayor de catorce años, el que ejerza la patria potestad sobre el menor que se trata de adoptar o el tutor en su caso.

Como segundo elemento de nuestra aceveración, señalaremos que la manifestación de voluntad debe tener por objeto crear, modificar o extinguir derechos familiares o situaciones jurídicas permanentes respecto al estado civil de las personas.

En la patria potestad al establecerse la relación paterno filial, se crean obligaciones para los padres de cumplir con los deberes consensientes al cuidado y educación de los hijos, y a su vez, los correlativos derechos de éstos para recibirlos. También se crea para los hijos la obligación de honrar y respetar a sus padres.

Es posible también hablar de la extinción de los dere -

chos y obligaciones en la patria potestad, cuando el hijo ha alcanzado la mayoría de edad o cuando siendo menor contrae nupcias, así como cuando el que ejerce la patria potestad fallece.

Existe modificación en la patria potestad, cuando alguno de los ascendientes se excusa para ejercerla o cuando se pierde de este derecho por alguno de los casos que la ley previene.

Por último podemos decir, que la patria potestad crea una situación jurídica permanente en relación al estado civil de las personas, debido a que la calidad de padre e hijo no se pierde con el simple transcurso del tiempo.

2.- La Patria Potestad, ¿es un Deber Jurídico?

Las relaciones jurídicas familiares son un conjunto de deberes, derechos y obligaciones que se atribuyen a personas integrantes de la familia, y su finalidad es lograr que ésta cumpla su objeto y fines.

Los supuestos contenidos en la norma se actualizan por los hechos y actos jurídicos que generan obligaciones y los correspondientes derechos, según la Teoría General de la Obligaciones. En el Derecho de Familia encontramos más claramente que en alguna otra rama del Derecho, además, la existencia de deberes jurídicos.

El deber jurídico presupone la existencia de una norma jurídica, aún cuando reconoce más que las otras obligaciones la influencia de la moral y de la religión.

Algunos tratadistas del Derecho han negado la existencia del deber jurídico; sin embargo, no es posible desconocer la existencia de una serie de responsabilidades que no pueden exigirse o no pueden exigirse plenamente en la forma en que se demandan las obligaciones que corresponden a los derechos de otra parte.

A este respecto el autor Manuel Chávez Ascencio señala que "La relación familiar se funda en deberes más que en obligaciones. Ciertamente es que teóricamente los deberes se pueden exigir y como responsabilidad se pueden demandar, pero no se requiere su exigencia o demanda para que se den los deberes". (3)

En el complejo de las relaciones jurídicas que forman a 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 jurídico de respeto y obediencia, el deber de atención y socorro hacia los padres, y el deber de convivencia.

El deber de honrar y respetar a los padres y demás ascendientes cualesquiera que sea su estado, edad y condición Art. 411 del Código Civil para el Distrito Federal, no se extingue al terminar la patria potestad. Durante el estado de

(3).- Chávez Ascencio Manuel, " La Familia del Derecho ".
Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares
Editorial Porrúa México. 1990 Pág. 352.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

minoridad del hijo y mientras se encuentra bajo la autoridad de sus padres, el deber jurídico de respeto y honra impuesto por el Art. 411, lleva anexo el deber de obediencia hacia los ascendientes que ejercen la autoridad paterna.

Por su contenido moral el deber jurídico de honra y respeto hacia los ascendientes, aparte de que no puede ser considerado simplemente como un efecto de la patria potestad, es el fundamento ético de las relaciones, paterno filiales, de la patria potestad misma y de la consolidación de la familia. Es la contrapartida por así decirlo, del principio en que descansa la autoridad paterna, que solo se justifica si se funda en la abnegación y sacrificio de los padres. La naturaleza moral de este principio, explica por que la norma establecida en el Art.411 del Código Civil, carece de una fuerza coercitiva, que como ya se dijo, esa es una de las características más importantes del deber jurídico.

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. 421 del Código Civil. El hijo menor de edad, tiene el deber de convivir con los padres o ascendientes, en ejercicio de la patria potestad.

Pero no solo los sometidos a la patria potestad están conferidos a observar el cumplimiento de deberes, también los que la ejercen están sujetos a ellos.

Los deberes jurídicos primordiales que se les imponen a los padres o ascendientes son:

- 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; y
- f) La administración de los bienes del menor.

Con base a lo expresado, podemos afirmar que la patria potestad como se concibe en nuestra legislación, si es un deber jurídico, debido a que contiene los elementos primordiales de éste, tiene un alto contenido de la moral y alguna de sus disposiciones carecen de una fuerza coercitiva que exija su cumplimiento.

Para reafirmar la postura del deber jurídico en la patria potestad, podemos tomar en consideración el análisis que hace Rojina Villegas en su obra de Derecho Civil Mexicano, en relación a los deberes subjetivos familiares al definirlos como "los distintos estados de sujeción jurídica en los que se encuentran colocados respectivamente un cónyuge frente al otro, los incapaces en relación con los que ejercen la patria potestad y los parientes entre sí". (4)

En el derecho moderno se ha reglamentado el ejercicio de la patria potestad como un deber jurídico, considerandolo como una función social, a efecto de que más que un conjunto de derechos implica una serie de deberes y responsabilidades en

(4).- Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano. Tomo II, Editorial Porrúa México 1983. Pág. 92.

beneficio de los hijos menores.

3.- La Patria Potestad, ¿es una obligación?

a) La Patria Potestad como Obligación Moral.

Mucho se ha discutido acerca de la existencia de las obligaciones morales, debido a que éstas, no contienen un interés económico para su existencia.

La Teoría General de las Obligaciones no concibe a ninguna obligación sin un contenido pecuniario, o que no conlleve el interés de acrecentar el patrimonio del acreedor.

Refiriéndose a esta contraposición de ideas, el Lic. Ernesto Gutiérrez y González, ha expresado lo siguiente: "Tradicionalmente se ha considerado que el objeto de las obligaciones debe ser en sí mismo susceptible de apreciación pecuniaria y además aportar para el acreedor una ventaja apreciable en dinero; como consecuencia lógica, se ha pensado que el acreedor debe tener interés pecuniario en el cumplimiento de las obligaciones". (5)

Después señala que en el concepto de la obligación cabía un aspecto moral, de donde se pregunta si resulta indispensable saber si las obligaciones siempre van a tener un contenido

(5).- Gutiérrez y González Ernesto, Derecho de las Obligaciones. Editorial Cajica. Puebla México, 1980 Pág. 88.

do, un objeto pecuniario o si bien pueden tener un contenido diverso, un contenido moral o afectivo.

Para entender este problema, se considera necesario precisar el contenido del patrimonio, el cual la Teoría Clásica lo define como "un conjunto de bienes, derechos y obligaciones apreciables en dinero y constituyen una universalidad" . Es decir, se ligó la idea de patrimonio a la idea de dinero , a la idea pecuniaria.

Este criterio, con el tiempo comenzó a sufrir modificaciones y se afirmó que las obligaciones podían tener también un contenido moral. En esta forma, aquellas obligaciones que tenían un contenido no pecuniario, no de dinero, se les empezó a considerar en el campo del derecho, atribuyéndoles una naturaleza extra patrimonial y denominándoles " Obligaciones Morales ".

La existencia de obligaciones morales de contenido no pecuniario está manifiesta en nuestro Código Civil Vigente, en diversas materias incluida la patria potestad.

Como ejemplo podemos citar varios puntos en que se hace patente la obligación moral dentro de la patria potestad. En primer término podemos decir que los ascendientes tienen la obligación de ejercer la patria potestad sobre sus hijos independientemente que éstos sean concebidos dentro de matrimonio o no. Nuestra Ley regula en sus Arts. 415 y 417 lo relativo a los hijos nacidos fuera de matrimonio, y las obligaciones que contraen sus padres, lo que tiene un fuerte carácter moral.

En cuanto al derecho que tienen los padres de corregir a los hijos, facultad que establece el Art. 423 del Código Civil, existe como contraprestación la obligación moral del hijo de obedecer a su padre.

En el concepto de la patria potestad actual no existe ya un poder absoluto de los padres sobre los hijos, ni en relación a su persona ni en relación a los bienes, razón por la cual se han prohibido los actos de dominio sobre los bienes inmuebles o bien los muebles preciosos, teniendo el padre la obligación de guardarlos y protegerlos hasta que el hijo sea capaz de administrarlos por sí mismo. Esta obligación es de carácter moral ya que el padre no obtendrá un lucro por el ejercicio de la administración de los bienes del hijo.

Refiriendonos a la pérdida o suspensión de la patria potestad, es palpable la influencia de preceptos morales, pues fundamentalmente las causas que tienen como consecuencia la pérdida de este derecho son de carácter moral y tienden directa o indirectamente a la protección del menor.

En el Art. 444 de el Código Civil encontramos como causas que tienen gran influencia de la moral las siguientes : Cuando quien la ejerza hubiere sido condenado por delito grave; en los casos de divorcio; cuando por costumbres depravadas o malos tratos, o abandono de los deberes pudiere comprometer la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la sanción de la ley penal.

En este artículo se hace mención a la obligación moral que reace sobre los ascendientes que ejercen la patria potestad, al obligarlos a observar una conducta digna y decorosa

en sus vidas para transmitirla por medio del ejemplo a los hijos en beneficio de la sociedad y de ellos mismos.

b) La Patria Potestad como Obligación Jurídica.

La patria potestad tal y como está regulada en el Código Civil vigente para el Distrito Federal, es una obligación jurídica.

Esta afirmación la sostenemos debido a que según los criterios de la Doctrina, tres son los elementos que integran a la obligación jurídica y estos elementos son identificables en la patria potestad.

Manuel Borja Soriano, en su obra "Teoría General de las obligaciones", ⁽⁶⁾ al respecto dice: "Los autores modernos partiendo de los conceptos del Derecho Romano, han dado definiciones de la obligación que no difieren mucho de éste. Por lo que podemos decir que todas las definiciones incluyendo las del Derecho Romano, coinciden en señalar que tres son los elementos de la obligación: 1) Los Sujetos, 2) La Relación Jurídica y 3) El Objeto.

1) Los sujetos de la obligación en la patria potestad

El primer elemento de la obligación jurídica es el referente a los sujetos que intervienen; Siempre existe un sujeto activo y otro pasivo. El sujeto activo es el acreedor de

- - - - -

(6).- Borja Soriano Manuel, "Teoría General de las Obligaciones México. 1982 Porrúa Pág. 70

la obligación y el pasivo el deudor de ésta.

Debido a la naturaleza tan especial que contiene la patria potestad, los sujetos que la integran, es decir, los que la ejercen y los sometido a ella, tienen una reciprocidad en cuanto a la facultad de ser sujetos activos o pasivos, es decir, los padres pueden ser acreedores del respeto y obediencia de los hijos y éstos los deudores de esta obligación. A su vez, los hijos pueden ser acreedores de sus padres al tener el derecho de recibir de éstos los medios necesarios para su cuidado, subsistencia y educación y los padres están obligados a proporcionárselos.

2) La Relación Jurídica de la Obligación en la Patria Potestad.

El segundo elemento de la obligación es la existencia de una relación jurídica, es decir, es la facultad que da el derecho objetivo al acreedor para ejercitar una acción ante un juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente.

Al decir que el deudor está obligado significa simplemente que la ley le manda alguna cosa, la relación obligatoria no es sino una relación de deber, en vista de cuya inejecución el Poder Público se apodera de la persona o del patrimonio del deudor para obligarlo a cumplir con su obligación.

En este sentido, cuando los padres o alguno de ellos no cumple con las obligaciones inherentes al ejercicio de la patria potestad, el hijo tiene la facultad de demandarle su cumplimiento. A su vez, cuando el hijo no cumple con su deber

de obediencia y respeto, el padre puede solicitar a un Juez de lo familiar su intervención para que amoneste y corrija al hijo desobediente. Esta facultad esta contemplada en el Art. 423 del Código Civil.

3) El Objeto de la Obligación en la Patria Potestad.

El objeto de la obligación son las prestaciones o abstenciones que puede exigir el acreedor al deudor. Las prestaciones son llamadas obligaciones de dar o hacer y las abstenciones son obligaciones de no hacer.

La patria potestad conjunta posee tres caracteres de la obligación. Los padres están obligados a dar a sus hijos los medios necesarios para su subsistencia y educación, así como el estar obligados a realizar ciertas conductas que sirvan como ejemplo para sus hijos, y dejar de realizar las conductas que vayan en contra de la moral y la sana formación del hijo. A su vez éstos están obligados a no realizar ciertos actos que se opongan a lo impuesto por sus padres.

Por último es necesario hacer mención al criterio generalizado que adoptan los autores, al señalar que la obligación jurídica in variablemente conlleva un sentido pecuniario, es decir, que la obligación debe ser apreciable en dinero.

Existen diferentes puntos de vista en cuanto al carácter patrimonial de la obligación. Así encontramos la Tesis que señala que la prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en si misma de apreciación pecuniaria y además debe prestar para el acreedor una ventaja apreciable en dinero.

Otros autores, principalmente Jhering, plantean la Tesis de que no toda obligación debe tener un valor patrimonial. "La promesa debe tener un interés por aquel a quien se hace, aunque este interés no debe ser de naturaleza patrimonial". (7) Tomando la postura de este autor, podemos decir, que la patria potestad se puede encuadrar en esta idea, es decir, las obligaciones que tienen los padres para con sus hijos y viceversa, aunque no pueda ser susceptible en dinero o no busquen un incremento en sus patrimonios, son tan válidas que producen efectos jurídicos plenos y reconocidos por el derecho.

Los padres al educar a sus hijos no buscan una ganancia en dinero y no tienen un interés pecuniario, solo buscan el bienestar de sus descendientes y no por ello están exentos de cumplir con sus obligaciones.

4.- El Contenido de la Patria Potestad

La patria potestad tiene su origen en la paternidad y en la maternidad. A los progenitores incumbe el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de la función de la patria potestad.

La fuente real de la patria potestad es el hecho natural de la paternidad y la maternidad. La autoridad paterna se confiere para el cumplimiento de educar y proteger a los hijos, en lo cual el grupo social está interesado.

(7).- Cita de Manuel Borja Soriano. Ob. Cit. Pág. 72

La patria potestad está constituida por un conjunto de poderes; para colocar a los titulares de la patria potestad, en la posibilidad de cumplir los deberes que les concierne respecto de los hijos. La facultad y la obligación, la potestad y el deber en la patria potestad, no se encuentran como en otras figuras jurídicas, en una situación de posición, y no corresponde el derecho a una obligación en otra persona, sino que el poder se ha conferido para el cumplimiento de un deber.

Desde un punto de vista interno, la patria potestad organizada para el cumplimiento de una función protectora de los hijos menores, está constituida primordialmente por un conjunto de deberes, al rededor de los cuales y en razón de los mismos, el derecho objetivo ha otorgado a quienes la ejercen un conjunto de facultades.

Desde un punto de vista externa, la patria potestad se presenta como un derecho subjetivo, es decir, que frente a todo poder exterior a la familia, el titular de la patria potestad tiene un derecho subjetivo personalísimo. Como un derecho subjetivo, la patria potestad es de ejercicio obligatorio y en este respecto, se presenta nuevamente una coincidencia o semejanza con ciertos derechos subjetivos públicos. No existe ciertamente libertad del titular de la patria potestad para ejercerla o dejar de ejercer ese cargo. Sobre los progenitores recae esa función y no están en posibilidad de renunciar a su ejercicio.

El padre y la madre tienen cierto campo de libertad en lo que se refiere a la oportunidad, a la manera y a la idoneidad de los medios empleados para llenar esa función. Esa libertad se encuentra circunscrita dentro de los límites que

marca el cumplimiento de los deberes propios de la institución.

Los poderes que atribuyen la patria potestad, deben ejercerse siempre en interés del hijo. No se ha creado en interés de los ascendientes que la ejercen, sino que el ordenamiento jurídico al establecer un ámbito de libertad en su ejercicio, confía a sus titulares el interés familiar, la protección de los bienes de los hijos y la administración de los bienes de éstos.

Como ya se dijo, la autoridad se ejerce sobre la persona y los bienes del hijo. La atribución de esta función protectora de los hijos menores, descansa en la confianza que inspiran por razón natural los ascendientes, para desempeñar esta función.

El derecho objetivo toma en cuenta consideraciones de orden 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 efectivo (la adopción) de carácter ético (el deber de moral por el interés de la prole) y un aspecto social (la misión que corresponde a los padres de formar hombres útiles a la sociedad).

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 en la manera más eficaz.

El contenido ético de las relaciones jurídicas entre los progenitores que ejercen la patria potestad y los hijos , se presentan en el estado de obediencia y de respeto de los descendientes hacia los padres. El Art. 411 del Código Civil vigente para el Distrito Federal, dispone que los hijos, cualesquiera que sea su estado, edad o condición, deben honrar y respetar a sus padres y además ascendientes. Este precepto legal expresa en términos jurídicos, el deber moral de los hijos que contiene el Decálogo: "Honrarás a tu padre y a tu madre".

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

5.- Caracteres de la Relación Paterno Filial

Como caracteres de la relación paterno filial , podemos entender al conjunto de normas y características que regulan la esencia de la patria potestad. De estos caracteres se destacan los siguientes: a) Es un cargo de interés público, b) Irrenunciable, c) Intransferible, d) Imprescriptible e) Temporal, f) Excusable.

a) Cargo de interés público.

La patria potestad tiene por objeto la debida formación de los menores que serán los futuros ciudadanos , el Estado está interesado en esta institución. Sin aceptar que los padres están supliendo una función estatal, o que éste delega parte de sus funciones en los padres, es obvio el interés social que existe.

En nuestra legislación encontramos la participación del Ministerio Público, 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 (Art. 422 del Código Civil), señalándose también la necesidad de que exista un tutor en caso de que las personas que ejerzan la patria potestad tengan interés opuesto al de los hijos (Art. 440 del C.C.).

En síntesis, el conjunto de deberes y derechos que componen esta institución se considera de interés público, al establecerlo la ley como un cargo irrenunciable.

b) Irrenunciable.

Expresamente el Art. 448 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, determina que la patria potestad no es renunciable. Las razones por las que se establece la irrenun -

ciabilidad se deriva de su propia naturaleza; se trata de una función de interés público, recordando el contenido del Art.6 del Código Civil, el cual señala que solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, o bien cuando la renuncia no implique perjuicio a de rechos de tercero. Solo de imaginarnos que la patria potestad pudiese ser renunciable, llegaríamos a la penosa conclusión de que existirían más niños sin padres de los que observamos ordinariamente en nuestra comunidad nacional.

c) Intransferible.

Casi todas las relaciones de carácter familiar, son de carácter personalísimo, no pueden ser por ello objeto de comercio, no pueden transferirse por ningún título oneroso o gratuito. Tal es la patria potestad que solamente permite una forma de transmisión derivada de la figura de la adopción. Cuando un menor de edad está sujeto a la patria potestad y los que la ejercen (padres o abuelos) dan su consentimiento para que el hijo o nieto sea dado en adopción, transmiten a través de este acto el ejercicio de la patria potestad, que pasa a los padres adoptantes.

Fuera de este acto jurídico que tiene que revestir todas las formalidades exigidas por la ley y ser acordada por el Juez de lo familiar, no existe otra forma de transmitir la patria potestad. En el caso de quien la ejerza muera o se imposibilite para cumplir, la ley señala expresamente qué sujetos deben asumirla.

d) Imprescriptible.

La patria potestad no se adquiere ni se extingue por

prescripción. Quien está obligado a desempeñarla y no lo hace, no pierde por ello su obligación ni su derecho para entrar a su ejercicio. Lo propio sucede con aquel sujeto que, sin ser padre o madre o ascendiente protege y representa de hecho a un menor no adquiere por el transcurso del tiempo, este cargo. El mismo corresponde solo a quien la ley señala : padres o abuelos, nadie más, y entre éstos también debe seguirse el orden que la propia ley señala: primero los padres, o uno de los dos a falta o por imposibilidad del otro; después los abuelos en el orden que determine en última instancia el Juez de lo Familiar.

e) Temporal.

La patria potestad se ejerce únicamente sobre los menores de edad no emancipados, por ello, dura tanto como la minoridad de los hijos, o hasta que contraen matrimonio antes de la mayoría de edad. El máximo plazo del ejercicio de la patria potestad con respecto a cada hijo son dieciocho años en que empieza la mayoría de edad de acuerdo con el Art. 646 del Código Civil.

f) Excusable.

La ley permite que, en ciertas circunstancias, los que ejercen la patria potestad o tengan que entrar en el ejercicio de la misma, se excusen de cumplirla. Estas circunstancias son dos:

- 1) Cuando se tiene sesenta años cumplidos;
- 2) Cuando por el mal estado habitual de salud no se pueda atender debidamente a su desempeño. (Art.448 C.C.).

Esta norma es totalmente justa, pues el ejercicio de la patria potestad implica el cumplimiento de una serie de deberes que pueden resultar sumamente fatigosos para las personas agotadas por la edad o por la mala salud. Cuando quien la ejerce o deba de ejercerla se encuentra en estas condiciones, pueden excusarse de cumplir ante el Juez de lo Familiar quien determinará quien debe entrar en el cargo si existe alguna de las personas que señala la ley como obligadas al respecto (padres o abuelos); o si esto no es posible, se le nombrará tutor legítimo o dativo.

La excusa, de acuerdo con las circunstancias señaladas, es una facultad que otorga la ley, pero no es un deber. Esto quiere decir, que los padres o abuelos, aunque rebasen la edad de sesenta años o su salud sea habitualmente precaria, pueden continuar ejerciendo la patria potestad si su desempeño es benéfico para el descendiente.

CAPITULO CUARTO

MODOS DE ACABARSE Y SUSPENDERSE LA PATRIA POTESTAD

1.- Modos de Extinción, Pérdida y Suspensión de la Patria Potestad

La extinción de la patria potestad puede clasificarse en dos grupos:

Causas naturales , como la muerte del hijo o la de los padres o ascendientes llamados a ejercerla, y la mayor edad de aquél y otras legales, como la emancipación y la adopción si bién esta última más que una verdadera causa extintiva de la patria potestad significa un cambio o tránsito en el ejercicio de la misma, ya que la institución no cesa de funcionar y pasa sencillamente de las manos del padre natural a las del padre adoptivo, con las diferencias inherentes al tránsito , principalmente en cuanto concierne al ejercicio de la administración y al usufructo legal.

Nuestra legislación establece en el Art. 443 del Código Civil que la patria potestad se acaba:

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

II.- Con la emancipación derivada del matrimonio; y

III.- Por la mayor edad del hijo.

De la fracción I se desprende que no existiendo persona alguna de las señaladas por el Art. 414 del Código referido , la persona que llegara a tener la posibilidad del cuidado del menor; no entraría en el supuesto de la patria potestad, pero sí bajo otra institución familiar que es la tutela ya que el objeto de ésta última es también la guarda de las personas y bienes de los que no estando sujetos a patria potestad tienen incapacidad natural ilegal o solamente la segunda, para gobernarse por sí mismos.

Por lo que toca a la fracción II podemos decir que la emancipación es, de acuerdo al derecho mexicano, una institución civil que permite sustraer de la patria potestad y de la tutela al menor, otorgándole una capacidad que le faculta para la libre administración de sus bienes, con determinadas reservas señaladas por la ley.

Los efectos de la emancipación son los que hacen cesar la patria potestad con la tutela; confiere una capacidad restringida al menor de edad emancipado, para la enajenación de bienes y otorga al emancipado la capacidad para administrar sus bienes, pero siendo menor de edad necesita de la autorización judicial para la enajenación, gravamen o hipoteca de bienes y raíces; y de un tutor para negocios judiciales.

La emancipación posmatrimonial se funda en que el matrimonio es incompatible con el estado de subordinación de un menor sometido a la patria potestad.

Realmente, el cumplimiento de las obligaciones que impo-

ne el matrimonio se dificultaría, por lo menos en gran manera; si no produjese de derecho la emancipación del menor.

Por último, el matrimonio del menor de dieciocho años produce de derecho la emancipación.

Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge emancipado, que sea el menor, no recaerá en la patria potestad.

La otra fracción del Artículo referido establece la mayor edad del hijo para acabarse la patria potestad.

Los artículos 646 y 647 establecen que la mayor edad comienza a los dieciocho años cumplidos, así como el mayor de edad dispone libremente de su persona y de sus bienes.

"La mayoría de edad se alcanza en el momento en que una persona física cumple el número de años señalados por la ley. Mayores de edad son las personas físicas que tienen la plenitud de la capacidad de obrar, siempre que circunstancias especiales no impidan su ejercicio". (1)

2.- Causas de Recuperación de la Patria Potestad

En este capítulo realizaremos algunas consideraciones que serán relacionadas con la recuperación de la patria potestad, ya que como se ha podido observar en el presente trabajo; nuestro Código Civil sólo habla de la extinción, pérdida,

(1).- De Pina Rafael, Op. Cit. Pág. 402

suspensión y modo de excusarse de la patria potestad, pero en ningún momento señala la recuperación de ésta; el Código Civil, no contempla la recuperación de la patria potestad, ha sido objeto de críticas, como la del maestro Rojina Villegas que hace un análisis de los supuestos en los que la pérdida de la patria potestad no debe ser siempre; pero esto es, que el cónyuge culpable, aún siéndolo, debe tener la posibilidad de recuperarla. Este análisis que hace el autor mencionado es en base al Art. 283 que rigió hasta 1983 del Código Civil el cual establecía los supuestos en los cuáles podía darse la recuperación de la patria potestad, pero a principios de 1984 este Artículo queda derogado de recuperación también.

Para Rojina Villegas "no hay congruencia alguna en el sistema seguido en nuestra ley para privar definitivamente de la patria potestad al cónyuge culpable; señalando que fuera de los casos de corrupción de los hijos, intento de prostituir a la esposa y vicios incorregibles no debe de privarsele para siempre de este derecho al cónyuge culpable sino que debe de recobrarla a la muerte del inocente". (2)

Desde luego que Rojina Villegas hace sus consideraciones basandose en el Art. 283 que rigió, pero ello no deja de ser importante a su aportación; ya que él parte de la idea que la recuperación de la patria potestad puede darse aún cuando el cónyuge hubiere sido culpable de una de las causales compren-

(2).- Rojina Villegas Rafael. "El Derecho Civil Mexicano" .
Tomo II, Derecho de Familia 5ta. Edición . Editorial
Porrúa, S. A. México 1980. Pág. 553.

didadas en el Art. 267, sin incluir las causales señaladas anteriormente.

"Con relación al divorcio, se ha sostenido la conveniencia de distinguir los casos de inocencia y culpabilidad para imponer consecuencias negativas al culpable, toda vez que de ese modo se logrará el efecto disuasivo que debe producir la legislación en esta materia". (3)

"No es difícil decir que la privación de la patria potestad al cónyuge culpable es una de las sanciones que se le aplican como causa del divorcio". (4)

Es forzoso deducir que la patria potestad cuando se priva de ésta obedece al designio de beneficio al inocente y sentenciar al culpable, sin considerar la aptitud de ese último para ejercerla.

Como ya se había señalado, el artículo 285 del Código Civil establece que el padre y la madre aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos.

Es evidente que, aún siendo lógica esta disposición de la ley, tiene como límite la imposibilidad del padre sanciona

(3).- D' Antonio Daniel Hugo. " Patria Potestad ". Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979. Pág. 89.

(4).- Sánchez Medal, Ramón. " Los Grandes Cambios en el Derecho de Familia ". Editorial Porrúa, S. A. México 1979. Pág. 67.

do de interferir en las funciones que le han sido encomendadas al inocente y que éste ejerza razonablemente, por lo tanto las funciones que ejercerá el culpable serán supletorias y de carácter predominantemente económico en especial la de suministrar alimentos, obligación que por otra parte, más que de la patria potestad surge de la relación paterno-filial.

Salvo mejor opinión; se utiliza a los hijos, en la mayoría de los casos; totalmente extraños a los motivos que determinan la ruptura del matrimonio, para sancionar al cónyuge que diera lugar a ella.

Sánchez Medal señala que "se hace de los hijos un verdadero botín a favor de aquel de los consortes que triunfe en el litigio para efecto se promueva". (5)

"Es evidente que la patria potestad, por su importancia. Tampoco pueda estar vinculada a la inocencia o culpabilidad en los juicios de divorcio, si no a la consideración del bien de los hijos como directriz fundamental". (6)

Se puede no ser un buen cónyuge, pero si un buen padre o una buena madre. En este caso nada autoriza de privar a los padres de las funciones que se les incumben respecto a sus hijos, sino a los menores el derecho que tienen a su mejor e integral formación.

(5).- Ibidem., Pág. 67

(6).- Lehmann, Heinrich. "Derecho de Familia". Vol. IV Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1955 Pág. 337 .

Chávez Ascencio señala que "El cónyuge que tenga la custodia del menor será el más indicado para decidir sobre la educación, formación y atención en general de los hijos; sin embargo el otro cónyuge tiene el derecho de participar en la educación y formación de sus propios hijos reservándose el derecho al inocente sólo para intervenir en situaciones de especial gravedad. El legislador no debe condenar para siempre a la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que debe de dejarlo en posibilidad de recuperarla". (7)

Pallares señala "que puede suceder que a pesar de que uno de los cónyuges haya incurrido en determinada causa de divorcio sin embargo de ello, puede tener la capacidad necesaria para ejercer debidamente las facultades que dimanar de la patria potestad". (8)

"El inocente, no obstante de sus virtudes puede carecer de la capacidad moral para educar, defender y guiar a sus hijos por lo cual será perjudicial a estos que queden a su cuidado, sin intervención de ninguna otra persona". (9)

Planiol y Ripert señalan que "la restitución de la patria potestad puede ser posible; dándose esta un procedimiento especial y; el juez que pronuncie esta restitución deberá de resolver sobre la guarda de los hijos, puesto que la atribución de la guarda de los hijos es una consecuencia del estado de divorcio subsistente". (10)

(7).- Chávez Ascencio, Manuel F. Op. Cit. Pág. 528

(8).- Pallares Eduardo. "Op. Cit." Pág. 106

(9).- Pallares Eduardo. "Op. Cit." Pág. 107

(10).- Planiol y Ripert.

En la sección IV del Código Civil Francés, en su artículo 378 y además relativo, se hace mención a la posibilidad de recuperar la patria potestad en los siguientes supuestos:

Haber transcurrido tres años desde la sentencia en que se ordenó a la pérdida de la patria potestad, para poder pedir la restitución de ésta mediante revisión del caso; que la pérdida de la patria potestad no haya sido por delitos del orden penal o por conductas que hubieren afectado directamente al hijo; en ese caso de negativa, la restitución no puede ser demandada si no por la madre, después de la disolución matrimonial.

Una vez citadas algunas ideas de autores y haber señalado algunas ideas trataré de señalar las propias así como nuestra opinión respecto al tema que nos ocupa.

Con excepción de los supuestos contemplados en las fracciones II y V del Art. 267 del Código Civil presupuestos del marido para prostituir a la mujer, actos inmorales ejecutados con fin de corromper a los hijos o tolerancia en su corrupción y en general todo aquél acto que atente directamente contra el menor, se debe mantener la pérdida de la patria potestad y sin perjuicio de las sanciones previstas en los Arts. 444 y 447, se permita a los cónyuges acordar sobre todo lo relativo a la guarda de sus hijos menores, con facultad judicial para decidir en su defecto, así como para modificar lo convenido, por causa grave y fundada, resolviendo lo más conveniente al interés de los hijos; decisión que será revisable en todo tipo teniendo en cuenta el bienestar de los casos, los padres son los mejores jueces de esos intereses.

Si ambos convienen en que se otorgue al cónyuge inocente se estará en el supuesto de haberse elevado la conveniencia de dicha medida, y la ponderación de los hechos que motivaron la declaración de culpabilidad en el juicio de divorcio.

Si el cónyuge inocente admite que la guarda sea otorgada al cupable ello importará la contestación en principio , de que este no solo es el más idóneo para ejercer ese derecho , sino también que las causas que dieron origen al divorcio son extrañas a esa aptitud.

La anterior propuesta no impide que las conductas de los cónyuges pudieran encuadrarse en los supuestos del Art. 444 del Código Civil o fuera de entidad suficiente o para ello se promuevan las sanciones establecidas en el mismo y en el Art. 447 de dicho Código.

Es necesario además, preservar una adecuada comunicación de los menores con el progenitor que no tenga la guarda, y consagrar legislativamente el derecho de visitar al menor, si tuación que no está del todo regulada con nuestro Código Civil, cuyo régimen deberá ser fijada de común acuerdo por los cónyuges o en su defecto por el juez.

a) La suspensión de la Patria Potestad y su Recuperación

La suspensión de la patria potestad implica una pérdida temporal de este derecho para el ascendiente, esto es; que el progenitor puede recobrar su derecho una vez que el motivo que dió origen a la suspensión desaparezca.

Para mejor comprensión de esta situación jurídica, pasaremos a comentar el Art. 447 del Código Civil en que se esta-

blece que las causas por las cuales se suspende la patria potestad.

En la fracción I del citado artículo se señala que la patria potestad se suspende por incapacidad declarada judicialmente.

Se entiende por capacidad, tanto la aptitud de una persona para adquirir derechos y asumir obligaciones, como la posibilidad de que dicha persona pueda ejercer esos derechos y cumplir sus obligaciones por sí mismo.

La capacidad comprende:

Capacidad de goce, que es la aptitud para hacer valer a quéllos y cumplir éstas por sí mismo.

A la ausencia de la capacidad de ejercicio se alude generalmente cuando se dice que una persona es incapaz o está incapacitada.

La capacidad se refiere a la carencia de aptitud para que la persona, que tiene capacidad de goce pueda hacer valer sus derechos por sí misma.

La capacidad de ejercicio depende de la edad de la persona; se adquiere a los dieciocho años, sin embargo los mayores de dieciocho años que estén privados de inteligencia por locura, idiotismo o imbecilidad, aún cuando tengan intervalos lúcidos; los sordomudos que no saben leer ni escribir aún cuando tengan intervalos lúcidos; los ebrios consuetudinarios, y los que habitualmente hacen uso inmoderado de drogas enervan-

tes y desde luego los menores de edad que tienen incapacidad natural y legal, saber; carecen de la capacidad de ejercicio.

El que ejerce la patria potestad tiene que ser forzosamente una persona en pleno ejercicio de sus derechos para que pueda ser representante de otro.

En el caso de quien la ejerce pierda la capacidad de ejercicio, él mismo necesitará que se le nombre un tutor para que actúe a su nombre.

La causa de suspensión por incapacidad declarada judicialmente, puede extinguirse en un momento dado cuando el incapacitado recobra su capacidad de ejercicio y por ende recobrará a la patria potestad; la cuál se le había suspendido.

La fracción II del Art. 447 señala que otro motivo de suspensión de la patria potestad es la ausencia declarada en forma.

Pasados dos años desde el día en que haya sido nombrado el representante, habrá acción para pedir la declaración de ausencia.

Si el ausente tiene hijos menores, que estén bajo su patria potestad y no hay ascendientes que deba de ejercerla conforme a la ley ni tutor testamentario ni legítimo; el Ministerio Público pedirá que se nombre tutor, en los términos prevenidos en los Arts. 496 y 497 del Código Civil.

No está configurada la ausencia por el sólo hecho de no encontrarse una persona en su domicilio; es necesario que el

ausente no haya dejado quien lo represente, que se ignore su paradero y que no se tenga certeza sobre su existencia o fallecimiento.

La ausencia es el hecho de que una persona haya desaparecido de su domicilio, sin que se tenga noticia de él, de manera que no se sepa si ha muerto o vive; es que por ello que el legislador ha previsto esta legislación para proteger a los menores que estén bajo la patria potestad para que se les nombre tutor en el caso de no existir ascendientes que le corresponda ejercer aquella.

Es por lo anterior que el estado de ausencia de lugar a la suspensión de la patria potestad, pero cuando haya transcurrido seis años desde la declaración de ausencia, el juez, a la instancia de parte interesada, declara la presunción de muerte.

La suspensión de la patria potestad se extingue por la simple razón de que el ausente regresara.

La fracción III del citado Artículo señala que la patria potestad se suspende por la sentencia condenatoria que imponga como pena esta suspensión.

Puede ser que en un momento determinado la conducta de los que ejercen la patria potestad sea considerada por el juez como inconveniente a los intereses del menor, por razones ya señaladas en puntos anteriores del presente trabajo, es este caso sanción temporal se le condenará a la suspensión del ejercicio de la patria potestad.

La suspensión señalada en esta fracción, se extingue por que el sancionado se le termina su condena; dando origen a la recuperación del ejercicio de la patria potestad.

En los tres casos señalados por el artículo 447 se requiere también la intervención judicial para que declare que a quien se le había suspendido en su derecho, ha recobrado de nuevo el ejercicio de la patria potestad.

En los casos de suspensión de la patria potestad, cabe hacer la aclaración que ésta no se extingue; sino que su ejercicio recae entonces con otro progenitor y a falta o por imposibilidad legal de éste, en los ascendientes de ulteriores grados.

En el caso de que uno o varios negocios judiciales o extrajudiciales las personas que ejercen la patria potestad tengan interés opuesto al de los hijos, el ejercicio de la patria potestad queda suspendido únicamente respecto de ese negocio o de actos o hechos que tengan relación con el; la representación del menor debe recaer en el otro progenitor, si no tiene interés opuesto al del hijo, o si lo tiene, en un tutor especial que nombrará el Juez de lo Familiar.

"Es muy difícil determinar "apriori" cuando hay oposición de intereses entre las personas sujetas a patria potestad y los que la ejercen, pero cuando son coparticipes de una misma herencia, respectivamente, herederos y legarios en una misma sucesión, puede hablarse de oposición de intereses, salvo que las personas que ejercen la patria potestad renuncien

a los derechos que pueden corresponderles". (11)

A manera de información, es necesario hacer mención del Art. 94 del Código de Procedimientos Civiles el cuál señala que las resoluciones judiciales dictadas con el carácter de provisionales puede modificarse en sentencia interlocutoria y en la definitiva. Obligación.

El excusarse de esta obligación, no se da tan fácilmente; ya que será el Juez de lo Familiar el que califique la petición del ascendiente para excusarse de su obligación; atendiendo primordialmente el interés de los hijos.

A groso modo se puede decir que, independientemente de las pruebas que juzgue pertinentes, el Juez de lo Familiar tendrá que solicitar a los ascendientes que quieran excusarse de esta obligación; por un lado, el acta de nacimiento y por otro el certificado médico que ampare el mal estado de salud.

En dado caso que el Juez no aceptara la excusa; el ascendiente al no querer desempeñar el cargo puede caer en suspensión del ejercicio de la patria potestad, y de continuar en su renuncia a ejercer el cargo entonces puede caer en el supuesto de pérdida de la patria potestad.

b) La pérdida de la Patria Potestad y su recuperación.

(11).- Muñoz, Luis y Castro Zavaleta, Salvador. "Comentarios al Código Civil". Tomo I Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1974. Pág. 353.

Las causas por las cuáles se pierde la patria potestad , puede dividirse en tres grupos: delictivas, culposas o simplemente causales.

También pueden clasificarse en legales o de pleno derecho y facultativas o judiciales, por pronunciamiento o resolución de juez competente.

Por regla general, son causas de pérdida de la patria potestad de carácter delictivo aquellas en que incurre quien la ejerce, cuando ha cometido una infracción penal de tal naturaleza que le incapacita, no sólo de hecho, sino moralmente para ese ejercicio, lo cual ocurre cuando es condenado por comisión de otros menore, y también cuando en la sentencia condenatoria por cualquier delito se impone como pena la privación de la patria potestad.

Son causas de carácter culposo las constituidas por actos del padre o de la madre, cuando se conducen mal en el cumplimiento de sus deberes tanto respecto de la persona como de los bienes de los hijos, ya excediéndose en el rigor de correcciones y castigos, abandonándolos y no atendiéndolos debidamente, van siendo negligentes o maliciosos en la administración y cuidado de sus bienes.

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

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

El Código Civil, en su Art. 444, establece que la patria potestad se pierde:

1.- Cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de éste derecho o cuándo es condenado dos o más veces por delitos graves:

En la primera parte de esta fracción se establece que se dependerá la patria potestad cuando el que la ejerza es condenado expresamente a la pérdida de este derecho.

Por lo que respecta a la segunda parte de esta fracción; la gravedad del delito a que se hace mención, revistiría en el daño que se le hiciera al menor con la comisión de delito o que la gravedad del delito tiene que ser vista respecto a la afectación o no afectación de las relaciones familiares , ya que la gravedad de un delito pruebe ser irrelevante por éstas.

Ejemplificando se puede decir que si el padre o la madre cometen un delito, por ejemplo homicidio, independientemente de su gravedad, esta comisión no tiene porqué ingerir en la relación paterno-filial; ya que sería absurdo que por este delito grave se le diera relevancia para que el ascendiente perdiera la patria potestad.

Retomando, la gravedad del delito debe entenderse no como es entendida para otras situaciones jurídicas, por ejemplo en el derecho penal, sino que debe entenderse siempre en función del perjuicio o nó de la relación ascendiente-descendiente; no importando la gravedad del delito para otras situaciones jurídicas.

Respecto a saber quién será el encargado de calificar la gravedad de los delitos, es sin lugar a dudas que será el Juez de lo Familiar.

Por otro lado es menester hablar del Art. 203 del Código Penal, en el que establece que cuando en los delitos de corrupción de menores el delincuente sea ascendiente, padrastro o madrastra del menor, las sanciones se duplicarán, privando al reo de todo derecho a los bienes del ofendido y de la patria potestad sobre todos sus descendientes.

El Art. 335 del mismo Código, establece que el, que abandona a un niño incapaz de cuidarse asimismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, se le aplicará de un mes a cuatro años de prisión, sino resultare daño alguno, privándolo además de la patria potestad o de la tutela ; si el delincuente fuere ascendiente o tutor del ofendido.

Con la referencia de los artículos anteriores, se pone de manifiesto que la gravedad de los delitos está íntimamente relacionada con el menor, esto es; que la gravedad será manifiesta cuando el sujeto pasivo de el delito sea el menor y por ende se va en contra de la relación entre ascendientes y descendientes.

Como último punto se puede decir que la fracción I del Art. 444 que habla de la pérdida de la patria potestad cuando se es condenado dos o más veces por delitos graves; ésto último no tiene que darse necesariamente, ya que los dos artículos referidos del ordenamiento penal, establecen que la pérdida de la patria potestad puede darse sin la necesidad de ser condenado dos o más veces por delitos graves esto, atentado a

la protección del menor.

Art. 444 fracción II; la patria potestad se pierde en los casos de divorcio teniendo en cuenta lo que dispone el Art. 283 del Código Civil.

Nuestra legislación familiar distingue dos clases de divorcio; uno es el llamado divorcio necesario y que se tramita en juicio ordinario civil, que se rige procedimentalmente por el Art. 255 del Código de Procedimientos Civiles; por lo que se refiere a la demanda, la sentencia es de carácter constitutivo.

El otro tipo de divorcio es el voluntario, que está previsto dentro de la institución procedimental denominada divorcio por mutuo consentimiento.

El Artículo a que hace referencia esta fracción señala que la sentencia del divorcio fijará la situación de los hijos, por lo cuál el juez gozará de las más 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 el cuidado de los hijos, debiendo obtener los elementos de juicio necesario para ello.

Este artículo fué publicado en el Diario Oficial el 27 de Diciembre de 1983, para entrar en vigor 90 días después de su publicación.

Asimismo el juez observará las normas del Código Civil para los fines de llamar al ejercicio de la patria potestad a

quién legalmente tenga derecho a ello, en su caso, o de designar tutor.

Antes de que se provea definitivamente sobre la patria potestad o tutela de los hijos, el juez podrá acordar, a petición de los abuelos, tios o hermanos mayores cualquier medida que se considere benéfica para los menores.

El Juez podrá modificar esta decisión atento a lo dispuesto en los Arts. 422, 423 y 444, fracción III del Código Civil.

La redacción del Art. 283 del Código Civil, para el profesor Chávez Ascencio no es del todo acertada "Ya que es una materia tan delicada; el legislador debió conservar las reglas para que el juez tuviera que aplicarlas según el caso o resolver, a fin de dar seguridad en las relaciones, y no estar sujetos los padres a la decisión, judicial no siempre la mejor, ni la más equitativa". (12)

Para Eduardo Pallares, "se debe otorgar un poder discrecional a los tribunales para decretar la sanción relativa a la patria potestad". (13)

(12).- Chávez Ascencio Manuel F. "La Familia en el Derecho"
Relaciones Jurídicas Conyugales. Editorial Porrúa, S.A.
México 1895. Pág. 52ª.

(13).- Pallares Eduardo. "El Divorcio en México". 4ta. Editorial Porrúa, S. A. México 1984. Pág. 107.

Nos parece más acertada la idea de Pallares, ya que él otorga un poder discrecional a los tribunales para decretar la sanción relativa al ejercicio de la patria potestad, se estaría en la posibilidad de dictar sentencia más cercanas a la justicia en beneficio del menor y de los cónyuges en este orden.

Art. 444 Fracción III, la patria potestad se pierde cuando por las costumbres depravadas de los padres, malos tratos o abandono de sus deberes, pudiere comprometerse la salud, la seguridad o la moralidad de los hijos, aún cuando esos hechos no cayeren bajo la sanción de la ley penal, Fracción IV, por la exposición del padre o la madre hicieren de sus hijos o porque los dejen abandonados por más de seis meses.

Estas dos fracciones del Art. 444 no dejan lugar a dudas que se trata de conducta que no se pueden tolerar dentro de una familia ni dentro de las mismas sociedades, pues se está atendiendo contra la integridad de los hijos su salud y las buenas costumbres dando motivo a la pérdida de la patria potestad de el ascendiente o ascendientes culpables.

Por otra parte la madre o abuela que pase a segundas nupcias no pierde por este hecho la patria potestad.

El nuevo marido no ejercerá la patria potestad sobre los hijos del matrimonio anterior, salvo los descendientes adoptados.

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

Sara Montero señala "la custodia del Art. 444 parece inecesaria bastaría con declarar que la patria potestad se pierde, a juicio del juez, cuando la conducta de los que la ejercen constituye una amenaza para la salud, seguridad o moralidad de los menores. En esta forma quedarían comprendidas todas las conductas nocivas independientemente de que las mismas fueran consideradas o no como delitos". (14)

Una vez decretada la sentencia sobre la pérdida de la patria potestad, el cónyuge que perdió este derecho puede hacer valer instancias jurídicas para tratar de que el juez ratifique o rectifique la sentencia. Estas instancias jurídicas son la apelación y el amparo.

"Como la condena a la pérdida de la patria potestad acarrea consecuencias perjudiciales tanto para los hijos como para el progenitor, para decretarla en los casos excepcionales previstos para la ley, se requiere de pruebas plenas e indiscutibles, que sin lugar a dudas hagan manifiestas la justificación de la privación".

3.- Conveniencia de Reglamentar la Recuperación de la Patria Potestad, Tanto en Casos de Suspensión Como en Casos de Pérdida de la Patria Potestad.

Como ya se dijo en uno de los apartados del presente tra bajo nuestro Código Civil Vigente, en ningún momento estable-

(14).- Montero Duhalt Sara. Op. Cit. Pág. 353

Séptima Epoca, Cuarta Parte.

Vol.20 Pág. 35 A.D. 4253/69 María de Lourdes Castillo Huerta.

ce la recuperación de la patria potestad en casos de suspensión y pérdida de la misma; Chávez Ascencio nos hace ver que el legislador no debe condenar para siempre a la pérdida de la patria potestad al cónyuge culpable, sino que debe dejarlo en posibilidad de recuperarla.

Es importante señalar que el acto que comprometa la salud y seguridad entre otros, de los hijos; en ningún momento se debe de otorgar la recuperación de la patria potestad, pero fuera de éstos, porque no regularla para beneficio de los menores.

Es necesario reglamentar la recuperación de la patria potestad, cuando esa recuperación beneficia al menor y cuando la conducta que originó la pérdida haya desaparecido o se haya mitigado en términos tales que ya no lastime el bienestar integral del menor, en estos fenómenos del Derecho Familiar, pues el bienestar de los hijos, y obviamente debería ser en el caso de la patria potestad.

Insistimos que hay necesidad de recuperarla porque hay momentos en que se priva a los menores de uno de sus padres, y el que queda bajo su cuidado llega a perecer y sino tiene familiar cercano se quedará con un desconocido que la misma ley le impone como en el caso de la tutela quedando el verdadero padre que sobrevive al margen sin poder reclamar su derecho; por lo anterior expuesto.

Surge la necesidad de que haya una mano y un criterio piadoso por parte de algún o algunos legisladores o del ejecutivo federal, para que presenten iniciativa a fin de reglamentar la recuperación de la patria potestad, tanto en casos de

suspensión como en casos de pérdida de la misma en beneficio de los menores que ninguna culpa tienen para recibir una sanción de tal naturaleza.

4.- Criterios Jurisprudenciales sobre la recuperación de la Patria Potestad.

Completando el presente tema de la patria potestad , que comprende una serie de derechos y de obligaciones correlativas para quien la ejerce tales como la guarda y custodia de los menores, en nuestra legislación se encuentra plasmadas las situaciones en que esta se pierde pero no se encuentra legislado, la forma de recuperarla.

En relación a este tema en concreto se aportan los criterios jurisprudenciales a la reposición.

- a) La Patria Potestad no Debe Ser Condenada a Perder el Cónyuge Culpable Cuando la Causa del Divorcio Toma su Origen en el Artículo 268 del Código Civil.

El Art. 265 del Código Civil, no incluye en relación con la pérdida de la patria potestad, la causa del divorcio señalada en el Art. 268 y por ello mismo la aplicación análoga el 283 no es procedente al respecto ya que la disposición en el contenido solo es aplicable en los casos que el mismo precepto se contrae, por tener el carácter de norma excepcional respecto regla general relativa a que la patria potestad se ejerce por los padres como un derecho fundado en la naturaleza y confirmado por la ley aunque por tiempo limitado y bajo ciertas condiciones, y es bien sabido que conforme al Art. 11 del

Código Civil las leyes que establecen excepción a las reglas, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes.

NOTA.- En virtud de que los Arts. 268 y 283 del Código Civil para el Distrito Federal fueron reformados por el decreto publicado en el Diario Oficial el día 27 de Diciembre de 1983, la Jurisprudencia en comento únicamente es aplicable a las causas previstas en los Códigos de los Estados que contienen las mismas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, antes, de la mencionada reforma.

Quinta Epoca.

SUPLEMENTO DE 1956, Pág. 345 A.D. 299/50

ADOLFO T. GARZA. 5 VOTOS

TOMO CXXI, Pág. 608. A.D. 2738/54

JUENES BERNAL EDMUNDO. 5 VOTOS

TOMO CXXXII Pág. 379 A.D. 244/55

MANUELA BARBOSA DE CHARLES. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS

TOMO CXXXI Pág. 273 A.D. 2967/56

ESPERANZA DE ORNELAS. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS

SEXTA EPOCA CUARTA PARTE, VOL. XI. Pág. 145 A.D. 3880/57

RODRIGO VAZQUEZ CUELLAR. UNANIMIDAD DE 4 VOTOS.

- b) Litis del Juicio Constitucional si el Juicio Natural Verso Sobre Recuperación de Posesión de Estado y Custodia de un Menor, la Pérdida de Patria Potestad no Puede Examinarse.

Si el juicio natural se refirió a un interdicto de recuperar la posesión de estado y custodia de menores por parte

de su madre y en el amparo se plantea que abandonó a sus hijos e incurrió en una causal de pérdida de la patria potestad, resulta improcedente entrar al estudio de tal cuestión puesto que se refiere a una cuestión diversa de la controvertida en el juicio natural y, por ende, dicha cuestión está fuera de la litis del Juicio Constitucional.

A.C. 73/87 6 DE ABRIL DE 1987
SALVADOR CARDOSO TORRES Y OTRA
5 VOTOS INFORME 1987 VOLUMEN 11 Pág. 101

d) Menores, Procedencia del Interdicto de Recuperar la Posesión para Recuperar la Guarda de (Legislación del Estado de Nuevo León).

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 menor hijo, porque tal posesión es un medio insustituible para protegerlo y cultivarlo física y espiritualmente y procurarlo en la satisfacción de todas sus necesidades.

Ahora bien, si los Arts. 175 del Código de Procedimientos Civiles y 260 del Código Civil, ambos de Nuevo León, ordenan que la guarda de los hijos menores de 7 años, en los casos de depósito de persona o menores de 5 años aún en la hipótesis de nulidad de matrimonio, o en la de divorcio, siempre corresponde a la madre de dichos menores, con mayor razón es ella la que debe tener la guarda de los hijos menores de 7 años, tratándose de una separación irregular o anormal, en la que niquiera está probada la mala fe de ella ni que haya da

do causa al divorcio. La razón que tuvo el legislador para engargar, de manera exclusiva, a la madre, la guarda de sus hijos menores de edad indicada, no la fincan en un depósito de persona en la declaración de nulidad o de divorcio, sino en la ingente necesidad del menor de ser atendido precisamente por su madre, que es la persona naturalmente más apta para atender y cuidar a un menor de esa edad en todas sus necesidades. Por tanto, si la madre, tiene el derecho de guarda referido, no tiene la posesión material del menor hijo sobre quien ejercita sea prerrogativa de la patria potestad y obligación correlativa, puede recuperar la posesión de su hijo menor mediante el interdicto establecido en el Art. 712 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

A.D. 4029/67. JUAN CANTU VILLANUEVA. 3 Febrero 1969
TOMO 30, EPOCA 7a. Pág. 66.

e) Patria Potestad, la Pérdida de la, Declarada en un Juicio de Divorcio, no Puede Considerarse como Pena Impuesta al Conyuge que dio Causa al Mismo.

La pérdida de la patria potestad declarada en un juicio de divorcio respecto del cónyuge culpable, de ninguna manera puede considerarse como una pena impuesta al consorte que dio causa al divorcio, puesto que de considerarse así, tal sanción afectaría injustificadamente los derechos del hijo, que ninguna culpa tiene de que alguno de los padres haya sido el responsable de la disolución del vínculo matrimonial, pues el menor hijo tiene naturalmente el derecho de convivir en una sociedad matrimonial normal, esta es constituida por ambos padres para que los dos le brinden toda la ayuda necesaria, no solo material sino fundamentalmente, espiritual, através del

cariño y ternura indispensable para la mejor dirección del hijo a fin de que éste pueda cabalmente desarrollarse, perfeccionarse y cumplir su destino. Esta es la razón por la que el legislador, en tratándose de divorcio, en ninguno de los preceptos del Código Civil señala como pena o sanción la pérdida de la patria potestad, y solo dice, en el Art. 283 que la sentencia de divorcio fijará situación de los hijos, conformes a las reglas que da en ese mismo precepto legal. La primera regla para fijar la situación de los hijos, en los casos de divorcio dice así "Cuando la causa de divorcio estuviere comprendida en las fracciones I, II, III, IV, XIV y XV del Art. 267 los hijos que quedaran bajo la patria potestad del cónyuge no culpable si los dos fueran culpables quedarán bajo la patria potestad del ascendiente que corresponda, y si no lo hubiere, se nombrará tutor". En esta primera regla, el legislador ha estimado que los actos en que se fundan esas causales de divorcio revelan en su autor una conducta que puede deformar moralmente y corromper a los hijos, pues no es solo su actuación como individuo aislado e independiente, sino también su modo de computalizarse como jefe de familia o elemento activo de la sociedad, y teniendo en cuenta que la patria potestad impone a los padres los deberes de alimentos, tenerlos en su compañía, educarlos instruirlos y representarlos ; el padre o la madre que cometen aquellos actos, ofrecen un modelo que pervertiría, viciaría o estragaría las ideas que paulatinamente se fueran formando los menores, o respecto a la sociedad paterno filial. Estas son las razones por las que el legislador estima convenientemente privar del ejercicio de la patria potestad al Cónyuge culpable, pues dichas fracciones del Art. 267 invocado, toman en cuenta la calidad moral del consorte que comete estos actos: El adulterio; un hijo concebido antes de celebrarse ese contrato y que judicialmen-

te sea declarado ilegítimo; la propuesta o el consentimiento del marido para prostituir a su mujer; la incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para corromper a sus hijos, así como la tolerancia en su corrupción; el abandono de los derechos de padre manifestando por la separación de la casa conyugal injustificadamente por más de seis meses ; haber cometido uno de los cónyuges un delito no político que sea infamante, por el cuál tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años; los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia o constituyen un continuo motivo de desaveniencia conyugal. En todos estos casos , el legislador priva, para siempre el ejercicio de la patria potestad, el cónyuge culpable, pero tal privación no la hace , se repite, atendiendo a que resultó condenado determinado cónyuge a la disolución del vínculo matrimonial, sin que únicamente declara tal pérdida de la patria potestad en beneficio de los hijos, esto es con el único fin de proteger su integridad moral y corporal, su educación, instrucción y la forma de su carácter. Tan es así que en la segunda regla para fijar la situación de los hijos, en el caso divorcio , expresa el propio legislador que: cuando la causa del divorcio, estuviere comprendida en las fracciones IX, XI, XIII y XVI del Art. 267 los hijos quedarán bajo la patria potestad del cónyuge inocente, pero a la muerte de este el cónyuge culpable recupera la patria potestad.

Si los dos cónyuges fueron culpables, se le suspenderá en el ejercicio de la patria potestad hasta la muerte de uno de ellos, recuperándola el otro, al acaecer ésta.

Entre tanto los hijos quedarán bajo la patria potestad

del ascendiente que corresponda, y si no hay quien la ejerza, se les nombrará tutor. En los contemplados por el legislador en esta segunda regla, ha estimado que los actos que constituyen la causa del divorcio, no son de tal manera graves, que trasciendan en perjuicio de las, integridad moral o corporal, educación instrucción y formación de los hijos; sino que más bien esos actos que han constituido la causa del divorcio, solo perjudican al cónyuge, por lo que al fallecer este, no existe ningún inconveniente en que vuelva a ejercer la patria potestad sobre los hijos del cónyuge culpable, teniendo en cuenta la naturaleza de los actos que constituyen esas causas del divorcio y en el propio legislador los hace consistir en la: separación del hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó estable la demanda de divorcio; la declaración de ausencia legalmente hecha, o la presunción de muerte en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga, que preceda la declaración de ausencia; la Sevicia las amenazas o las injurias graves de uno de los conyuges para el otro; la negativa de los cónyuges de darse alimentos; la acusación calumniosa hecha por uno de los cónyuges contra el otro, por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión; y cometer un conyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la ley una pena que pase de un año de prisión. El anterior criterio del legislador, lo confirma el mismo en la regla tercera del citado Art. 283, al disponer que en el caso de las fracciones VI y VII del Art. 267 (VI, padecer sífilis, tuberculosis, o cualquier otra enfermedad crónica o incurable que sea además, contagiosa o hereditaria, o la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado

el matrimonio, VII, padecer enajenación mental incurable) los hijos quedaran en poder del cónyuge sano, pero consorte enfermo conservará los derechos restantes sobre la persona y bienes de sus hijos.

A.D. 3601/70 ARMANDO QUINTERO RODRIGUEZ
Fecha 17 de julio de 1971. Unanimidad de 4 Votos
Pág. 66 Tomo 30 Epoca 7ª

f) Menores, Acción de Recuperación de la Guarda y Custodia de los Elementos.

La acción para recuperar la guarda y custodia de un menor hijo, que, es una de las prerrogativas que tiene el padre que ejerce la patria potestad, requiere de los siguientes elementos: A) La calidad con que se demanda como ser el padre o, en su caso la madre, y por lo tanto, en ejercicio de la patria potestad del menor; B) La violación de este derecho deducido, o sea la privación de la guarda y custodia del menor, y C) El hecho de que se haya traducido en la disposición del menor hijo, frente a otra u otras personas como menor derecho para ello.

A.D. 6320/75. MIGUEL OREA GAMEZ
Fecha 4 de Marzo de 1977 5 votos
Pág. 115 Tomo 97-102 Epoca 7ª.

Entrevista Realizada con el Ministro
Presidente de la Tercera Sala en Materia Civil
Lic. Salvador Rocha Diaz.

1.- ¿Cuál es su Opinión Sobre la Pérdida de la Patria Po

testad?

Respuesta: Lo primero que debe precisarse para que pueda entenderse el tema es, que la patria potestad no es un derecho singular, ni una facultad singular; en realidad, la patria potestad se engloba dentro del concepto de patria potestad un conjunto de derechos y obligaciones que tienen los padres, los abuelos y quienes ejercen en general la patria potestad, respecto de aquellas personas, que estén bajo la patria potestad.

En la historia de la evolución jurídica pues ha pasado de una facultad en la época romana, concedida en su propio beneficio para tener bajo su control la persona y bienes de quienes se controlaban bajo su patria potestad. Ha evolucionado a un concepto en el que ahora, se conoce que la patria potestad es; una institución fundamentalmente establecida en función de los hijos y que debe ser estudiada, poniendo énfasis en los derechos que los hijos tienen, a efecto de que se logre su desarrollo intelectual, físico y emocional en forma adecuada. Si lo vemos con el criterio importante, hasta hace algunos treinta o cuarenta años, siempre se veían como lo vemos en nuestro Código Civil del Distrito Federal, y en la mayor parte de los Códigos Civiles de la República, que se alude después de definir la patria potestad, a los derechos que se tienen sobre la persona de los hijos o de quienes están bajo la patria potestad y los derechos que se tienen sobre los bienes de los hijos, cuando en realidad un Código Civil moderno, adecuando a las interpretaciones doctrinarias y de los propios tribunales, pues, tendrían que analizarse incorporando como debería de integrarse incorporando, todo lo que son los derechos de los hijos en relación al cuidado de su perso-

na y los derechos de los hijos en relación a su situación patrimonial. Obvio, cuando se alude a la pérdida de la patria potestad, no podemos estar pensando en que se trata de un derecho singular, sino de una situación jurídica que involucra facultades y que involucra, igualmente, deberes, y que más importantemente, debén estar siendo considerados los deberes. Y los deberes no los perdemos..... Nuestro Código Civil del Distrito Federal no contiene la disposición, pero el caso, por, ejemplo, del Código Civil, del Estado de Puebla es muy claro. El artículo 630 dice: La pérdida de los derechos patria potestad, reglamentada en los artículos anteriores, no extingue los deberes que la patria potestad impone, en cuanto que su cumplimiento no se oponga a esta pérdida a juicio del Juez, quien decide, Inclusive ya Códigos con disposiciones más modernos que nuestro Código Civil de 1928, ya tienen esto, preciso en disposición expresa, obviamente que esto ya estaba y se reconoce en otros territorios, donde no hay la disposición expresa. La pérdida de la patria potestad implica la pérdida de los derechos; de modo alguno no implica la extinción de las obligaciones y los deberes que tienen quienes ejercen la patria potestad, respecto de las personas que están bajo su guarda.

2.- ¿Qué Opina Usted Sobre la Recuperación de la Patria Potestad?

Respuesta: Continuando con lo mismo, diría yo que ante la pérdida de la patria potestad, de lo que estamos hablando en realidad, es de la extinción de los derechos que tienen quienes ejercen la patria potestad, respecto de quienes están bajo su guarda, toda vez que las obligaciones y deberes de

quien ejerce la patria potestad seguirán vigentes. Estaría - mos en consecuencia hablando de la recuperación de esos derechos; quiénes tienen, quiénes ejercen la patria potestad. Y para ésta, es indispensable ver cuáles son las causas que originaron permanentemente, y por otra parte, el bienestar del hijo o de quien está sujeto a la patria potestad. Imaginemos que están ejerciendo la patria potestad la última pareja: o sea, los abuelos maternos, la regla normalmente es que ejercen padre y madre, después abuelo materno por no haber padre y madre ni abuelo ni abuela paternos, es alcohólico, y por esta razón es condenado a la pérdida de la patria potestad. Pero resulta que después el abuelo materno corrige está enfermedad, se somete a un tratamiento y se vuelve un hombre ejemplar y fallezca la abuela materna, entonces ¿que sería razonable? pues que el abuelo materno recobre la patria potestad que hubiera perdido, en lugar que este menor quedara sujeto simplemente a tutela, donde pudiera corresponderle una persona menos cercana que el propio abuelo materno. Insisto, yo creo que para la recuperación de la patria potestad aun cuando no existe predisposición expresa en el Código Civil, es posible plantearla, pero el Juez para resolverla, tendrá que tener en cuenta: en primer lugar, el bienestar físico, intelectual y emocional de la persona sobre la cual se ejerce la patria potestad; y en segundo lugar, que la causa que haya originado la causa de la pérdida, haya desaparecido totalmente.

3.- ¿Sabe Usted que Elementos se Toman en Cuenta Para Determinar la Pérdida de la Patria Potestad?

Respuesta: Yo creo que se toman en cuenta, en primer lugar, criterios objetivos. En realidad, como se desprende de los preceptos que le he leído, pues que haya una conducta ob-

jetiva de quién tenía la patria potestad, que es juzgada en los casos de divorcio. En los casos de costumbres depravadas, en los casos de exposición del menor, se toma también y debe ser tomado en cuenta también un elemento subjetivo importante; que si esos hechos objetivos atentan el bienestar, físico, intelectual y emocional del menor, sujeto a la patria potestad porque no se trata de que por vía de sancionar a quien ejerce la patria potestad y tiene una conducta deficitaria, o inconveniente o inadecuada, de pasada se sancione al menor, privándolo de alguien que pudiera ejercer la patria potestad correctamente. A pesar de estas conductas, creo que igual para recuperar la patria potestad, sería necesario tomar en cuenta: en primer lugar, el bienestar integral del menor, y en segundo lugar, que hubiese desaparecido la conducta o la causa que originó la pérdida de la patria potestad. Sería igualmente indispensable que en toda sentencia en la que se condenara a una persona a la pérdida de la patria potestad, por una parte, que se apreciaran los hechos concretos (previstos por la Ley), que origina esa pérdida; y por otra parte, que se relacionaran con el bienestar integral del menor, si esas conductas no afectan al bienestar del menor, pues probablemente no procediera la pérdida de la patria potestad.

No será tanto pues la gravedad de la conducta, sino, será en alguna parte la gravedad de la conducta y la manera como esa conducta afecta al menor en las diversas hipótesis que podemos formar. Hay una en la que quedaría clara una conducta grave, que no afecte el bienestar del menor y que, sin embargo no obstante la gravedad de esa conducta, debería no ser la causa de la pérdida de la patria potestad. En cambio, pudiera ser una conducta menos grave, pero que afectará más importantemente el bienestar del menor, caso en el cual debería provocar la pérdida de la patria potestad. Han leído ustedes en la prensa recientemente, y se ve, se estudia en la doctrina

na y se ve en la realidad social, por ejemplo, la prostitución de la madre pudiera ser en algún caso pérdida de la patria potestad, pero no necesariamente, porque una mujer que ejerciera la prostitución, forma de vida, puede ser magnífica madre y que nada afecte el bienestar de sus hijos, y que al contrario, pudieran verse afectados más aún esos menores por la pérdida de la convivencia con su madre, que por la "actividad profesional" que ella desempeñe: independientemente que dentro de nuestra moral social apareciera como una conducta reprobable.

4.- ¿Sabe Usted el por que no se Encuentra Regulada en Nueva Legislación la Forma o el Procedimiento para Recuperarla?

Respuesta: Creo que es una gran medida, porque nuestros ordenamientos civiles, pues responden a unos criterios, decimonónicos; es decir esto es, parte del derecho familiar..... Son las partes de los ordenamientos civiles que requieren una revisión más a fondo, porque ustedes lo ven en instituciones como el divorcio, nuestros Códigos de 1884, veían la constitución. Finalmente, nuestro Código de 1928 la acepta; las reformas recientes a nuestro Código Civil han sido precisamente en esta materia incorporativa causales, en las cuales la decisión de los cónyuges de no seguir haciendo vida en común, pues se facilite que esa separación se refleje en un divorcio, como es la causal que existe desde 1983, en el sentido de que la separación de los cónyuges por más de dos años, cualquiera que sea la causa de divorcio; lo que ha venido a ser una norma más moderna que facilite que no se presenten fenómenos de chantaje recíprocos entre marido y mujer, cuando están en una

época crítica. Toda la reforma iniciada por el Licenciado de la Madrid, en materia de pérdida de patria potestad en el caso de divorcio, ya no es el criterio rígido de apariencia en nuestro Código de 1928, que ante tales causas siempre se perdía la patria potestad. Ahora el Juez la determina. En función de las circunstancias concretas de los menores y los padres que se están divorciando. Entonces, en parte yo lo atribuyo eso a que nuestra legislación todavía proviene de fuentes que no podían tener la modernidad de nuestro pensamiento social y jurídico que tenemos a la fecha, y por otra parte, la pérdida de la patria potestad. Nuestro Código Civil, tanto en el Distrito Federal, como de otros territorios de la República señalan cuáles son las causas por las que la patria potestad se pierde, y por aludir a las del Distrito Federal, dice en primer lugar, cuando el que la ejerce es condenado expresamente a ese derecho o cuando es condenado dos o más veces por delitos graves. 2) De los casos de divorcio también se encuentra dispuesto por el Art. 283. 3) Cuando las costumbres depravadas de los padres malos tratos o abandonos de sus deberes que pudieran comprometer la salud o la moralidad de los hijos, aun cuando esos hechos no cayeran bajo la asociación penal. 4) Por la exposición que el padre o la madre hicieren de sus hijos, que los dejaran abandonados por más de seis meses. No obstante que nuestro Código Civil no reglamente ni regula ni se refiere a la posibilidad de la recuperación de la patria potestad, la doctrina jurídica nos señala que esto es factible, que es legalmente posible tenerlo, en el momento en el que desaparece la causa que haya originado la pérdida de la patria potestad, y esto es razonable. Si una persona por sus costumbres depravadas perdieran la patria potestad, el día que esas costumbres depravadas las hubiesen corregido y realizarse una conducta ejemplar, pues tendría el derecho a lograr la recuperación de esa patria potestad, pero

debería no perderse de vista que el objetivo central de análisis sería el bienestar físico, intelectual y emocional de la persona que esté sujeta a la patria potestad; es decir, que si bien no hay el precepto expreso en el Código Civil, creo que pudiera plantearse la posibilidad de recuperación de la patria potestad, toda vez, que no es necesario el precepto expreso, bastaría que hubiese la razón jurídica, la razón para los efectos que se pudiera conceder por el Juez; pero el Juez tendría que analizar dos factores fundamentalmente, en primer lugar, si la causa que originó la pérdida de la patria potestad ha desaparecido a lo excepcional del caso. Son ya y después de las Reformas del Código Civil en materia de patria potestad relativas a divorcio, es excepcional el caso de una pérdida de patria potestad decretada en sentencia; en consecuencia, mucho más excepcional el que se presentara un procedimiento de recuperación. Creo que una revisión a fondo de nuestro Código Civil en el ámbito del Derecho Familiar tendría entre otras cosas que recoger disposiciones como la que tiene el Código de Puebla, en el sentido de que la pérdida de la patria potestad implica la pérdida de los derechos, pero no extingue las obligaciones, es decir casos que proceden a la recuperación de la patria potestad. En fin, lo que hay muchos fenómenos que haría recomendable una revisión integral del ámbito del Derecho Familiar dentro del Código Civil.

5.- ¿Cuándo Procedería una Recuperación de la Patria Potestad?

Respuesta: En alguna medida ya había yo dado respuesta. Creo que procedería la recuperación de la patria potestad, en primer lugar, cuando esa recuperación fuese benéfica para el menor, y en segundo lugar, cuando la conducta que originó la

pérdida haya desaparecido o se haya mitigado en términos tales que ya no lastime al bienestar integral del menor en estos fenómenos del Derecho Familiar, pues el bienestar de los hijos debe ser bienestar de los menores... es uno de los objetivos, y obviamente debería ser en el caso de la recuperación de la patria potestad.

6.- ¿Qué Criterio Toman Ustedes en Cuenta para Denegar una Recuperación de la Patria Potestad?

Respuesta: Bueno, nosotros no somos los órganos jurisdiccionales encargados de aprobar o negar la recuperación de la patria potestad. Ustedes saben que el Derecho Familiar pertenece el Derecho Civil. El Derecho Civil es competencia del legislador local, y en consecuencia es competencia de los órganos jurisdiccionales locales, quienes conocen de problemas de pérdidas de patria potestad, y eventualmente de recuperación de patria potestad son los Jueces en las Entidades Federativas los Jueces de lo Familiar, y en las Entidades donde no hay esta especialidad de administración, todavía los Jueces de lo Civil. Los Jueces Locales son los encargados de resolver sobre la pérdida y recuperación de la patria potestad.

Sus decisiones son revisables por vía de apelación por las correspondientes Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, y esas resoluciones serían revisables en amparo directo por los Tribunales Colegiados en Circuito. Los Tribunales Colegiados de Circuito. Lo único que van hacer es confirmar la Legalidad de la sentencia directa por las autoridades judiciales locales, o bien a conocer el amparo y protección cuando esas resoluciones no hubiesen dicatado, sino dicatadas

conforme a la del inciso en que los fenómenos de recuperación de patria potestad son excepcionales. Yo sinceramente hice una búsqueda no exhaustiva, pero hice una búsqueda superficial, y no encontré precedentes recientes de los Tribunales Colegiados en los cuales estuviese viendo el problema específico de recuperación de patria potestad, pero me permito insistir en que es mi opinión, que independientemente de que no exista precepto expreso en el Código Civil, y dado que todas estas normas deben interpretarse en función del bienestar del menor y del logro de la integración familiar pues aunque no exista norma podrían a un sujeto privarlos de la patria potestad, si él puede demostrar que la recuperación conviene al desarrollo físico, intelectual y emocional del menor, y además si pudiese demostrar que la causa que originó la pérdida ha desaparecido o se ha mitigado completamente.

C O N C L U S I O N E S

PRIMERA. La patria potestad considera como un conjunto de derechos que la ley otorga a los padres y demás ascendientes sobre los hijos no emancipados, para el cumplimiento de los deberes de crianza y educación a que están obligados.

SEGUNDA. La patria potestad concede autoridad a los padres para el cumplimiento de sus obligaciones respecto de los hijos.

Desde el punto de vista natural (la procreación) no puede negarse en el orden jurídico, tomando en cuenta el sentimiento de efecto y el interés de los progenitores, para desempeñar ese cargo, patria potestad, de la manera más eficaz.

TERCERA. La patria potestad descansa en la paternidad y en la maternidad, por lo tanto tiene lugar no solo los hijos nacidos de matrimonio también hace los descendientes habidos fuera de matrimonio.

Es un cargo de derecho privado, que debe desempeñarse en protección de los hijos y en interés público.

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

QUINTA.- Su ejercicio no puede ser renunciado por voluntad privada y la obligación de desempeñar tal cargo, no desparece por prescripción, excepcionalmente la patria potestad puede ser transmitida en el caso de adopción.

SEXTA.- En este trabajo también se incluye, las formas de perderse y suspenderse así como también los casos que se extingue la patria potestad.

SEPTIMA.- La patria potestad se ejerce a la vez sobre la persona de los bienes del hijo. Por lo que se refiere a la persona, la patria potestad impone a quienes la ejercen, la obligación de suministrar alimentos a los hijos y educarlos convenientemente; por ellos el derecho confiere a los que ejercen la patria potestad el derecho de corregir mesuradamente a sus hijos.

OCTA.- La patria potestad ha ocupado la atención de los civilistas en menor medida de lo que su importancia exige; si bien es cierto que algunos han dado aportaciones para una mejor regulación de ésta también es cierto que pocos se han ocupado de tratar el tema de la recuperación de la patria potestad.

NOVENA.- El problema que debe solucionarse, para dar paso a la recuperación de la patria potestad es el de deshacerse de perjuicios e ideas obsoletas respecto a la situación que entra

ña el divorcio necesario; ya que realizando el trabajo, resalta el problema de este tipo de divorcio se "denega" el cónyuge culpable por su conducta, traducida en la pérdida de la patria potestad; y por otro lado "enaltece" al cónyuge inocente otorgándole todos los beneficios habidos y por haber, que encierra su victoria traduciéndose en la obtención del ejercicio de la patria potestad.

DECIMA.- El juzgador se olvida en la mayoría de los casos que no debe buscar vencedor y perdedores en los casos de divorcio necesario, sino que tiene que buscar el beneficio de los menores para que en verdad cumpla con su cometido de impartir justicia; ya que en ocasiones se deja llevar por situaciones moralistas y de sentido común para dictar su sentencia.

Por qué no otorgar a los tribunales un poder discrecional para decretar todo lo relativo a la pérdida de la patria potestad, y por qué no las situaciones en que no procedería y hasta un procedimiento para recuperarla.

Ya que existe forma para perderla, pero también es cierto que no aparece en nuestra legislación la prohibición para jamás reponer ésta.

DECIMO PRIMERA.- Por qué como se observa en el punto de los criterios para reponerla, hay momentos en que se priva a los menores de uno de sus padres, y el que queda bajo su cuidado llega a parecer y si no tiene familiar cercano se quedará con un desconocido que la misma ley le impone, quedando el verdadero padre que sobrevive al margen sin poder reclamar su derecho.

DECIMO SEGUNDA. - Con lo anterior se observa un estado de indefensión para el cónyuge culpable en el juicio de divorcio necesario.

Puede llevarse mal los cónyuges con relación a la vida marital pero pueden ser unos buenos padres con sus hijos, entonces por qué privar a los hijos de una buena relación filial ; por qué "utilizar" a los hijos, ajenos a las causas que dan origen al divorcio para privarlos del derecho que tiene a ser asistidos, protegidos, educados, etc.

DECIMO TERCERA.- Superando algunas ideas y perjuicio de las causas que dan origen al divorcio se podría llegar a, hablar de la recuperación de la patria potestad.

DECIMO CUARTA.- Es necesario señalar que todo aquel acto que comprometa la salud y seguridad entre otros, de los hijos; en ningún momento se debe de otorgar la recuperación de la patria potestad, pero fuera de éstos, por qué no regularla para beneficio de los menores.

DECIMO QUINTA.- En el desarrollo del presente estudio se pudo detectar que la regulación jurídica de la patria potestad es acertada, pero en donde es necesario hacer algunas reformas es en lo referente al divorcio necesario, ya que repercute de manera directa en el ejercicio de la patria potestad; impidiendo hablar de la posibilidad de poder recuperarla y por ende proyectar una mayor justicia para el menor y los cónyuges, en este orden.

DECIMO SEXTA.- En los ámbitos sociales, ético y natural ya mencionados, se desprende que el orden jurídico exige que la autoridad paterna y materna se encuentra sólidamente establecida dentro del grupo familiar y explica a la vez qué en el derecho privado, traducido en la patria potestad, el interés de los hijos y el de los padres, el interés superior de la familia y el interés público de la sociedad así como el del Estado se reúnen en la institución de la patria potestad, para lograr la armonía en los hogares y no marginar a los padres de sus hijos y a la vez que no, existan tantos niños acomplejados por tener hogares destruidos.

DECIMO SEPTIMA.- Con todo lo que contiene el presente análisis de la patria potestad se trata que los señores jueces mediten un poco al tomar decisiones demasiado importantes al momento de dictar sentencia, en este problema, porque hay daños irreparables que perjudican tanto, y el problema se llega a reflejar cuando los niños crecen sin el apoyo de sus progenitores.

DECIMO OCTAVA.- Con las opiniones recogidas con los legisladores, como personal encargado de la administración e impartición de justicia, son del criterio que al igual que nosotros de que se recupere la patria potestad en los casos determinados y que sino existe legislación en este momento al respecto es porque la comunidad o la colectividad no lo ha pedido, hace falta una mano y un criterio piadoso por parte de algún o algunos legisladores o del Ejecutivo Federal, para que presenten iniciativa a fin de reglamentar la recuperación de la patria potestad, tanto en casos de suspensión como en casos de pérdida de la misma en beneficio de los menores.

BIBLIOGRAFIA

- Alvarez Suárez, Ursicino. "Curso de Derecho Romano"
Editorial Revista de Dere-
cho Privado. Madrid España
1965.
- Arias, José. "Derecho de Familia"
Editorial Guillermo Kraft.
Buenos Aires, Argentina
1972.
- Barbero, Domenico. "Sistema de Derecho Privado
II"
Derechos de la Personalida.
Ediciones Jurídicas Europa
-América. Buenos Aires ,
Argentina 1970.
- Barquero Rojas, Edgar,
Buen Rostro Báez Rosalía. "Derecho de Familia y Suse-
ciones"
Editorial Harla. Facultad
de Derecho. U.N.A.M. México
1990.
- Beneyto Pérez, Juan "Fuentes del Derecho Histo-
rico Español"
Librería Bosch.
Barcelona, España 1931

Bialostosky, Sara.

"Panorama de Derecho Romano"

Textos Universitarios.
México, U.N.A.M. 1982.

Borja Soriano, Manuel

"Teoría General de las Obligaciones"

Editorial Porrúa, S. A.
México 1985.

Branda, Giuseppe.

"Instituciones de Derecho Privado"

Editorial Porrúa S. A.
México, 1980.

Bravo González, Agustín,
Bravo Valdés, Beatriz

"Primer Curso de Derecho Romano"

Editorial Pax-México.
México 1980.

Castan Vázquez, José Ma.

"La Patria Potestad"

Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, España
1960.

Chávez Ascencio, Manuel F.

"La Familia en el Derecho"

Derecho de familia y Relaciones Jurídicas Familiares. Editorial Porrúa S.A.,
México 1985.

Chávez Ascencio, Manuel F.

"La Familia en el Derecho"
Relaciones Jurídicas Pater-
no Filiales. Editorial Por-
rúa S. A., México 1987.

D' Antonio, Daniel Hugo.

"Patria Potestad"
Editorial Astrea. Buenos
Aires, Argentina 1979.

De Ibarrola, Antonio.

"Derecho de Familia".
2ª Edición Editorial Po -
rrúa S. A., México. 1989.

De Pina, Rafael.

"Derecho Civil Mexicano"
Introducción, Persona, Fa-
milia. Editorial Porrúa
S.A. México 1985.

De Pina, Rafael.

"Elementos de Derecho Civil
Mexicano"
Volumen II Bienes Sucesio-
nes. Editorial Porrúa S.A.
México 1985.

Enciclopedia Jurídica OMEBA.

Identificación Tomo XXI
Bibliográfica OMEBA, Anelo,
S.A. Buenos Aires, Argentina
1984.

Enneccerus, Kipp y Wolf.

"Tratado de Derecho Civil"
Traducción Española. Barce
lona España. 1946.

Fernandez Clerigo, Luis,

"Derecho de Familia en la
Legislación Comparada"
Unión Tipográfica, Edito -
rial Hispano-Americana.
México 1974.

Galindo Garfias, Ignacio

"Derecho Civil"
Primer Curso Parte General,
Personas, familia. Edito -
rial, Porrúa S.A. México
1985.

Gómez González, Fernando.

"Nociones de Derecho Posi-
tivo Mexicano"
Editorial Porrúa S. A.
México 1981.

González, Juan Antonio.

"Elementos de Derecho Ci -
vil"
Editorial Trillas S. A. de
C.V. México, 1985.

Guitrón Fuentevilla, Julián.

"¿Qué es el Derecho de Fa-
miliar?"
Editorial Promociones Jurí
dicas y Culturales S.C..
México 1987.

Gutiérrez y González, Ernesto.

"Derecho de las Obligaciones"

Editorial Cajica, Puebla,
México 1980.

Gutiérrez y González, Ernesto.

"El Patrimonio Pecuniario y Moral o Derechos de la Personalidad"

Editorial Cajica. Puebla,
México 1971.

Lehmann, Heinrich.

"Derecho de Familia"

Volumen IV Editorial Revista de Derecho Privado.
Madrid España 1955.

López Austin, Alfredo.

"La Constitución Real de México Tenochtitlan"

U.N.A.M. Instituto de Historia. México 1971.

Margadant S., Guillermo F.

"Derecho Romano"

Editorial Esfinge México
1982.

Mendieta y Núñez, Lucio.

"El Derecho Precolonial"

Editorial Porrúa S. A.
México 1980.

Messineo, Francesco.

"Manual de Derecho Civil y Comercial"

Tomo III Derecho de la Personalidad. Derechos de la Familia Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires Argentina, 1971.

Montero Duhalt, Sara.

"Derecho de Familia"

4ª Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1990.

Muñoz, Luis y Castro Zavaleta Salvador.

"Comentarios al Código Civil"

Tomo I. Cárdenas Editor. México 1974.

Ovalle Fabela, José.

"Derecho Procesal Civil"

Editorial Harla S.A. de C.V. México 1984.

Pallares, Eduardo.

"El Divorcio en México"

Editorial Porrúa S.A. México 1984.

Petit, Eugené.

"Tratado Elemental de Derecho Romano"

Editorial Nacional, México 1971.

Planiol, Marcel y Ripert.

"Tratado Práctico de Dere-
cho Civil Frances"

Tomo I la Familia. Edito -
rial Cultura S.A.
La Habana 1960.

Pérez y López, Antonio Xavier.

"Teatro de la Legislación
Universal de España e
Indias"

Imprenta de Don Antonio
Espinosa.
Madrid España 1890.

Ripert, Georges y.
Boulanger, Jean.

"Tratado de Derecho Civil
Según el Tratado de
Planiol"

Tomo II, Volumen II de las
Personas. Editorial la Ley.
Buenos Aires Argentina
1975.

Rojina Villegas, Rafael.

"Compendio de Derecho Ci -
vil"

Tomo I. Introducción, Per-
sonas Familia. Editorial
Porrúa S.A. México 1985.

Rojina Villegas, Rafael.

"Derecho Civil Mexicano"

Tomo II. Derecho de Familia.
Editorial Porrúa S.A.
México 1980/

Sánchez Medal, Ramón.

"Los Grandes Cambios en el
Derecho de Familia"
Editorial Porrúa, S.A.
México 1979.

Ventura Silva, Sabino

"Derecho Romano"
Editorial Porrúa S.A.
México 1978.

Legislación consultada

- Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884.
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1971.
- Código Civil Mexicano para el Distrito Federal. Editorial Porrúa S.A. México 1991.
- Código Civil para el Estado de Nuevo León Editorial Porrúa S.A. México 1990.
- Código Civil para el Estado de Michoacán. Editorial Porrúa S.A. México 1990.

Otros Textos Consultados

- Diccionario Enciclopédico Salvat. Tomo XVII. Salvat Editores S.A., Impreso en España, Barcelona 1976.
- Diccionario Latín-Español. Editorial Ramón Sopena S.A. Barcelona España. 1981
- Diccionario de Sinónimos y Antónimos. Editorial Concepto S.A. México 1987.
- Historia de Roma. Colección Enlace. Editorial Juan Grijalbo México 1989.
- La Roma Imperial. Las Grandes Epocas de la Humanidad. Editorial Time- Life. Estados Unidos de Norte América 1981.